

**WALTER GROPP\***

## **Böser Wille und guter Wille**

### *Kritische Anmerkungen zur deutschen Versuchslehre\*\**

#### *I. Ferenc Nagy und der ungarisch-deutsche Strafrechtsdialog*

Mit Professor *Dr. Ferenc Nagy* feiert am 18. Januar 2018 nicht nur ein anerkannter Gelehrter des ungarischen Strafrechts seinen 70. Geburtstag, sondern auch ein international anerkannter Kollege, dem gerade der ungarisch-deutsche Strafrechtsdialog in besonderer Weise am Herzen liegt und der die deutsche Strafrechtsterminologie perfekt beherrscht. Unsere Zusammenarbeit und Freundschaft reicht bis in die Freiburger Jahre am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht zurück, als deren Höhepunkt das 1989 von der Strafrechtlichen Forschungsgruppe unter *Albin Eser* durchgeführte deutsch-ungarische Strafrechtsskolloquium unvergessen ist. Kurz nach meiner Ernennung zum Universitätsprofessor in Leipzig im Jahr 1993 fand in Budapest das 2. ungarisch-deutsche Strafrechtsskolloquium statt. Ich erinnere mich noch sehr gut, wie wir am Rande dieses Kolloquiums unsere Zusammenarbeit vereinbart haben. Und ich bin sehr glücklich, dass diese Zusammenarbeit nicht nur bis heute fort dauert, sondern auch mit unseren SchülerInnen *Krisztina Karsai* und *Zsolt Szomora* sowie *Arndt Sinn* und *Liane Wörner* einer hoffnungsvollen Zukunft entgegen sehen kann.

Der Strafrechtsdialog mit *Ferenc Nagy* ist deshalb besonders fruchtbar, weil die von ihm begründete „Szegediner Strafrechtsschule“ auf Grund ihrer hochentwickelten Dogmatik und ihrer gedanklichen Nähe zum deutschen Strafrecht eine ideale Plattform für den Gedankenaustausch bietet, ohne auf ihre Eigenheiten zu verzichten.<sup>1</sup> Diese Eigenheiten kann man bewusst suchen. Man kann sie aber auch als scheinbare „Zufallsfunde“ bei Gelegenheit der rechtsvergleichenden Zusammenarbeit finden. In einem gemeinsamen, mit *Ferenc Nagy* und meinem Schüler *Arndt Sinn* durchgeführten, Projekt über Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht fiel z.B. die Problematik des *ex ante ungefährlchen Versuchs* auf, der nach der in Deutschland herrschenden Auffas-

\* Universitätsprofessor, Justus-Liebig-Universität Gießen

\*\* Herrn Wiss. Mitarb. Dipl.-Jur. Univ. ROBERT METZ danke ich aufrichtig für die tatkräftige Mithilfe bei der Sichtung des Materials und für fruchtbare wissenschaftliche Gespräche.

<sup>1</sup> Vgl. GROPP, WALTER: *Von der gefährlichen Tat zum gefährlichen Täter – vergleichende Beobachtungen zur Vorverlagerung des Schutzes durch Strafrecht in Deutschland und Ungarn*. In: Sinn, Arndt– Gropp, Walter – Nagy, Ferenc (szerk.): *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht*. 2011, S. 121-134.

sung strafbar, nach ungarischer Auffassung aber straflos ist.<sup>2</sup> Es hat den Anschein, dass die Behandlung des *ex ante ungefährlichen Versuchs* nur ein Symptom für eine grundlegende Weichenstellung innerhalb eines Strafrechtssystems ist. Im Grunde geht es um die Frage, ob sich ein Strafrecht eher am bösen oder guten *Willen* der handelnden Person(en) orientiert oder an der *Gefährlichkeit* des auf diesem Willen beruhenden Verhaltens für die Außenwelt. Man hat den Eindruck, dass das ungarische Strafrecht vergleichsweise *gefährorientiert*, das deutsche hingegen eher *willensorientiert* konzipiert ist. Nun sollte man sich mit Aussagen über fremde Strafrechte eher zurückhalten. Es sei deshalb der Ehrentag meines Freundes und Kollegen *Ferenc Nagy* zum Anlass genommen, wenigstens das deutsche Strafrecht – und auch insoweit ohne Anspruch auf Vollständigkeit – etwas näher auf die Frage hin zu betrachten, in welchem Umfang es ausschließlich den *Willen* der handelnden Personen zum Maßstab für die Entscheidung über ihre Strafbarkeit heranzieht.

