

Bedingter Vorsatz als Beweisthema im Strafprozess

Von Prof. Dr. Mark Deiters, Münster*

Vorsätzlich handelt, wer sich bewusst für das tatbestandsmäßige Geschehen entschieden hat. Dafür wird in der Rechtspraxis als ausreichend angesehen, dass der Täter die Verwirklichung des tatbestandsmäßigen Sachverhalts (ernsthaft) für möglich hält, wenn er nicht zugleich auf dessen Ausbleiben vertraut. Der Umgang der Strafjustiz mit Kraftfahrzeugrennen im öffentlichen Verkehrsraum von Innenstädten hat die Diskussion um die Voraussetzungen eines in diesem Sinne bedingt vorsätzlichen Handelns neu belebt. Wann die in der Rechtspraxis zugrunde gelegten Voraussetzungen eines dolus eventualis erfüllt sind, wird ebenso kontrovers erörtert wie die Frage, ob das in der Rechtsprechung seit langem anerkannte Begriffsverständnis des bedingten Vorsatzes normativ überzeugen kann. Auch die dem gegenwärtigen deutschen Strafgesetz zugrunde liegende Dichotomie von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsunrecht steht seitdem (wieder) zur Diskussion. Der nachfolgende, als Impulsreferat für das Symposium zum 60. Geburtstag von Petra Velten konzipierte Beitrag beleuchtet den bedingten Vorsatz in prozessualer Perspektive. Zur Vermeidung fehlerhafter Rechtsanwendung erweist sich dabei der Standpunkt der Rechtsprechung als vorzugswürdig, entgegen der nur in der Beschreibung, nicht in der Sache abweichenden „Möglichkeitstheorie“ auch beim dolus eventualis ein voluntatives Vorsatzelement zu verlangen. Die Aufklärung der maßgeblichen Tatsachen muss die Tatgerichte trotzdem überfordern. Vorschläge, den Begriff des bedingten Vorsatzes stärker an objektiven Maßstäben auszurichten, entschärfen dieses Problem, nivellieren aber den Unterschied zwischen vorsätzlichem und fahrlässigem Unrecht. Ein möglicher Ausweg besteht darin, auf die Kategorie des bedingten Vorsatzes zu verzichten.

I. Prämissen und Thema

Der im deutschen Strafgesetz, anders als in Österreich, nicht legal definierte Begriff des (bedingten) Vorsatzes wird in der Strafrechtswissenschaft kontrovers diskutiert.¹ Uneins ist man sich schon bei der Beurteilung der Frage, ob dolus eventualis zusätzlich zur kognitiven auch eine voluntative Komponente erfordert.² Auf die Rechtspraxis hat dieser Diskurs

* Prof. Dr. Mark Deiters ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht sowie Direktor des Instituts für Kriminalwissenschaften der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Der Beitrag ist die um Anmerkungen ergänzte Fassung des vom Verfasser am 9.11.2018 im Rahmen des Symposiums zum 60. Geburtstag von Petra Velten gehaltenen Impulsreferates. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ Dazu mit Darstellung der historischen Entwicklungslinien Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 15 Rn. 118–125; vgl. auch Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 35.

² Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 73a.

derzeit allerdings keinen Einfluss. Der Bundesgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung selbstverständlich von einem zweigliedrigen Begriff des bedingten Vorsatzes aus. Der Täter muss die Tatbestandsverwirklichung nach der üblichen Ausgangsdefinition nicht nur für möglich halten, sondern darüber hinaus auch billigend in Kauf nehmen.³ Wenn man den bedingten Vorsatz als Beweisthema im Strafprozess in den Blick nehmen möchte, kommt man nicht umhin, diese in der Strafrechtspraxis etablierte Sichtweise zugrunde zu legen. Es geht im Folgenden deshalb nicht darum, sich in der materiell-rechtlichen Diskussion um den Begriff des bedingten Vorsatzes eigenständig zu positionieren. Erst recht soll die Diskussion nicht um eine eigenständige Vorsatztheorie bereichert werden. Stattdessen ist das Anliegen, die Probleme des bedingten Vorsatzes als Beweisthema im Strafprozess zu beleuchten.

Dafür ist zunächst erforderlich, sich des Sachverhalts, den die Rechtsprechung mit dem Begriff des bedingten Vorsatzes bezeichnet, zu vergewissern. Mit dieser Frage hat sich der Bundesgerichtshof anlässlich der Revision gegen die Verurteilung wegen Mordes im bekannten „Berliner Raser“-Fall⁴ erneut eingehend beschäftigen müssen. Die Entscheidung hat in der Rechtswissenschaft eine lebhafte Debatte nicht nur darüber ausgelöst, ob in einer solchen Fallgestaltung bedingter Tötungsvorsatz angenommen werden kann;⁵ sie hat auch erneut die Diskussion darüber angeregt, ob die im gegenwärtigen Strafgesetz angelegte Differenzierung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit in der Wertung durchgängig überzeugen kann.⁶ Aus wissenschaftlicher Perspektive ist diese grundle-

³ BGHSt 7, 363 (369); 36, 1 (9); 63, 88 (93).

⁴ LG Berlin NSTZ 2017, 771; vorsichtig kritisch Jahn, JuS 2017, 702; ablehnend Jäger, JA 2017, 786 (787 ff.).

⁵ Dafür Kubiciel/Hoven, NSTZ 2017, 438 (440), die für eine Normativierung des Vorsatzbegriffs eintreten, bei der das Wissen um die Gefahr der Tatbestandsverwirklichung aus dem „Wissen-Können einer Durchschnittsperson in der konkreten Situation des Täters“ folgt und die deshalb im konkreten Fall auch die von der Rechtsprechung verlangte voluntative Vorsatzkomponente bejahen; im Ergebnis ebenso bei Puppe, JR 2018, 323 (325), die den Fall als Beleg für die „rechtsethische Fragwürdigkeit eines solchen psychologischen Vorsatzbegriffs“ wertet; deshalb will Puppe, ZIS 2017, 441 (442), die voluntative Vorsatzkomponente nicht als psychologische, sondern als normative Voraussetzung deuten, die nach den Regeln vernünftigen Handelns zugeschrieben werden soll. Gegen die Annahme eines Tötungsvorsatzes hat sich in der Tendenz dagegen T. Walter, NJW 2017, 1350, ausgesprochen. Eisele, JZ 2018, 589 ff., betont demgegenüber die sich aus der Entscheidung des BGH ergebende Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung.

⁶ De lege ferenda für eine Unterscheidung zwischen fahrlässiger, leichtfertiger und absichtlicher Tatbegehung Hörnle, NJW 2018, 1576 (1578); eine ähnliche Lösung wird bei T. Walter, NJW 2017, 1350 (1353), angedeutet: Wenn das

gende Diskussion prima facie ein wenig überraschend, weil der Bundesgerichtshof im Ausgangspunkt nur die ständige Rechtsprechung zu den materiell-rechtlichen Anforderungen an den bedingten Vorsatz bestätigt und näher erläutert hat. Damit eignet sich die Entscheidung freilich in besonderem Maße dazu, den in der Rechtspraxis mit dem Begriff des bedingten Vorsatzes gemeinten psychischen Sachverhalt näher zu erläutern. Dies gilt auch mit Blick auf das Verhältnis zu jener Literaturansicht, die auf ein voluntatives Element des bedingten Vorsatzes verzichtet, damit aber nur scheinbar zu abweichenden Ergebnissen gelangt.⁷ Insoweit könnte der Streit um die richtige begriffliche Erfassung des bedingten Vorsatzes nach hiesiger Einschätzung auch darauf zurückzuführen sein, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung aufgrund einer zwangsläufig immer auch prozessual beeinflussten Perspektive gut daran tut, sich bei der Auslegung eines Rechtsbegriffs nicht nur von der theoretischen Maxime der Widerspruchsfreiheit, sondern vorrangig von dem Bemühen leiten zu lassen, eine möglichst sachgerechte Rechtsanwendung in der Tatsacheninstanz sicherzustellen.

II. Begriff des bedingten Vorsatzes in der Rechtspraxis

1. Bestätigung der ständigen Rechtsprechung in der Fallkonstellation des Autorennens

In der Entscheidung zum Autorennen in der Berliner Innenstadt verwendet der Bundesgerichtshof für die Beschreibung der Voraussetzungen des im konkreten Fall in Rede stehenden bedingten Tötungsvorsatzes die in der ständigen Rechtsprechung übliche Formulierung: Der Täter müsse den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennen und diesen billigen oder sich mit ihm um des erstrebten Ziels willen abfinden, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein.⁸ Kürzt man das Überflüssige aus dieser Beschreibung, so bleibt: Der Täter muss den Erfolg als nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns für möglich halten und sich mit ihm abfinden. Das entspricht sachlich der Legaldefinition des österreichischen Strafgesetzbuches.⁹ In der Praxis wird zumeist als zentrale Frage angesehen, ob der Täter sich mit der Tatbestandsverwirklichung nicht abgefunden hat, obwohl er diesen

Erfolg ernstlich für möglich hielt. Der Bundesgerichtshof geht von einem solchen Fall aus, „wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten“.¹⁰

2. Berechtigte prozessuale Funktion der voluntativen Vorsatzkomponente

Diese Beschreibung bedingt vorsätzlichen Handelns lässt die Frage aufkommen, ob derjenige, der auf das Ausbleiben des Erfolges vertraut, nicht zwangsläufig auch im Tatzeitpunkt das Risiko des Erfolgseintrittes verdrängt. Im Ergebnis wäre die voluntative Vorsatzkomponente redundant und jene Ansicht vorzugswürdig, nach der bereits das ernstliche Fürmöglich-Halten bei Begehung der Tat für die Annahme eines bedingten Vorsatzes hinreicht.¹¹ In der Praxis hat sich diese Sichtweise bekanntlich nicht durchsetzen können. Ob sie gleichwohl in ihrer Grundaussage im Recht ist, mag dahinstehen. Praktisch interessanter ist die Frage, ob die voluntative Vorsatzkomponente nicht auch im Fall ihrer theoretischen Bedeutungslosigkeit zumindest prozessual eine wichtige Funktion erfüllt.

Zumindest bei bestimmten Tatumständen wird verbreitet angenommen, schon ein sog. sachgedankliches Mitbewusstsein könne für den Vorsatz ausreichen.¹² Ein erwachsener Mann, der einverständlich mit einem dreizehnjährigen Mädchen geschlechtlich verkehrt, soll deshalb auch dann des vorsätzlichen Missbrauchs von Kindern (§ 176 StGB) schuldig sein, wenn er das Alter des Mädchens in der konkreten Situation nicht aktuell reflektiert, ihm dieses aber jederzeit „mitbewusst“ ist.¹³ Ich habe zwar Zweifel, ob diese Beurteilung des Falles richtig ist, weil der Täter sich in einem solchen Fall mangels aktuellen Gefahrbewusstseins gerade nicht für das tatbestandliche Unrecht entschieden hat. Es scheint mir deshalb – ohne dem hier vertieft nachgehen zu können – naheliegend, dass das schon dem Begriff nach fragwürdige Konstrukt des sachgedanklichen Mitbewusstseins jedenfalls in diesem Fall vor allem auf der Erwägung beruht, eine sich aufdrängende und schwer zu widerlegende Schutzbehauptung durch materiell-rechtliche Modifikation der Vorsatzanforderungen ins Leere laufen zu lassen.

Davon unabhängig entspricht es aber nicht der Rechtspraxis, für Vorsatz genügen zu lassen, dass der Täter über Wissen verfügt, das er in der konkreten Situation hätte abrufen und reflektieren können. Fahrlässige Straftaten im Straßenverkehr wären anderenfalls praktisch gar nicht mehr denkbar.¹⁴ Denn natürlich verfügen wir alle bei unerlaubten Über-

Gesetz bei Tatsachenblindheit lediglich auf die allgemeinen Fahrlässigkeitstatbestände verweise, sei das zu milde; einen qualifizierten Tatbestand der fahrlässigen Tötung erwägt demgegenüber *Grünewald*, JZ 2017, 1069 (1072); für eine fakultative Strafmilderung in den Fällen des bedingten Vorsatzes tritt *Herzberg*, JZ 2018, 122 (130), ein.

⁷ Dazu *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2018, Kap. 11 Rn. 25; *Freund*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 60; *Stein*, in Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 16 Rn. 31.

⁸ BGH NJW 2018, 1621 (1622 f. Rn. 17).

⁹ § 5 Abs. 1 öStGB lautet: „Vorsätzlich handelt, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, daß der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.“

¹⁰ BGH NJW 2018, 1621 (1623 Rn. 17).

¹¹ Hierfür etwa *Frister* (Fn. 7), Kap. 11 Rn. 25; *Freund* (Fn. 7), § 7 Rn. 60; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, Abschn. 8 Rn. 23.

¹² Vgl. statt vieler *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 2), § 15 Rn. 49.

¹³ Dieses bekannte Beispiel wird z.B. aufgegriffen bei *Frister* (Fn. 7), Kap. 11 Rn. 6.

¹⁴ Das verkennen nach meiner Einschätzung *Kubicel/Hoven*, NStZ 2017, 438 (440): Wenn „Wissen-Können einer Durch-

holvorgängen, ubiquitären Geschwindigkeitsverstößen oder auch beim Fahren mit Sommerreifen im Winter (entsprechende Temperaturen vorausgesetzt) über das grundsätzliche Wissen, dass es gefährlich werden könnte. Wenn trotz Verdrängung dieses Wissens in der aktuellen Situation etwas passiert, droht aber nach wohl allgemein geteilter Einschätzung nur eine Strafbarkeit wegen fahrlässigen Handelns.

Dass in der Praxis für vorsätzliches Handeln nicht das bloße Für-möglich-Halten als ausreichend angesehen wird, und der österreichische Gesetzgeber dies in seiner Legaldefinition ausdrücklich betont, ist deshalb (mindestens) eine wichtige Klarstellung: Die grundsätzliche Kenntnis von Gefahren (im Sinne eines nur latent vorhandenen Wissens) reicht nicht, wenn der Täter in der aktuellen Situation darauf vertraut, dass sich die Gefahr nicht realisiert. Deshalb scheint es aus der Perspektive der Rechtsprechung sinnvoll, die Wissenskomponente allein nicht ausreichen zu lassen. Dieses Vorsatzelement ist begrifflich mehrdeutig und kann zu dem Schluss verleiten, ein Gefahrbewusstsein sei – entgegen den von der Praxis gewollten Ergebnissen – gar nicht erforderlich. Weil in der Praxis für die juristische Begriffsbildung die Vermeidung fehlerhafter Rechtsanwendung wichtiger ist als ihre theoretische Unanfechtbarkeit,¹⁵ hat die voluntative Komponente des bedingten Vorsatzes deshalb selbst dann eine wichtige Funktion, wenn sie theoretisch überflüssig sein sollte. Zur Vermeidung von begrifflich naheliegenden Missverständnissen wird insoweit besonders betont, dass bedingter Vorsatz ausscheidet, wenn der Täter bei seiner Handlung auf das Ausbleiben des tatbestandsmäßigen Sachverhalts vertraut, obwohl ihm diese Möglichkeit – in welcher Form auch immer – bekannt war.

Damit soll nicht behauptet werden, dass die strafrechtsdogmatische Diskussion über die richtige Begriffsbeschreibung praktisch bedeutungslos und ein bloß akademisches Glasperlenspiel sei. Im Gegenteil: Sie ist grundsätzlich notwendig, weil die präzise und in der Sache angemessene begriffliche Erfassung von Strafbarkeitsvoraussetzungen eine notwendige Bedingung dafür ist, dass die Rechtsanwendung in der Praxis nicht manipulativ und willkürlich erfolgt – und dort, wo dies geschieht, dafür kritisiert werden kann. Im Fall des bedingten Vorsatzes ist aber beim derzeitigen Stand der Dogmatik insoweit eine Sondersituation gegeben, als das Verständnis der Wissenskomponente angesichts der wenig konturscharfen Lehre vom sachgedanklichen Mitbewusstsein ebenfalls unklar ist, weshalb es zur Vermeidung falscher Ergebnisse sachgerecht erscheint, einer möglicherweise teil-

schnittsperson in der konkreten Situation des Täters“ bereits Vorsatz begründet, stellt sich zwangsläufig die Frage, was von der Fahrlässigkeit noch übrigbleibt.

¹⁵ Dass es auch praktisch besser wäre, wenn sich die Konstruktion des sachgedanklichen Mitbewusstseins widerspruchsfrei in die Vorsatzdogmatik einfügte, ist dazu kein Widerspruch. Der Anspruch eines vollständig stimmigen Systems ist für die Praxis zwar ein wichtiger Orientierungsmaßstab, angesichts der Bedingungen, unter denen Recht gesprochen werden muss, aber niemals vollständig einlösbar.

weise theoretisch redundanten Definition des bedingten Vorsatzes den Vorzug zu geben.

3. Irrationalität des Vertrauens auf das Ausbleiben der Tatbestandsverwirklichung

Ist dem Täter das Risiko der Tatbestandsverwirklichung bekannt, so wird ein gleichwohl bestehendes Vertrauen auf einen guten Ausgang häufig als irrational bezeichnet.¹⁶ Das vermag an der Bewertung als bloß fahrlässiges Verhalten nichts zu ändern, weil aktuelles Gefahrbewusstsein eine notwendige Bedingung der bewussten Entscheidung für das tatbestandliche Geschehen darstellt, die nach traditioneller Sichtweise den Vorsatz von der Fahrlässigkeit unterscheidet.¹⁷ Zugleich resultieren aus der (behaupteten) Irrationalität des Vertrauens auf einen guten Ausgang aber Probleme, die mit dem bedingten Vorsatz als Beweisthema im Strafprozess verbunden sind. Um dies zu veranschaulichen, ist zunächst klärungsbedürftig, warum das Vertrauen des Angeklagten auf das Ausbleiben der Tatbestandverwirklichung in den Fällen der grundsätzlichen Gefahrkenntnis überhaupt als irrational gilt.

Dafür muss man sich zunächst klarmachen, dass Menschen in ihrem alltäglichen Leben gut daran tun, Risiken zu verdrängen und auf einen guten Ausgang zu vertrauen. Wir alle wissen, dass die Teilnahme am Straßenverkehr tödlich sein kann, Flugzeuge gelegentlich abstürzen, öffentliche Plätze Ziele von terroristischen Anschlägen sein können, dass es denkbar ist, am Tag und bei Nacht überfallen zu werden, und wir im Haushalt bei der Benutzung einer Leiter möglicherweise verunglücken. (Das zuletzt genannte Risiko schätzen Versicherungen als relativ hoch ein). Trotzdem gehen wir diese Risiken ständig ein und haben auch kein Problem damit, anderen die Eingehung dieser Risiken zuzumuten. Das wird in der Regel dadurch ermöglicht, dass wir auf einen guten Ausgang vertrauen; wo wir es nicht tun, wird die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben umständlich, wenn nicht quälend. Das Vertrauen darauf, die tatsächlich existente Gefahr werde sich nicht realisieren, ist deshalb aus der Perspektive der Gesellschaft rational und es handelt sich bei all diesen Risiken folgerichtig auch um generell erlaubte Risiken, bei denen sich die Vorsatzfrage mangels objektiver Tatbestandsverwirklichung erst gar nicht stellt.

Aber auch das Vertrauen auf die Nichtrealisierung unerlaubter Risiken ist ein ubiquitäres Phänomen. Wenn wir über unser eigenes Verhalten im Straßenverkehr ehrlich Rechenschaft ablegen müssten, böte sich jedem hinreichend persönliches Anschauungsmaterial. Die Situation des riskanten Überholmanövers kennen wir wohl alle aus eigener Anschauung. Dies ändert nichts daran, dass das Verhalten aus der Perspektive der Rechtsordnung unerlaubt ist. Wer darauf vertraut, dass der Erfolg ausbleibt, handelt deshalb nach rechtlichen Maßstäben irrational. Rational ist das Vertrauen

¹⁶ Vgl. *Frister* (Fn. 7), Kap. 11 Rn. 23; *Freund* (Fn. 7), § 7 Rn. 60.

¹⁷ Satt vieler nur *Frister* (Fn. 7), Kap. 11 Rn. 1; *Roxin* (Fn. 1), § 12 Rn. 35.

also dann, wenn das eingegangene Risiko erlaubt, irrational, wenn es unerlaubt ist.

III. Gefahren für die Beweiswürdigung

1. Subjektive Rationalitätsmaßstäbe als Maßstab der Überzeugungsbildung

Die Gefahr bei der richterlichen Würdigung des Sachverhaltes in Bezug auf die Vorsatzfrage, bei der stets unerlaubte Risiken in Rede stehen, besteht nun nicht zuletzt darin, dass sie nicht originär aus der Perspektive des Handelnden erfolgt, sondern zwangsläufig auf subjektiven Rationalitätsmaßstäben des Urteilenden beruht. So empfinden wir das riskante Überholmanöver je nach den Umständen (man droht zu spät zu einem wichtigen Termin zu kommen) im Einzelfall subjektiv durchaus als rational. Für denjenigen, der aus Spaß Rennen auf öffentlicher Straße veranstaltet, haben wir hingegen keinerlei Verständnis. Deswegen drängt es uns dazu, einem solchen Täter das Argument aus der Hand zu schlagen, er habe – wenn auch irrational – auf das Ausbleiben des Erfolges vertraut. Dies und nicht die Höhe des Risikos oder der Eintrittswahrscheinlichkeit dürfte der entscheidende Unterschied zwischen dem riskanten Überholmanöver und dem Wettrennen sein. Differierende Wahrscheinlichkeiten wird man rational schon deshalb kaum begründen können, weil einschlägige statistische Untersuchungen fehlen und wohl auch nicht denkbar sind. Wir würden uns von diesen aber auch nur schwer überzeugen lassen. Menschen neigen bekanntlich dazu, die Aussagekraft von Statistiken zu unterschätzen, den Wert eigener persönlicher Erfahrungen dagegen zu überschätzen. Die persönlichen Erfahrungen des Urteilenden sind deshalb in aller Regel die entscheidenden Maßstäbe dafür, ob man es dem Angeklagten „abnimmt“, dass er auf das Ausbleiben des Erfolges vertraut hat oder nicht.

2. Prozessuale Maßstäbe der Vorsatzfeststellung – Bedeutung objektiver Indikatoren

Was daraus für den Vorsatz als Beweisthema im Strafprozess folgen müsste, hat der Bundesgerichtshof im Fall des Berliner Autorennens treffend hervorgehoben. Erforderlich sei „[...]“, dass sich der Tatrichter mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzt und dessen psychische Verfassung bei der Tatbegehung, seine Motivation und die für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände – insbesondere die konkrete Angriffsweise – mit in Betracht zieht¹⁸. Das Gericht muss sich also in die Lage des Täters hineinversetzen und die Situation aus seiner Perspektive beurteilen. Das damit erforderliche Beweisprogramm ist anspruchsvoll. Zwar muss das Gericht die für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände schon für die Feststellung des objektiven Tatbestandes aufklären. Anders sieht es aber bereits mit der psychischen Verfassung des Angeklagten aus. Deren Erforschung macht es erforderlich, auch den nicht zum Kerngeschehen gehörenden Sachverhalt zu untersuchen, um daraus entsprechende Indizien zu gewinnen. Vor allem aber verfügt das Gericht nicht über die

Erfahrungen des Täters, derer er für eine verlässliche Beurteilung des Gefahurteils aus seiner Sicht bedarf.¹⁹ Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich die Lebenswelt des Richters von der des Angeklagten deutlich unterscheidet, wie dies in der Fallkonstellation des Autorennens in der Regel der Fall sein dürfte, bei einem bloß riskanten Überholmanöver hingegen nicht. Eine auf die Ermittlung der Erfahrungswelt des Angeklagten gerichtete „Auseinandersetzung mit der Persönlichkeit des Täters“ wird im Fall des schweigenden Angeklagten noch einmal zusätzlich erschwert. Das Gericht ist dann darauf angewiesen, aus dem persönlichen und sozialen Umfeld des Angeklagten Angaben zu erlangen, wobei ihm diese Erkenntnisquelle möglicherweise zum Teil durch die Wahrnehmung von Zeugnisverweigerungsrechten verschlossen bleibt.

Nun mag man einwenden, dass diese Probleme auch bei der Aufklärung des Strafzumessungssachverhaltes bestehen. Das ist richtig, sollte aber nicht beruhigen. Trotz der theoretisch unangefochtenen Maxime, dass hinsichtlich der Aufklärungsdichte beim Strafzumessungssachverhalt das Gleiche zu gelten habe wie bei dem strafbegründenden Sachverhalt,²⁰ dürfte die Praxis hier im Ergebnis notgedrungen niedrigere Maßstäbe anlegen. Für die prozessuale Feststellung des bedingten Vorsatzes kann nichts anderes gelten. Die vom Bundesgerichtshof geforderte umfassende Auseinandersetzung mit der Persönlichkeit des Täters erweist sich schon aus diesem Grund als praktisch nicht einlösbar. Es kommt hinzu, dass wir noch nicht einmal über das Wissen verfügen, das es uns erlauben würde, zu bestimmen, welche Erfahrungen einer Person für seine Risikoeinschätzungen prägend sind. Es ist also noch nicht einmal bekannt, wonach die Gerichte suchen sollen.

Vor diesem Hintergrund ist bemerkenswert, dass der Bundesgerichtshof auch betont, dass „die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Vorsatzes“ sei.²¹ Zwar wird zugleich eingeschränkt, dass es „auch bei in hohem Maße gefährlichen Handlungen auf die Umstände des Einzelfalls“ ankomme. Im Ergebnis sind die Tatgerichte aber vor allem aufgefordert, sich mit objektiven Gegenindikatoren auseinanderzusetzen. Dass dies im Hinblick auf das hohe Selbstgefährdungspotenzial des Täterverhaltens in der Begründung des erstinstanzlichen Urteils nicht widerspruchsfrei erfolgte,²² war – neben der Bejahung vorsätzlichen Handelns zu einem Zeitpunkt, in dem der tatbestandliche Erfolg nicht mehr vermeidbar war²³ – ein Grund für dessen Aufhebung.²⁴ Das lässt einerseits vermuten, dass

¹⁸ BGH NJW 2018, 1621 (1623 Rn. 19).

¹⁹ Mit Recht weist Hörnle, NJW 2018, 1576 (1577), darauf hin, dass die einzige Möglichkeit der Beweiswürdigung anhand objektiver Indizien die Anwendung allgemeiner Erfahrungsregeln voraussetzt.

²⁰ Frister, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 4, 5. Aufl. 2015, § 244 Rn. 12.

²¹ BGH NJW 2018, 1621 (1623 Rn. 19).

²² Kritisch dazu Schneider, NSTZ 2018, 528 (531).

²³ BGHSt 63, 88 (91 f.); Schneider, NSTZ 2018, 528.

²⁴ BGH NJW 2018, 1621 (1623 Rn. 24).

ungeachtet der vom Bundesgerichtshof beschworenen Einzelfallprüfung²⁵ praktisch doch in der Regel von unvorsätzlichem Handeln auszugehen sein wird, wenn entsprechend gewichtige Gegenindikatoren dies im Einzelfall nahelegen; umgekehrt dürfte die Praxis bei (aus der Perspektive des Beurteilenden) objektiv in hohem Maß gefährlichem Handeln in der Regel Vorsatz bejahen, falls objektive Gegenindikatoren fehlen.

3. Problemverdeutlichung am Beispiel strafrechtlich riskanter Risikogeschäfte

Letzteres erscheint allerdings in solchen Fallgestaltungen problematisch, in denen entsprechende Gegenindikatoren nicht denkbar sind. Dies dürfte z.B. bei den sog. Risikogeschäften im Kontext einer unternehmensbezogenen Untreue (§ 266 StGB) der Fall sein. Zwar wird der Handelnde zumeist darauf vertrauen, dass ein endgültiger Vermögensverlust ausbleibt. Dieser Umstand berührt die Vorsatzfrage indes nach richtiger Auffassung nicht,²⁶ weil der Erfolg des Vermögensnachteils in Gestalt des Gefährdungsschadens bereits in dem durch pflichtwidriges Verhalten bewirkten unangemessenen Risiko des möglichen späteren Vermögensverlustes besteht.²⁷

Schon die Beurteilung der objektiven Pflichtwidrigkeit bereitet der Praxis in diesen Sachverhalten angesichts konturloser Maßstäbe große Schwierigkeiten. Wie ein objektiver Beobachter in der Situation des Täters ex ante das Risiko beurteilt hätte, lässt sich durch ein noch so anspruchsvolles Beweisprogramm nur schwer ermitteln. Das Problem verschärft sich bei der Beurteilung des Vorsatzes in Bezug auf diese Pflichtwidrigkeit. Staatsanwälte und Richter sind es nicht gewohnt, unternehmerisch zu handeln, sie kennen unternehmensinterne Strukturen meist nicht aus eigener Anschauung und sie dürften sich unter dem Gesichtspunkt der Risikobereitschaft in ihrer Persönlichkeitsstruktur deutlich von den in der Wirtschaft handelnden Akteuren unterscheiden. Die Vorstellung, sie könnten die betreffenden Sachverhalte tatsächlich aus der Perspektive der potenziellen Täter beurteilen, erscheint deshalb nicht realistisch.

4. Fazit

Die Ermittlung objektiver Indikatoren, wie die Höhe des Risikos oder die Gefahr der Selbstgefährdung, reichen für die prozessuale Feststellung des Vorsatzes nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofs nicht aus. Die Tatgerichte müssen auch die Erfahrungen des Täters berücksichtigen, die sein Urteil in der konkreten Situation beeinflusst haben, können dies aber mit den prozessual zur Verfügung stehenden Mit-

teln nicht leisten. Bei realistischer Betrachtung weiß noch nicht einmal der Angeklagte selbst, warum er in der Tatsituation zu einer bestimmten Risikoeinschätzung gelangte. Dem Gericht wird das relevante Erfahrungswissen erst recht nicht ermittelbar sein. Das ist nicht nur eine Frage der Verhältnismäßigkeit des Aufwandes. Es ist schon unklar, worauf sich die Sachverhaltserforschung erstrecken muss.

IV. Schlussfolgerungen und Ausblick

Angesichts dieses ernüchternden Befundes stellt sich die Frage, was zu tun ist. Ich sehe zwei mögliche Lösungen: Zunächst könnte man auf das Gefahrurteil als Voraussetzung vorsätzlichen Handelns verzichten und Vorsatz stets schon dann annehmen, wenn der Täter die Umstände kannte, aus denen sich dieses Urteil ergibt.²⁸ Dann kommt es im Ergebnis nur auf eine Abwägung der für oder gegen das Gefahrbewusstsein sprechenden objektiven Indikatoren an. Das hat in der Berechenbarkeit und auch in der prozessualen Behandlung einiges für sich. Im Ergebnis würde dann freilich schon die Erkennbarkeit des Risikos der Tatbestandsverwirklichung den Vorsatz begründen können. Das ist nun allerdings die typische Beschreibung für den Vorwurf der Fahrlässigkeit. Wenn man daran festhalten will, dass vorsätzliches Handeln deshalb strafwürdiger ist, weil der Täter sich in diesem Fall für das Unrecht entschieden hat, scheint mir dieser Weg nicht gangbar. Ein anderes Kriterium, das die Differenzierung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit tragen kann, sehe ich nicht.

Stattdessen halte ich eine – radikal anmutende – Alternative für erwägenswert. Sie besteht in der Verabschiedung der dogmatischen Kategorie des bedingten Vorsatzes, mit dem die beschriebenen prozessualen Probleme einhergehen. Beim direkten Vorsatz hängt der prozessuale Nachweis im Wesentlichen von der Beurteilung der Frage ab, ob der Täter die Tatumstände kannte, aus denen sich objektiv eine so hohe Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ergibt, dass er diese als sichere Nebenfolge seines Handlungszieles angesehen haben muss. Dass der Täter in einem solchen Fall auf einen guten Ausgang vertraut hat, ist schon psychologisch ausgeschlossen. Und bei der Absicht muss der Täter sich des Risikos der Tatbestandsverwirklichung zwar in gleicher Weise bewusst sein wie beim bedingten Vorsatz. Der Nachweis dieser Voraussetzung geht praktisch aber mit der Feststellung der Zwecksetzung einher. Ein Täter, der die Tatbestandsverwirklichung erstrebt, wird stets ein Mittel wählen, das er in der konkreten Situation für erfolgsgeeignet hält. Und es ist dann auch bei ihm psychologisch nicht vorstellbar, dass er trotz dieses Handlungszwecks auf einen guten Ausgang vertraut.

Den naheliegenden Einwand, die strafprozessuale Feststellung der Zwecke des Täters sei mindestens so schwierig

²⁵ Dazu ausführlich *Eisele*, JZ 2018, 549 ff.

²⁶ Etwas anderes gilt, falls man der Sichtweise des 2. *Strafsenats* des BGH folgt, wonach der Vorsatz sich beim Gefährdungsschaden auch auf dessen Realisierung beziehen muss; siehe BGHSt 51, 100 (121 Rn. 63); dagegen mit Recht der 1. *Strafsenat* in BGH NJW 2008, 2451 (2452 Rn. 17 ff.).

²⁷ Siehe dazu nur *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 266 Rn. 150 ff. m.w.N.

²⁸ In der konzeptionellen Anlage wird diese Auffassung etwa vertreten von *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 15 Rn. 64, 68; kritisch gegenüber entsprechenden Tendenzen der Objektivierung *T. Walter*, NJW 2017, 1350 (1352); *ders.*, NStZ 2018, 409 (413).

wie das Gefahrbewusstsein im Zeitpunkt der Tathandlung, halte ich nicht für durchgreifend. Mögliche Handlungsziele lassen sich aufgrund des sozialen Kontextes einer Tat aufklären. Natürlich kann auch dies Schwierigkeiten bereiten, dabei handelt es sich aber um mit der Beweiswürdigung notwendig verbundene Probleme. Das Beweisprogramm ergibt sich aus der Tat und ihrem situativen Kontext. Das ist bei der Frage, ob der Täter auf einen guten Ausgang vertraut hat, prinzipiell anders.

Die Vorteile in prozessualer Hinsicht lassen sich selbstverständlich nur rechtfertigen, wenn die Kategorie des bedingten Vorsatzes auch kriminalpolitisch verzichtbar ist. Unerträgliche Strafbarkeitslücken sind nach meiner Einschätzung nicht zu befürchten. Die Fälle, in denen sich weder absichtliches noch wissentliches Handeln nachweisen lassen, werden in der Regel von Erfolgsqualifikationen erfasst. Diese bilden das Unrecht treffender ab, weil nicht mit der prozessualen Fiktion gearbeitet werden muss, der Täter habe sich für den Eintritt der schweren Folge entschieden. Soweit das Strafgesetz besonders gefährliche Verhaltensweisen noch nicht durch eigene Tatbestände erfasst oder trotz des typischen Eintritts schwerer Folgen Erfolgsqualifikationen fehlen, ist der Gesetzgeber ggf. aufgefordert, Lücken zu schließen. Der in Deutschland mit dem 56. Strafrechtsänderungsgesetz²⁹ eingeführte Tatbestand verbotener Kraftfahrzeugrennen (§ 315d StGB) ist insofern – ungeachtet einiger Gestaltungsmängel – eine rechtspolitisch richtige Wertentscheidung,³⁰ die wegen der Erfolgsqualifikation im Fall einer Todesfolge den Rückgriff auf die vorsätzlichen Tötungsdelikte kriminalpolitisch vollständig entbehrlich macht.

Schwieriger ist die Sachlage zu beurteilen, wenn sich der Täter aus Gleichgültigkeit keine Gedanken über die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung macht. Man kann mit guten Gründen der Auffassung sein, dass es in einem solchen Fall nicht sachgerecht ist, lediglich die Tatbestände zur Anwendung zu bringen, die Fahrlässigkeit genügen lassen.³¹ Allerdings hat sich ein solcher Täter in der konkreten Situation nicht für das Unrecht entschieden. Er überlässt seine Verwirklichung vielmehr dem Zufall. Wenn man die Rechtfertigung der Vorsatzstrafe also in der Entscheidung für das Unrecht erblickt, handelt es sich auch in diesem Fall um fahrlässiges Verhalten.³² Denkbar ist dann allenfalls die Etablierung

einer neuen Unrechtskategorie neben oder zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit.³³ Aus prozessualer Perspektive könnten sich dann allerdings bei der Feststellung der Gleichgültigkeit ähnliche Probleme ergeben wie bei der Frage, ob der Täter auf einen guten Ausgang vertraut hat. Ich neige deshalb dazu, um der prozessualen Vorteile willen mit dieser Lücke zu leben.

Mein Vorschlag dürfte bei *Petra Velten* insoweit auf Sympathie stoßen, als beim direkten Vorsatz praktisch eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung verlangt wird. Auf weniger Zustimmung kann ich bei der Absicht hoffen, weil hier ausreichen soll, dass der Täter mit der bloßen Möglichkeit des Erfolgseintritts rechnet und ich diese Vorstellung auch noch praktisch aus der Zwecksetzung des Täters ableite. Ein hohes Risiko des Erfolgseintrittes, dessen Kenntnis *Petra Velten* zur Voraussetzung vorsätzlichen Handelns macht,³⁴ bedarf es entsprechend der traditionellen Sichtweise nicht. Das rechtfertigt sich nach meiner Einschätzung aus der Überlegung, dass derjenige, der die Tatbestandsverwirklichung bezweckt, auch dann eine Entscheidung für das Unrecht getroffen hat, wenn er – aus welchen Gründen auch immer – keine hoch riskante, aber immerhin eine unerlaubte Methode zur Erreichung dieses Zieles einsetzt. Dem Zufall will dieser Täter das Ergebnis seines Handelns nicht überlassen – auch wenn er möglicherweise nicht – wie *Petra Velten* es verlangt – in dem Bewusstsein handelt, sein Handeln sei eine Methode zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Geschehens.³⁵

²⁹ BGBl. I 2017, S. 3532.

³⁰ *Mitsch*, DAR 2017, 70 (74); kritisch hingegen zunächst *T. Walter*, NJW 2017, 1350 (1353), der allerdings die Schaffung einer entsprechenden Erfolgsqualifikation in § 315c StGB empfohlen und folgerichtig später auch die Wertentscheidung für die Strafbarkeit verbotener Kraftfahrzeugrennen begrüßt hat, siehe *T. Walter*, NSTZ 2018, 409 (413).

³¹ Grundlegend *Jakobs*, ZStW 101 (1989), 516 (530).

³² Weitergehende Kritik bei *Rostalski*, GA 2017, 585 (591), die maßgeblich darauf abstellt, dass das Motiv des Irrtums aus verfassungsrechtlichen Gründen für die rechtliche Bewertung keine Rolle spielen dürfe und der Vorschlag von *Jakobs* infolgedessen auf ein unzulässiges Täterstrafrecht hinauslaufe. Das überzeugt schon deshalb nicht, weil der Täter auch in den Fällen der Gleichgültigkeit wegen der Verwirklichung

eines als Unrecht zu bewertenden Sachverhalts zur Verantwortung gezogen wird. Dass Gleichgültigkeit nach traditionellem Verständnis nicht als Vorsatzunrecht gilt, stünde einer abweichenden rechtspolitischen Bewertung von Verfassung wegen nicht entgegen.

³³ *Hörnle*, NJW 2018, 1576 (1578).

³⁴ *Velten*, in: *Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 28. Lfg., Stand: Juni 2013, § 75 Rn. 34.

³⁵ *Velten* (Fn. 34), § 75 Rn. 34.