

# Der dolus eventualis und sein Beweis

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

In vielen Entscheidungen erklärte der BGH dezidiert, dass die Frage, ob ein Täter einen strafbaren Erfolg vorsätzlich oder bewusst fahrlässig herbeigeführt hat, eine reine Tatfrage ist. Die Beweiswürdigung des Tatgerichts zur Entscheidung dieser Frage habe das Revisionsgericht grundsätzlich zu akzeptieren, auch wenn eine andere Beweiswürdigung plausibler erscheint.<sup>1</sup> Aber in jedem Urteil gibt der BGH dem Instanzgericht eine Anleitung, wie diese Beweiswürdigung zu erfolgen hat, etwa mit den folgenden Worten: „Vor Annahme eines bedingten Vorsatzes müssen 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 einzubeziehen sind.“<sup>2</sup> Diese Hinweise sind zwar vage und sie ändern sich von einer Entscheidung zur anderen auch, aber sie sind, wenn man sie wirklich als Anleitung zur Beweiswürdigung versteht, ein massiver Eingriff in die freie Beweiswürdigung des Tatgerichts. Man stelle sich doch einmal vor, ein Revisionsgericht würde in einem Beschluss, mit dem es die Verurteilung eines Angeklagten wegen Einbruchsdiebstahls aufhebt, folgendes dem neuen Tatrichter mit auf den Weg geben: „Ob der Angeklagte den Einbruch tatsächlich begangen hat, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles sorgfältig zu prüfen. Dabei ist der Umstand, dass am Tatort Fingerspuren oder DNA-Spuren des Täters gefunden worden sind von erheblichem Gewicht. Ferner sind zu berücksichtigen, das Interesse des Täters an der Einbruchsbute, seine einschlägige Vorbestrafung, sowie ein Alibi.“ Eine solche Anleitung zur Beweiswürdigung wäre nicht nur ein massiver Übergriff in die Kompetenz des Tatgerichts, sie hätte auch wenig Sinn. Denn die Indiztatsachen, durch deren Verwertung ein Instanzgericht die zu beweisende Haupttatsache feststellt, werden durch allgemeine Regeln der Erfahrung und der empirischen Wissenschaft bestimmt. Sie können nicht durch Rechtsregeln bestimmt oder eingeschränkt werden und bedürfen außer der empirischen keiner anderen Legitimation. Sie haben auch inhaltlich mit der festzustellenden Haupttatsache nichts zu tun. Die Tatsache, dass sich die Bremsspuren eines bestimmten Fahrzeugs auf der Fahrbahn befinden, mögen ein Indiz dafür sein, dass der Fahrer zu schnell gefahren ist und deshalb vor einem plötzlich auftauchenden Hindernis scharf bremsen musste. Inhaltlich hat aber die Tatsache, dass sich seine Reifenspuren auf der Fahrbahn befinden mit der Tatsa-

che, dass er zu schnell gefahren ist, nichts zu tun.<sup>3</sup> Mit seinen Anweisungen zur Feststellung des billigenden in Kauf Nehmens erhebt der BGH aber offensichtlich den Anspruch, näher zu erläutern, was er unter billigendem in Kauf Nehmen eigentlich versteht.

In der Literatur wurden verschiedenste Formeln vorgeschlagen, den Begriff des dolus eventualis zu präzisieren, etwa, der Täter hat sich für den Erfolg entschieden,<sup>4</sup> er hat ihn sich zu eigen gemacht.<sup>5</sup> Ob diese Formeln nun dasselbe oder etwas verschiedenes bedeuten, ist nach wie vor unklar, und *Hassemer* stellt dazu fest: „Was die überkommenen Vorsatzlehren also leisten, ist nicht mehr als eine bunte Paraphrasierung des Vorsatzes, welche ihren Gegenstand umkreist, ohne ihn zu fassen.“<sup>6</sup> Deshalb hat *Hassemer* vorgeschlagen, sich von der Frage, was dolus eventualis seinem Begriffe nach ist abzuwenden und sich stattdessen der Frage zuzuwenden, wie man Vorsatz im Einzelfall feststellt, und viele sind ihm in diesem Ansatz gefolgt.<sup>7</sup> So hofft *Hassemer* am Ende, die Diskussion um den Vorsatz von der „lähmenden Alternative“ zwischen Willentheorie und Vorstellungstheorie zu befreien.<sup>8</sup> Dabei versteht er die Argumente, mit denen man den dolus eventualis begründen kann, eben nicht als Indizien, sondern als integrale Bestandteile des Sinnes des Begriffs des dolus eventualis. Er nennt sie auch nicht mehr Indizien, sondern Indikatoren. So ist wohl auch die Anleitung des BGH zur Feststellung von dolus eventualis zu verstehen.