Dabei soll zunächst auf den betätigten *bösen Willen* als *notwendige* Voraussetzung für ein strafrechtliches Unrecht eingegangen werden (II). Danach geht es um die heikle Frage, ob der *betätigte böse Wille* sogar eine *hinreichende* Voraussetzung für die *Begründung* strafrechtlichen Unrechts sein kann (III). Ob das *Fehlen* des bösen Willens strafbefreiend bzw. –mildernd wirkt, wird unter Punkt IV untersucht. Abschließend sei auf eine Regelung aus dem Bereich des deutschen Rücktrittsrechts näher eingegangen, nach der der *betätigte gute Wille* als *hinreichende Voraussetzung für eine Straffreiheit* angesehen wird, obwohl er *nicht* kausal, sondern „condicio sine qua“ für die Außenwelt ist (V).

## II. Der betätigte böse Wille als notwendige Voraussetzung für eine vorsätzliche Straftat

### 1. Von der kausalen zur finalen Handlungslehre

Dass der „böse Wille“, der als *voluntatives* Element zusammen mit dem Wissen als dem *cognitiven* Element den Vorsatz konstituiert, überhaupt Bestandteil des strafrechtlichen Unwertes und Unrechts ist, liegt am Verständnis des Vorsatzes als subjektivem Element der Tatbestandsmäßigkeit.

Dies ist eine Folge der Ablösung der kausalen Handlungslehre durch die finale Handlungslehre nach *Hans Welzel*:

Nach der kausalen Handlungslehre erschöpfte sich der Unwert und das Unrecht selbst einer vorsätzlichen Straftat in der willentlichen *Verursachung irgendeiner* im Strafgesetzbuch beschriebenen Veränderung in der Außenwelt. Es genügte ein „willkürliches Verhalten“<sup>3</sup> im Unterschied zur Bewegung im Schlaf oder zu einer unkontrollierbaren Reflexbewegung. Ob der Handlungswille böse oder gut war, spielte für das Unrecht überhaupt keine Rolle. Das Ziel der Willenshandlung – etwa das Töten eines Menschen – war erst eine Frage des Vorsatzes als Bestandteil des Schuldvorwurfs.

<sup>2</sup> GROPP 2011, S. 116. S. 128.

<sup>3</sup> V. LISZT: *Strafrecht 21./22. Aufl.* 1919, 116 p.; vgl. auch die Darstellung bei GROPP: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2015. § 2 Rn. 80 p.

Erst indem *Hans Welzel* die menschliche Handlung als „Ausübung der Zwecktätigkeit“<sup>4</sup> beschreibt, wird der Vorsatz als *Bestandteil der Handlung* zum subjektiven Element der Tatbestandsmäßigkeit. „Die ‚Finalität‘ oder Zweckhaftigkeit der Handlung beruht darauf, dass der Mensch auf Grund seines Kausalwissens die möglichen Folgen seines Tätigwerdens in bestimmtem Umfange voraussehen, sich darum verschiedenartige Ziele setzen und sein Tätigwerden auf diese Zielerreichung hin planvoll lenken kann.“<sup>5</sup> Dass diese Zwecktätigkeit mit dem menschlichen Willen – sei er gut oder böse – zu tun hat, lässt sich nicht übersehen: „Da die Finalität auf der Fähigkeit des Willens beruht, in bestimmtem Umfange die Folgen des kausalen Eingreifens vorzusehen und dadurch dieses zur Zielerreichung hin planvoll zu steuern, ist der zielbewusste, das kausale Geschehen lenkende Wille das Rückgrat der finalen Handlung.“<sup>6</sup> Damit ist der das Geschehen lenkende Wille Bestandteil des tatbestandlichen Unwertes. Als Bestandteil des Vorsatzes ist er subjektives Element der vorsätzlichen Straftat.

Die Leistung *Welzels* besteht darin, den Vorsatz der handelnden Person einschließlich des lenkenden Willens aus dem Bereich der Schuldhaftigkeit der Handlung in den Bereich der unwert- und unrechtskonstituierenden Tatbestandsmäßigkeit transponiert zu haben. Dies ist sachgerecht und entspricht der erlebten Wirklichkeit. Denn nicht erst die Vorwerfbarkeit, sondern bereits der Unwert- und Unrechtsgehalt der strafbaren Handlung wird durch die Tatsache geprägt, dass der Täter vorsätzlich, d.h. wissentlich und willentlich, in Bezug auf die Verwirklichung der Tatbestandsmäßigkeit, handelt. So gesehen ist der betätigte böse Wille als vorsätzliche tatbestandsmäßige Handlung konstitutiver Bestandteil bereits des strafrechtlichen *Unrechts*.

## 2. Personale Unrechtslehre

Wenn aber der Wille der handelnden Person bereits Bestandteil des tatbestandlichen Unwertes und Unrechts ist, wird die Unrechtslehre durch die *Person* des Täters geprägt. Es entsteht die so genannte *personale* Unrechtslehre, die man heute als die herrschende Unrechtslehre im deutschen Strafrecht bezeichnen kann.<sup>7</sup> Sie spiegelt sich auch in der Teilnahmelehre der §§ 26, 27 StGB<sup>8</sup> wider: Teilnahme ist *Unrechts*-Teilnahme und als solche Teilnahme an einer *vorsätzlichen*(!) und rechtswidrigen, nicht hingegen an einer schuldhaft begangenen Haupttat. Am voll umfänglichen Unwert der Haupttat ist eine Teilhabe des Teilnehmers folglich nur dann möglich, wenn sich der Vorsatz des Teilnehmers auch auf den Vorsatz und damit auf den personalen Unwert der Haupttat bezieht.

Die personale Unrechtslehre *schützt* den Täter bereits auf Unrechtsebene davor, für eine Unrechtsverwirklichung bestraft zu werden, die ihm unbekannt war. Sie darf freilich nicht zum Einfallstor für die *Strafbarkeit* eines bösen Willens werden, der *ohne Unrechtsverwirklichung* bleibt.

<sup>4</sup> WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, S. 33.

<sup>5</sup> WELZEL 1969.

<sup>6</sup> WELZEL 1969, S. 34.

<sup>7</sup> Vgl. FRISTER: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 10.; GROPP 2015, § 2 Rn. 95, § 4 Rn. 110.; KÜHL: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 5 Rn. 4; ROXIN: *Strafrecht Allgemeiner Teil AT Bd. 1*, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 89; WESSELS-BEULKE-SATZGER: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 46. Aufl. 2016., Rn. 150.

<sup>8</sup> Alle §§ ohne Zusatz bezeichnen Vorschriften aus dem deutschen StGB.

### III. Der betätigte böse Wille als hinreichende Voraussetzung für die Begründung strafrechtlichen Unrechts?

Mag das *Fehlen eines bösen Willens* in der Praxis insbesondere in Fällen sicheren Wissens auch als Schutzbehauptung des Angeklagten abgetan werden und die Bedeutung des voluntativen Vorsatzelementes dadurch an Gewicht verlieren,<sup>9</sup> so ist es doch unumstritten, dass der Vorsatz „im Prinzip“ nicht ohne ein voluntatives Element auskommt.

Umgekehrt stellt sich indessen die Frage, ob ein *bloßer betätigter böser Wille* den Unwert einer vorsätzlichen Straftat konstituieren kann, wenn diese Willensbetätigung kein Gefahrenpotential aufweist. Zwei Fallgestaltungen stehen insoweit im Fokus der Diskussion: die Strafbarkeit des ex ante absolut ungefährlichen Versuchs (1) und die Strafbarkeit dessen, der in einer objektiv gegebenen Rechtfertigungslage rechtskonform handelt, ohne das Vorliegen der Rechtfertigungslage zu kennen (2).

#### 1. Die Strafbarkeit des ex ante objektiv ungefährlichen Versuchs

Unter dem Label des ex ante objektiv ungefährlichen Versuchs firmieren Fälle, in denen der Täter ein Verhalten verwirklichen *will*, das er irrtümlich für gefährlich hält, das indessen sowohl aus der Sicht eines mit der Vorstellung des Täters *vertrauten* als auch aus der Sicht eines *außenstehenden* Beobachters *völlig ungefährlich* erscheint. Insbesondere *Hans Joachim Hirsch* hat sich zu dieser Problematik eingehend geäußert<sup>10</sup> Ein Schulbeispiel hierfür ist der sogenannte Schrotflintenfall:

A schickt sich an, mit einer Schrotflinte den 3 km entfernten B zu erschießen.

Die herrschende Meinung hält den ex ante objektiv ungefährlichen Versuch unter Verweis auf die Strafbarkeit des Versuchs aus grobem Unverstand (§ 23 Abs. 3) für strafbar.<sup>11</sup> Wenn man aber von der Strafbarkeit eines ex ante objektiv ungefährlichen Versuchs ausgeht, dann ist es nur noch der nach außen *betätigte böse Wille*, der die Grundlage für die Strafbarkeit bildet. Nicht zu Unrecht ist die Strafbarkeit des ex ante objektiv ungefährlichen Versuchs als *Gesinnungsstrafrecht* kritisiert worden.<sup>12</sup> Immerhin ist das Verhalten beim ex ante ungefährlichen Versuch – der Schuss mit der Schrotflinte – aber trotz der völligen Ungefährlichkeit offenkundig *rechtswidrig*, gegen das Recht gerichtet. Aber selbst dieses Argument für eine Strafbarkeit fehlt in einer Situation, die nun näher zu beschreiben ist:

#### 2. Die Strafbarkeit dessen, der in einer Rechtfertigungslage rechtskonform handelt, ohne die Rechtfertigungslage zu kennen

<sup>9</sup> Vgl. RAGUÉS I VALLÈS GA 2004, S. 257

<sup>10</sup> *Festschrift für Claus Roxin* 2001, S. 711., *Gedächtnisschrift für Theo Vogler* 2004, S. 31.; vgl. auch HIRSCH JZ 2007, 500 f.

<sup>11</sup> Vgl. ROXIN In: *Festschrift für Heike Jung* 2007, S. 829 (S. 834.).

<sup>12</sup> Vgl. HIRSCH 2007, 501 links.

Zur Problematik der Strafbarkeit dessen, der in einer Rechtfertigungslage, speziell in einer Notwehrsituation, handelt, ohne diese zu kennen, hat *Günter Spendel*<sup>13</sup> folgendes Beispiel gebildet:

Die resolute Ehefrau schlägt mit dem Nudelholz in der Nacht einen Einbrecher nieder, wobei sie irrtümlich annimmt, ihren aus der Kneipe nach Hause kommenden Ehemann vor sich zu haben. Hat sich die resolute Ehefrau strafbar gemacht?

Die heute herrschende Meinung nimmt bei Unkenntnis des Täters bezüglich der rechtfertigenden Situation eine Strafbarkeit (analog oder direkt) wegen *Versuchs* an: Der Täter habe nach seiner Vorstellung eine Straftat verwirklichen *wollen*, objektiv aber kein Unrecht verwirklichen *können*.<sup>14</sup>

Der wunde Punkt dieser Auffassung wird offensichtlich, wenn man danach fragt, ob der angeblich versuchende Täter rechtmäßig oder rechtswidrig handelt, ob also im Bratpfannenfall bei Annahme einer Rechtswidrigkeit der Einbrecher von der Ehefrau *rechtswidrig* angegriffen wird. Die Annahme einer Strafbarkeit der Ehefrau wegen Versuchs müsste die Frage bejahen. Jedoch übersieht die aus der Unkenntnis der Rechtfertigungslage (= Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselementes) gefolgerte „Versuchslösung“, dass auch ein Versuch sich nicht in einem „irgendwie“ in die Außenwelt gelangten bösen Willen erschöpfen darf, sondern einen spezifischen, der Strafvorschrift entsprechenden Sachverhaltsunwert und ein *entsprechendes* Sachverhaltsunrecht aufweisen muss.<sup>15</sup> Im Unterschied zum Versuch aus groben Unverstand nach § 23 Abs. 3 und auch im Unterschied zum ex ante völlig ungefährlichem Versuch fehlt im Falle der Unkenntnis der Rechtfertigungslage aber bereits die *Rechtswidrigkeit* des Verhaltens und damit jedes Sachverhaltsunrecht: Die resolute Ehefrau, die in der rechtfertigenden Situation trotz Unkenntnis der Rechtfertigungslage rechtfertigungskonform handelt, weist zwar in ihrem bösen Willen einen *personalen* Unwert auf und verursacht einen Sachverhaltsunwert (hier: die Verletzung des Angreifers). Dieser Sachverhaltsunwert wird aber *rechtmäßig* verwirklicht und stellt kein Unrecht dar. Er *entspricht* der *Rechtsordnung*, ist nicht „destruktiv“, sondern „konstruktiv“, nicht „rechts-widrig“, sondern „recht-mäßig“, nicht nur rechtsneutral, sondern rechtswahrend, „rechtstreu“. Was allein gegen das Recht gerichtet ist, ist der *böse Wille* des Handelnden. „Den Irrenden wegen Versuchs zu bestrafen verkennt oder verbiegt damit die Struktur des Versuchsunrechts, das nicht nur ein *personales*, sondern auch ein (im Unterschied zur vollendeten Straftat vermindertes) *Sachverhaltsunrecht* aufweisen muss. Vernachlässigte man das auch beim Versuch erforderliche Sachverhaltsunrecht, würde man den Täter ohne Rechtfertigungswillen nur dafür bestrafen, dass er *Rechtswidriges*, „*Böses*“, *denkt*, während er *Rechtmäßiges*, „*Gutes*“ *tut*, und man könnte ihn nur bestrafen, wenn man ihm seine bösen Gedanken zufällig auch nachweisen kann.“<sup>16</sup>

Dies widerspricht einem Strafrecht, das nicht allein durch den „irgendwie“ betätigten bösen Willen des Täters legitimiert wird, sondern auch durch den Schutz vor gefährlichen Handlungen. Eine Bestrafung wegen Versuchs beim Fehlen des subjektiven

<sup>13</sup> SPENDEL: § 32 In: Leipziger Kommentar (StGB). 11. Aufl. 2003, Rn. S. 138.; SPENDEL: *Festschrift für Paul Bockelmann* 1979, S. 245. (S. 249., S. 254., S.257.).

<sup>14</sup> Vgl. mit weiteren Nachweisen KÜHL 2017, § 6 Rn. S. 15.

<sup>15</sup> Vgl. GROPP 2015, § 9 Rn. S. 44.

<sup>16</sup> GROPP 2015, § 5 Rn. S. 56.

Rechtfertigungselementes bedeutet ein mit einem Tatstrafrecht unvereinbares *Gesinnungsstrafrecht*. Dies ist im Hinblick auf die Garantiefunktion des Strafrechts insbesondere dann nicht unbedenklich, wenn der *geschriebene* Rechtfertigungsgrund seinem Wortlaut nach das subjektive Rechtfertigungselement nicht einmal fordert, wie dies im deutschen Recht etwa bei der vorläufigen Festnahme (§ 127 I StPO) oder bei der Selbsthilfe des Besitzers (§ 859 BGB) Fall ist.

Bei der Begründung der Strafbarkeit in Folge der Unkenntnis der rechtfertigenden Situation tut sich die herrschende Meinung schwer. In den meisten Fällen wird die Strafbarkeit gar nicht begründet, sondern schlicht damit *erklärt*, dass auch die Begründung der Strafbarkeit auf Tatbestandsebene nach der personalen Unrechtslehre ein subjektives Element in Form des Vorsatzes erfordert.<sup>17</sup> Diese Auffassung ist nicht überzeugend. Denn sie verkennt, dass die personale Unrechtslehre im Bereich der Unrechtsbegründung das subjektive Unrechtselement *gerade zum Schutz* des Täters fordert. Der Täter kann nur für eine Unrechtverwirklichung zur Rechenschaft gezogen werden, die er auch kennt. Der daraus gezogene Umkehrschluss, den Täter nur dann straffrei zu lassen, wenn er die rechtfertigende Situation kennt, ist ein Fehlschluss. Einer der wenigen Autoren, die eine eigenständige Begründung der Strafbarkeit in Folge Unkenntnis des Handelnden von der rechtfertigenden Situation überhaupt versuchen, ist *Wolfgang Mitsch*:<sup>18</sup> Strafwürdiges Unrecht werde durch objektiv und subjektiv *gefärbte* Tatumstände begründet. Letztere seien im Straftataufbau Bestandteile des subjektiven Tatbestandes. Dies gelte nach inzwischen herrschender Meinung in erster Linie für den Vorsatz. „Zur Neutralisierung des (Teil-) Unrechtgehaltes dieser Tatumstände bedarf es auf der Ebene der Rechtfertigungsgründe *subjektiver Rechtfertigungsmerkmale*. Diese bilden formellstrafsystematisch das Gegengewicht zu den subjektiven Tatbestandsmerkmalen und sind materiell-substanziell Antipoden des den subjektiven Unrechtsmerkmalen immanenten Intensionsunwerts. Während die Existenz subjektiver Rechtfertigungselemente lange Zeit gänzlich bestritten wurde, ist heute zumindest in Bezug auf Vorsatztaten nahezu einhellig anerkannt, dass jeder Rechtfertigungsgrund eine subjektive Komponente aufweisen muss, wenn er das Unrecht der Tat vollständig ausschließen können soll“.<sup>19</sup>

Das „Unrecht“ der Tat, das durch die subjektive Komponente eines Rechtfertigungsgrundes ausgeschlossen werden soll – im Bratpfannenfall der Vorsatz hinsichtlich einer Körperverletzung – besteht aber gar nicht. Denn der betreffende Vorsatz verkörpert lediglich einen gedanklichen personalen *Unwert*, der in Folge der Rechtfertigungslage in der Außenwelt nicht zu einem personalen *Unrecht* mutieren kann. Als bloßer Gedanke ist aber auch der böse Gedanke frei und nicht im Sinne der materiellen Rechtsordnung rechtswidrig. Materialisiert er sich in einem ausschließlich *rechtmäßigen* Verhalten, dann ist nicht einzusehen, weshalb dieses Verhalten von einer rechtmäßigen Gesinnung begleitet sein muss, um rechtmäßig zu sein.

Ein rechtsstaatliches Strafrecht darf nicht mehr verlangen als ein rechtskonformes *Verhalten*, eine rechtskonforme Gesinnung darf es gerade nicht verlangen. Der Rechts-

<sup>17</sup> Vgl. FRISTER 2015, Kap. 14 Rn. 7; HEINRICH: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2014, Rn. 326; WESSELS-BEULKE-SATZGER 2016, Rn. 401.

<sup>18</sup> BAUMANN-WEBER-MITSCH: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2003, § 16 Rn. 63.

<sup>19</sup> BAUMANN-WEBER-MITSCH 2003.

unterworfenen darf denken, was er will. Das rechtsstaatliche Strafrecht hat sich für ihn nicht zu interessieren, solange er sich konform verhält. Strafrecht kann somit zwar ein rechtskonformes *Verhalten*, nicht aber einen rechtskonformen *Willen* erzwingen, will es nicht zum Mittel der Gehirnwäsche greifen.

Es bleibt dabei: Wer in einer objektiv gegebenen Rechtfertigungslage trotz eines äußerlich rechtskonformen Verhaltens aus dem Fehlen eines subjektiven Rechtfertigungselementes ein rechtswidriges Verhalten schlussfolgert, der macht den bösen Willen als solchen zur Grundlage der Strafbarkeit und betreibt ein Gesinnungsstrafrecht.

#### *IV. Das Fehlen des bösen Willens als Privilegierungsgrund*

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass das deutsche Strafrecht Situationen kennt, in denen ein böser Wille - allein und ohne Unrechtsverwirklichung - zum Anlass für eine Strafbarkeit genommen wird. Immerhin ist das deutsche Strafrecht insoweit konsequent, als umgekehrt das Fehlen des bösen Willens trotz Unrechtsverwirklichung zum Anlass für eine Privilegierung genommen wird.

##### *1. Das Fehlen des bösen Willens als Kriterium für die Abschichtung zwischen dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit*

Im deutschen Strafrecht spielt das voluntative Element, der Wille des Täters, die entscheidende Rolle, wenn es um die Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit geht. Dagegen tritt das cognitive Element in den Hintergrund: Weil das Gesetz zwischen unbewusster und bewusster Fahrlässigkeit nicht unterscheidet, handelt nicht nur derjenige fahrlässig, der sich der Gefahr *nicht bewusst* ist und ihre Verwirklichung *nicht will*, sondern auch derjenige, der die *Gefahr kennt* und ihre Verwirklichung *nicht will*. Die entscheidende Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit findet damit *allein* im voluntativen Bereich statt, wobei dem Wortlaut des deutschen StGB auch der Unterschied zwischen Vorsatz und *Eventualvorsatz* unbekannt ist.

Von der filigranen Unterscheidung zwischen gerade noch (bewusster) Fahrlässigkeit und gerade erst (Eventual-)Vorsatz hängt aber sehr viel ab, wie sich am Beispiel der Tötungsdelikte unschwer zeigen lässt: Hier liegen zwischen der fahrlässigen Tötung (§ 222, Vergehen, bedroht mit Freiheitsstrafe von einem Monat bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe) und der vorsätzlichen Tötung (Totschlag, § 212, Verbrechen, bedroht mit Freiheitsstrafe von fünf Jahren bis zu 15 Jahren) Welten.

Berühmt sind in diesem Zusammenhang die so sogenannten Shaken-Baby-Fälle, in denen eine Mutter ihr endlos schreiendes Baby aus Verzweiflung heftig schüttelt und dadurch zu Tode bringt.<sup>20</sup> Nimmt man an, dass die Frau ihr Kind *willentlich* getötet habe, wird sie wegen Totschlags oder gar Mordes zu einer u.U. lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Verneint man hingegen trotz Bewusstseins von der Gefahr des Schüttelns einen

<sup>20</sup> Vgl. z.B. BGH, Beschluss vom 1. 6. 2007 – 2 StR 133/07 (LG Koblenz), NStZ-RR 2007, S. 267.

Tötungswillen und nimmt man bewusste Fahrlässigkeit an, so liegt die Höchstgrenze bei 5 Jahren Freiheitsentzug. Weil von der Unterscheidung Vorsatz/Fahrlässigkeit somit so viel abhängt, versucht man im deutschen Strafrecht die durch den Willensbezug charakterisierte Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit so genau wie möglich zu beschreiben.<sup>21</sup> Aus einem „Bündel“ so genannter „Theorien“ (Möglichkeitstheorie, Wahrscheinlichkeitstheorie, Theorie von der Manifestation des Vermeidewillens ...) hat sich heute die so genannte Einwilligung- oder Billigungstheorie etabliert.<sup>22</sup> Zur Entscheidung der Frage, ob der Täter das, was er als Elemente der Tatbestandsmäßigkeit kennt, auch verwirklichen *will*, liefert jener Ansatz folgende Formel:

Mit *dolus eventualis*, also vorsätzlich, handelt „wer die schädigende Veränderung in der Außenwelt trotz Erkennens und Ernstnehmens der naheliegenden Möglichkeit ihres Eintritts billigend in Kauf nimmt oder sich um des erstrebten Ziels willen zumindest mit ihr abfindet.“<sup>23</sup>

Für das so umschriebene voluntative Element im Rahmen des Vorsatzes verlangt der BGH bei Tötungsstraftaten, dass das Tatgericht in seine Beweiserwägungen alle Umstände einbezieht, welche die Überzeugung für ein Handeln mit Tötungsvorsatz trotz einer offen zutage tretenden Lebensgefährlichkeit der zugefügten Verletzungen in Frage stellen könnten.<sup>24</sup> Vor einer Verneinung des voluntativen Elementes hat das Tatgericht tragfähige Anhaltspunkte dafür festzustellen, dass der Täter ernsthaft darauf habe vertrauen können, dass der Geschädigte nicht zu Tode kommen werde.

## 2. Die Strafminderungsmöglichkeit beim vermeidbaren Verbotsirrtum

Eine weitere willensbezogene Entlastung des Täters bildet der Verbotsirrtum. Er liegt vor, wenn der Täter den Sachverhalt kennt, aber der Auffassung ist, dass sein Verhalten nicht strafbar sei. In diesen Fällen fehlt der handelnden Person das Bewusstsein, Unrecht zu tun. Sie handelt somit ohne bösen Willen. Das deutsche Strafrecht hat sich mit der Anerkennung der Beachtlichkeit des Verbotsirrtums lange schwer getan. Erst in der „Honorarentscheidung“ vom 18. März 1952<sup>25</sup> hat der Große Strafsenat für Strafsachen des Bundesgerichtshofes die Beachtlichkeit eines Verbotsirrtums anerkannt. Wenn der Täter trotz der ihm zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Tuns nicht zu gewinnen vermocht habe, sei sein Irrtum unüberwindlich, die Tat für ihn unvermeidbar gewesen. „In diesem Falle kann ein Schuldvorwurf gegen ihn nicht erhoben werden.“<sup>26</sup> Dem Schuldausschluss bei Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums stellte der BGH eine Strafmilderung an die Seite, wenn der Verbotsirrtum vermeidbar gewesen und die Schuld nicht ausgeschlossen sei.<sup>27</sup> Seit 1975 ist diese Rechtsprechung als § 17 StGB geltendes Recht. Im Bereich des Verbotsirrtums wird

<sup>21</sup> Näher GROPP 2015, § 4 Rn. 174.

<sup>22</sup> Vergleiche GROPP 2015, § 4 Rn. 192.

<sup>23</sup> GROPP 2015, § 4 Rn. 193 mwN.

<sup>24</sup> Vgl. BGH oben Fn. 20.

<sup>25</sup> BGH GSSt 2/51 BGHSt 2, 194.

<sup>26</sup> BGHSt 2, 201.

<sup>27</sup> BGH a.a.O.



deutlich, dass es letztlich das Schuldprinzip ist, das eine Beachtlichkeit des Fehlens des bösen Willens verlangt, insbesondere wenn es für den Täter unvermeidbar war, die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu erkennen.

*V. § 24 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2: der betätigte gute Wille als hinreichende Voraussetzung für die Aufhebung strafrechtlichen Unrechts*

In den bisherigen Ausführungen spielte der gute oder der böse Wille bei der Frage eine Rolle, ob der tatbestandliche Unwert und das tatbestandliche Unrecht überhaupt zustande kommen bzw. ob und wann die rechtswidrige Verwirklichung des tatbestandlichen Unwerts dem Täter zum Vorwurf gemacht werden kann. Die nun zu besprechende Situation setzt zunächst ein strafbares, d.h. tatbestandsmäßiges rechtswidriges und schuldhaftes, Verhalten voraus und fragt nach der Aufhebbarkeit der Strafbarkeit aufgrund eines guten Willens.

Unproblematisch fällt in diesen Bereich die Frage des strafbefreienden Rücktritts. Es erscheint (sach-)gerecht, eine handelnde Person, die die Tat aufgibt oder die Folgen der Tat verhindert, durch Straffreiheit zu belohnen, wenn sie freiwillig zurückgetreten ist.

Unter dem Gesichtspunkt der Ausrichtung am guten Willen fallen vor allem zwei Regelungen in § 24 auf, die eine Strafaufhebung selbst dann obligatorisch vorsehen, wenn die Tat ohne Zutun des Zurücktretenden nicht vollendet wird (Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2) oder unabhängig von seinem früheren Tatbeitrag begangen wird (Abs. 2 S. 2). Voraussetzung ist allerdings, dass der Täter sich „freiwillig und ernsthaft bemüht“, die Vollendung der Tat zu verhindern. Es ist somit der nicht-kausal betätigte gute Wille, welcher die Straffreiheit trägt: Im ersten Fall wird der Täter nicht ursächlich dafür, dass die Vollendung nicht eintritt, im zweiten Fall ist der Täter trotz seines Tatbeitrages nicht ursächlich dafür, dass die Vollendung eintritt. Im ersten Fall beruht das *Ausbleiben* des Erfolges im Grunde auf einem glücklichen Umstand, im zweiten Fall beruht der *Eintritt* des Erfolges nicht auf dem Handeln des Täters. Was den Täter entlastet und wofür er mit Straffreiheit belohnt wird, ist somit allein sein *betätigter guter Wille*, sein *freiwilliges und ernsthaftes Bemühen*, nicht mehr und nicht weniger.

Die Regelung in § 24 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 geht auf die 19. Sitzung der Großen Strafrechtskommission vom 22. März 1955 zurück.<sup>28</sup> Die Materialien zu dieser Sitzung<sup>29</sup> enthalten ausnahmslos vergleichbare Regelungen. