

Die Abgrenzung des dolus eventualis - ein Problem der Versuchsdogmatik

Erwiderung auf Artkämper/Dannhorn, NStZ 2015, 241

Die Abgrenzung des dolus eventualis von der (bewussten) Fahrlässigkeit ist ein seit langem umstrittenes und bisher ungelöstes Problem der Dogmatik des Allgemeinen Teils des Strafrechts, bei dem sich kein Ende der Kontroverse abzeichnet. Die Rechtsprechung (des Bundesgerichtshofes) hat dieses Problem durch die Formel mehr umschrieben als gelöst, „die Abgrenzung (setze) nach der Rspr eine Gesamtwürdigung der objektiven und subjektiven Tatumstände voraus“¹. Hierbei hat sich die Rechtsprechung durch die auch sonst überaus beliebte „Zauberformel“ der „Gesamtwürdigung“ die Möglichkeit geschaffen, jede im Ergebnis missbilligte Entscheidung aus Rechtsgründen aufzuheben, weil die erforderliche „Gesamtwürdigung“ nicht vorgenommen worden ist. Schließlich lässt sich jeder Argumentation des Tatrichters entgegengehalten, sie schöpfe die Problematik nicht insgesamt aus, da es in einer unvollkommenen Welt nun einmal keine vollkommene (alles ausschöpfende) Argumentation gibt. In Wirklichkeit verdeckt die „Zauberformel“ der gebotenen „Gesamtwürdigung“ bei der Abgrenzung des bedingten Vorsatzes ebenso wie bei anderen strafrechtlichen wie strafprozessualen Problemen, bei denen sie bemüht wird, nur den Umstand, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht die für eine Abgrenzung wesentlichen Gesichtspunkte analysiert hat.

In dieser Situation ist es nicht verwunderlich, dass die verschiedenen - zur Lösung des Problems entwickelten - „Theorien“ in einer „ewigen Wiederkehr des Gleichen“ abwechselnd zur Problemlösung herangezogen werden, wobei Artkämper/Dannhorn auf die von Herzberg entwickelte Lehre von der (un-) abgeschirmten Gefahr hinweisen².

Nach ihrer Auffassung soll für die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit entscheidend sein, ob „das Opfer überlebt“ hat. „Ohne dass dies statistisch belegt werden kann, liegt (nämlich) die Vermutung nahe, dass identische Handlungen in Abhängigkeit von dem Eintritt bzw. Nichteintritt des Erfolges als (schon) bedingt vorsätzlich oder (noch) bewusst fahrlässig gewertet werden. Wenden wir damit nicht eigentlich das Kriterium von der abgeschirmten Gefahr - wenn auch nicht unter dieser Terminologie - ständig an, wenn aus objektiven Geschehensabläufen und Verhaltensmustern der Rückschluss auf die subjektive Tatseite gezogen wird und in aller Regel revisionsrechtlich unbeanstandet bleibt? Was hindert dann, dieses Kriterium als Lehre zu akzeptieren?“³

Diese Feststellung, dass die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit entscheidend von dem Eintritt oder Nichteintritt des Erfolges abhängig gemacht wird, ist durchaus zutreffend, wobei offen bleiben kann, inwieweit hierin eine „Wiederbelebung“ des Herzberg'schen Kriteriums der (un-) abgeschirmten Gefahr zu sehen ist. Hiergegen spricht immerhin, dass Herzberg in einem früheren Beitrag zur „Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit“ festgestellt hat:

„Die Differenz zwischen Ausbleiben und Eintritt des Tötungserfolges darf für die Vorsatzfrage doch keinesfalls eine Rolle spielen. Gleichwohl hat man den Eindruck, dass in derartigen Fällen praktisch fast alles von ihr abhängt. Haben Opfer und Täter Glück, so hat dieser die besten Chancen, dass ihm ein ‚ernsthafte Vertrauen‘ zugeschrieben wird; bei tödlichem Aus-

*gang dagegen wäre allein das Wissen um die äußerste Gefährlichkeit des brutalen Angriffs entscheidend und ein ernsthaftes Vertrauen schlicht unbeachtlich.*⁴

Entgegen der o.g. Auffassung Herzbergs kann die Differenz zwischen Ausbleiben und Eintritt des Erfolges nicht nur für die Vorsatzfrage eine Rolle spielen, sie muss es sogar, wenn man erkennt, dass die Abgrenzung des *dolus eventualis* von der (bewussten) Fahrlässigkeit ein Problem der Versuchsdogmatik ist, wie bereits in dem Titel dieses Beitrages festgestellt worden ist. Es lassen sich nämlich sehr wohl überzeugende dogmatische Gründe dafür finden, den bedingten Vorsatz als subjektives Zurechnungskriterium im Versuchsbereich nicht als ausreichend anzusehen.

Diese Auffassung wird bekanntlich bereits seit langem immer wieder vertreten⁵, wenn auch die herrschende Meinung⁶ stets anders entschieden hat.

Für die Mindermeinung spricht zunächst, dass bei einem nur versuchten Delikt kein Erfolgsunrecht vorliegt. Es liegt nahe, diese Differenz gegenüber dem vollendeten Delikt, das durch Handlungs- und Erfolgsunrecht gekennzeichnet ist, dadurch zu kompensieren, dass bei einem Versuchstatbestand bezüglich des subjektiven Unrechtselements strengere Anforderungen gestellt werden.

Diese wechselseitige Abhängigkeit objektiver und subjektiver Zurechnungskriterien kennzeichnet im übrigen auch andere Tatbestände des Strafrechts, wie insbesondere die kupperten Erfolgsdelikte. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für diese Interdependenz ist § 43 StGB a.F., der – im Gegensatz zu dem jetzt geltenden § 22 StGB – die Wechselbeziehung zwischen objektiven und subjektiven Zurechnungskriterien zum Ausdruck bringt, indem dort von dem „beabsichtigten“ Verbrechen oder Vergehen die Rede ist.

Wegen weiterer Gründe für die oben dargestellte Mindermeinung verweise ich auf meine Ausführungen in *wistra* 1991, 168ff. Dort habe ich im Einzelnen dargelegt, dass eine Rechtsfigur wie der *dolus eventualis* zwar unentbehrlich ist, seine dogmatischen Schwierigkeiten unter Wahrung der Rechtssicherheit jedoch nur dann behoben werden können, wenn man sich entschließt, die Haftung für *dolus eventualis* insofern nach allgemeinen Kriterien zu beschränken, als man den *dolus eventualis* im Bereich der Versuchsstrafbarkeit nicht für ausreichend hält.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass sich hierdurch auch das schwierige Problem des Rücktritts bei „Unerreichbarkeit des Handlungsziels“ (sinnloser Versuch) und bei „außertatbestandlicher Zielerreichung“⁷ erledigt, für das der Große Strafsenat des Bundesgerichtshofes inzwischen eine Lösung gefunden hat⁸, gegen die allerdings erhebliche Bedenken geltend gemacht werden können⁹. Die bei Zugrundelegung der herrschenden Lehre bestehenden – nicht wirklich lösbaren – Probleme bei einem Rücktritt vom Versuch bei „Unerreichbarkeit des Handlungsziels“ oder bei „außertatbestandlicher Zielerreichung“ verschwinden, wenn man bedingten Vorsatz bei einem nur versuchten Delikt nicht (mehr) für ausreichend hält. Dies spricht für die Richtigkeit der hier vertretenen (Minder-) Meinung, die allein die auch bei der Abgrenzung des *dolus eventualis* von der (bewussten) Fahrlässigkeit erforderliche Rechtssicherheit garantiert, die in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes völlig abhanden gekommen ist.

1 Vgl. Fischer, StGB, 62.Aufl., § 15, Rn. 9a uHa BGH, NStZ-RR 2003, 8

2 Vgl. NStZ 2015, 250 uHa Herzberg, JZ 1988, 573, 635f.

3 Vgl. NStZ 2015, 250

4 Vgl. Herzberg, JuS 1986, 249, 252 reSp

5 Vgl. hierzu die Zitate bei Puppe, NStZ 1984, 488, 491, Fn. 18; bei Streng, JZ 1990, 212, 219, Fn. 64 u. bei Herzberg, NStZ 1990, 311, 315, Fn. 14

6 Vgl. Fischer, aaO, § 22, Rn. 8a uHa BGHSt 22, 332 uwZ

7 Vgl. Fischer, aaO, § 24, Rn. 8, 9

8 Vgl. BGHSt 39, 221

9 Vgl. Bauer, NJW 1993, 2188 u. MDR 1994, 132