In der Wissenschaftstheorie wird eine Methode zur Definition von Begriffen anerkannt, die darin besteht, dass man ein Verfahren angibt, durch dessen Anwendung man für jeden Gegenstand entscheiden kann, ob er den Begriff erfüllt oder nicht. Man kann beispielsweise den Begriff „wasserdichtes Gefäß“ wie folgt definiert: Um festzustellen, ob ein Gefäß wasserdicht ist, drückt man es vollständig unter Wasser. Dringt kein Wasser in sein Inneres, so ist es wasserdicht. Solche Definitionen wurden etwa von *Hempel* und *Oppenheim* in ihrer berühmten Abhandlung über den Typusbegriff

<sup>1</sup> BGH NStZ 2018, 37 (38 f.); BGH NStZ 2016, 668 (669 f.); BGH NStZ 2016, 670 (671 f.); BGH NStZ 2013, 581 (582); BGH NStZ-RR 2013, 75 (77); BGH NStZ-RR 2013, 89 (90); BGH, Urt. v. 17.7.2013 – 2 StR 139/13; BGH, Urt. v. 4.4.2013 – 3 StR 37/13.

<sup>2</sup> BGH HRRS 2018, Nr. 925 Rn. 6 mit Bespr. *Puppe*, HRRS 2018, 393.

<sup>3</sup> *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. 2014, S. 52.

<sup>4</sup> *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. (erscheint demnächst), § 12 Rn. 23.

<sup>5</sup> *Schroth*, Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale, 1994, S. 116 ff.

<sup>6</sup> *Hassemer*, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 289 (302).

<sup>7</sup> *Hassemer* (Fn. 7), S. 297, 304 f.; *Frisch*, in: Geppert/Dehnicke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 533 (550 ff.); *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993, S. 359; *Volk*, in: Roxin/Widmaier/Canaris/Heldrich/Schmidt (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, 2000, S. 739 (745).

<sup>8</sup> *Hassemer* (Fn. 7), S. 293.

vorgeschlagen.<sup>9</sup> Nach *Hempel* und *Oppenheim* braucht man sich über den Sinn eines Begriffs keine weiteren Gedanken zu machen, wenn man ein solches Verfahren zu seiner Feststellung angegeben hat. Man kann dann mithilfe dieses Begriffs die Gegenstände in zwei Klassen einteilen, in die Gegenstände, die ihn erfüllen und die, die ihn nicht erfüllen. Hat man einen steigerungsfähigen Begriff, etwa schwerer als oder härter als so definiert, so kann man damit Gegenstände in Reihen ordnen. Aber was hat es darüber hinaus für einen Zweck, ein solches Verfahren zur Entscheidung der Frage, ob ein Gegenstand einen Begriff erfüllt oder nicht anzugeben, wenn man damit keinen Sinn dieses Begriffs verbindet?

Im Anschluss an diese Abhandlung von *Hempel* und *Oppenheim*, die von *Radbruch* aufgegriffen wurde,<sup>10</sup> entwickelte sich auch die Lehre vom Vorsatz als Typusbegriff, der durch mehrere teils auch steigerbare Indikatoren bestimmt ist.<sup>11</sup> Aber welche Bedingungen muss eine Methode, den Vorsatz oder dessen Verneinung mithilfe von Indikatoren zu begründen oder zu beweisen denn erfüllen, um für eine Definition des Begriffs *dolus eventualis* im oben dargestellten Sinne überhaupt tauglich zu sein? Sie muss erstens auf jeden Fall gleichermaßen anwendbar sein und zweitens in jedem Fall ein eindeutiges Ergebnis liefern. Voraussetzung dafür ist zunächst, dass für jeden Indikator feststeht, ob er für die Bejahung oder die Verneinung des Vorsatzes spricht. Der BGH hat nun Indikatoren entdeckt, die, je nachdem, wie das Instanzgericht es „wertet“ sowohl zur Begründung des Vorsatzes als auch zur Begründung seiner Verneinung angeführt werden können.<sup>12</sup> Ein solcher sog. ambivalenter Indikator ist beispielsweise die Alkoholisierung des Täters oder seine starke Erregung während der Tat. Ein Beweis oder eine Begründung, die sowohl zur Bejahung, als auch zur Verneinung des Ergebnisses taugt, begründet oder beweist in Wahrheit gar nichts. Außerdem müssen die Indikatoren empirisch beweisbar, also beobachtbar sein. Es muss einen abgeschlossenen Katalog dieser Indikatoren geben. Schließlich müssen die einzelnen Indikatoren, die für oder gegen ein bestimmtes Ergebnis sprechen, miteinander verrechenbar sein.

Von allen Befürwortern dieses sog. typologischen Vorsatzbegriffs hat nur ein einziger versucht, ein solches Verfahren anzugeben, *Lothar Philipps*.<sup>13</sup> Er entwickelt zunächst einen Entscheidungsbaum, dessen Stamm jene allgemeinen

nicht beobachtbaren Unterscheidungen zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit bilden, von denen die Lehre ausgeht. Durch Bildung immer speziellerer Begriffe verzweigt sich nun dieser Entscheidungsbaum, bis er schließlich zu beobachtbaren Tatsachen führt. Um nun diese Tatsachen, die für oder gegen den Vorsatz sprechen, miteinander verrechnen zu können, sollen sie mit Zahlenwerten versehen werden. *Philipps* bietet nun zur Verrechnung dieser Zahlenwerte ein Computerprogramm an, in dem er Erkenntnisse der Wahrscheinlichkeitsrechnung und der Fuzzy-Logik verwertet. Unklar ist allerdings, wie nun diese Zahlenwerte bestimmt werden sollen und der Anwender, der die einzelnen Schritte des Computerprogramms ja nicht im Kopf nachvollzieht, kann nicht vorausberechnen, wie sich die Bestimmung eines dieser Zahlenwerte oder deren Veränderung auf das Ergebnis auswirken wird. Wenn aber nun das Ergebnis dem intuitiven Rechtsgefühl des Anwenders nicht entspricht, dann soll er eben die Zahlenwerte so lange ändern, bis dies der Fall ist.<sup>14</sup> Was ist aber ein solches scheinexaktes Verfahren wert, wenn am Ende doch das spontane Rechtsgefühl über das Ergebnis entscheiden soll? Wir sind weit davon entfernt, ein Verfahren zur Feststellung von Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu besitzen, das derart allgemein anwendbar und eindeutig ist, dass es die Frage nach dem Sinn von Vorsatz und Fahrlässigkeit erübrigt.

Vor allem aber, wo sollen wir diese Indikatoren denn hernehmen und wie ihre Relevanz und ihr relatives Gewicht im Vergleich zueinander begründen, ohne über eine einigermaßen klare Bestimmung des Sinnes des Begriffs *dolus eventualis* zu verfügen? Der Inhalt und das relative Gewicht der Indikatoren unterscheiden sich nämlich je nachdem, ob man von einem voluntaristischen oder einem kognitivistischen Vorsatzbegriff ausgeht. Ein klassisches Beispiel dafür ist der *Lacmannsche* Schießbudenfall. Zwei junge Männer schließen an einer Schießbude eine Wette ab, dass einer von ihnen dem Mädchen, das dort die Kunden bedient, eine Glaskugel aus der Hand schießen kann. Gelingt ihm dies, so solle er von dem anderen 300 € bekommen. Nun weiß er wohl, dass seine Schießkünste nur mäßig sind. Als er anlegt, gibt er sich alle Mühe, die Kugel und auf keinen Fall die Hand des Mädchens zu treffen, denkt sich dabei aber, wenn ich die Hand des Mädchens treffe, lasse ich das Gewehr fallen und verschwinde in der Menge.<sup>15</sup> Nach der Willenstheorie des Vorsatzes wäre die Tatsache, dass der Täter dezidiert will, dass er das Mädchen nicht trifft, weil er sonst die 300 € von seinem Freund nicht bekommt, ein zwingender Grund dafür, Vorsatz abzulehnen. Denn der Wille, dass der Erfolg nicht eintritt, ist unvereinbar mit jedem, noch so abgeschwächten Wollen, Akzeptieren oder in Kauf Nehmen des Erfolges. Für ein kognitivistisches Vorsatzverständnis kommt es darauf gar nicht an, sondern darauf, dass der Täter das Mädchen einer großen, unvermittelten und anschaulichen Verletzungsgefahr wissentlich ausgesetzt hat. Am „Berliner Raser-Fall“ oder am Fall Högel lässt sich der Dissens zwischen der Willenstheorie und

<sup>9</sup> *Hempel/Oppenheim*, Der Typusbegriff im Licht der neuen Logik, 1936, S. 81 f.

<sup>10</sup> *Radbruch*, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 1938, 64.

<sup>11</sup> *Hassemer* (Fn. 7), S. 297 ff.; *Frisch* (Fn. 8), S. 550 ff.; *Volk* (Fn. 8), S. 745 ff.; *Schünemann*, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 363; in der Sache auch *Philipps*, in: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 365.

<sup>12</sup> BGH NStZ 2013, 281 (282 f.); BGH NStZ 2016, 668 (669 f.); BGH NStZ-RR 2013, 73 (77); BGH NStZ-RR 2013, 89 (90); BGH BeckRS 2013, 15925.

<sup>13</sup> *Philipps* (Fn. 12), S. 365.

<sup>14</sup> *Philipps* (Fn. 12), S. 377.

<sup>15</sup> *Lacmann*, GA 58 (1911), 109 (119); *ders.*, ZStW 31 (1911), 142 (159 f.).

der Vorstellungstheorie ebenso demonstrieren. Die Angeklagten wollten entschieden, dass es nicht zu einem Todesfall kommt, denn dann wäre das Rennen ohne Sieger zu Ende, bzw. der Krankenpfleger hätte seine Kompetenz in Wiederbelebung nicht demonstrieren können.

Wir sollten also die Hoffnung aufgeben, uns mithilfe der Methode der Indikatoren die Frage nach dem Sinn des Begriffs *dolus eventualis* und damit die lähmende Alternative zwischen Willenstheorie und Wissenstheorie ersparen zu können. Denn es ist zwar richtig, dass die Auswahl der Indikatoren den Sinn des indizierten Begriffs mitbestimmt,<sup>16</sup> aber der Sinn dieses Begriffs bestimmt und legitimiert auch die Auswahl der Indikatoren. Wenn man will, kann man das einen hermeneutischen Zirkel nennen. Das Verhältnis zwischen Indikatoren und indizierter Aussage ist so ähnlich, wie das Verhältnis zwischen Tatsachen und Wertungen. Ich kann eine Wertaussage nicht verstehen, wenn ich nicht weiß, welche Tatsachen der Sprecher zur Begründung der Wertung heranzieht. Trotzdem bestimmt der Inhalt des Wertungsbegriffs die Auswahl dieser Tatsachen.<sup>17</sup>

Aber was sind das denn nun für Aussagen, zu denen man mithilfe von Indikatoren kommt, die den Sinn der Aussage mitbestimmen? Tatsachenbehauptungen können es nicht sein, denn Tatsachen werden nicht durch Indikatoren, sondern durch Indizien bewiesen. Auch macht es wenig Sinn, den Ausdruck „billigend in Kauf nehmen“ als reine Tatsachenbehauptung zu verstehen. Das Problem besteht nämlich nicht darin, dass man dem Täter während der Tat nicht in den Kopf schauen kann, sondern darin, dass man in diesem Kopf im Moment der Tat nichts von dem finden würde, was man sucht, weder ein billigendes in Kauf Nehmen, noch ein ernsthaftes und nicht nur vages Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolges. Das gilt schon für den umsichtig planenden Täter. Erwartet man denn von dem Räuber, der sein Opfer mit einer Rohrzange auf den Kopf schlägt, um es bewusstlos zu machen, wohl wissend, dass das Opfer an solchen Schlägen leicht sterben kann, dass er, während er zuschlägt, darüber meditiert, ob er den Tod des Opfers nun billigend in Kauf nehmen oder doch lieber ernsthaft auf sein Ausbleiben vertrauen will? Erst Recht wird man nichts dergleichen bei einem Täter finden, der aus Wut oder Frust sein Opfer immer schwereren Misshandlungen aussetzt, bis er es schließlich tötet. Wenn also der Ausdruck „billigend in Kauf nehmen“ einen Sinn haben soll, so kann es nur ein zuschreibender sein.

Aber was kann man einem Täter sinnvollerweise zuschreiben? Sicherlich nicht eine Gefühlsregung während der Tat, etwa Mitgefühl mit dem Opfer und auch nicht ein in Kauf Nehmen des Erfolges. In Kauf nehmen kann ich nur einen Nachteil, den ich selbst zu erleiden habe. Trifft der Nachteil einen anderen, so kann ich allenfalls das schlechte Gewissen in Kauf nehmen, das ich deshalb haben werde. Habe ich kein schlechtes Gewissen, dann brauche ich auch nichts in Kauf zu nehmen. Übrig bleibt also das billigen oder akzeptieren des Erfolges. Nehmen wir den Ausdruck billigen einmal ernst, so bedeutet er, dass der Täter zum Ausdruck

gebracht hat, dass der Erfolg jedenfalls in dieser Situation hier und jetzt sein darf.

Diese Aussage ist ein möglicher Gegenstand von Zuschreibung. Wir schreiben einander im gesellschaftlichen Verkehr solche Aussagen ständig zu. Wenn jemand eine Rechtsnorm oder auch nur eine gesellschaftliche Verhaltensnorm übertreten hat, so fragen wir ihn nicht, „Was hast du dabei gefühlt?“, sondern „Was hast du dir dabei gedacht?“. Dabei wollen wir auch nicht wissen, was dem Täter während der Tat alles durch den Kopf gegangen ist, wir wollen vielmehr wissen, welche Handlungsmaxime er seinem Verhalten zugrunde gelegt hat. Dass wir einander als vernünftige Personen betrachten, bedeutet nichts anderes, als dass wir uns als Personen betrachten, die nach Maximen handeln, die sie für sich selbst als gültig anerkennen. Damit erhält die Formel vom Billigen oder Akzeptieren des Erfolges einen klaren Sinn, nämlich den wörtlichen. Wir werfen dem Täter vor, den Erfolg gebilligt zu haben, wenn er unter Bedingungen handelte, unter denen ein vernünftiger Mensch, mit den Kenntnissen des Täters ausgestattet, nicht so handeln würde, ohne den Erfolg zu billigen.<sup>18</sup>

Hat der Täter unter solchen Bedingungen gehandelt, so hat er nicht nur eine Sorgfaltsnorm desavouiert, die zum Schutz beispielsweise von menschlichem Leben aufgestellt ist oder etwa die Norm, „Wende Aufmerksamkeit und Sorgfalt darauf an, die Tötung anderer Menschen zu vermeiden!“, sondern die Norm, „Du sollst nicht töten!“. Der Geltungsschaden, den diese Norm durch eine solche Handlung in der Gesellschaft erleidet, hängt nicht mehr davon ab, ob der Täter die Gefahr ernst genommen oder verdrängt, sie gleichgültig hingenommen oder ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut hat, dass sie sich diesmal nicht verwirklichen wird. Denn wie auch immer er die Erkenntnis der hohen Lebensgefahr psychisch verarbeitet haben mag, er hat die Maxime, dass der Tod eines anderen Menschen jetzt und hier sein darf, nicht am Katheder vertreten, sondern in die Tat umgesetzt. Darin besteht der Normgeltungsschaden für die Norm, „Du sollst nicht töten!“.

---

<sup>16</sup> Hassemer (Fn. 7), S. 302.

<sup>17</sup> Puppe (Fn. 3), S. 52 f.

---

<sup>18</sup> Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 15 Rn. 68 ff.; *dies.*, *ZStW* 103 (1991), 1 (14 ff.).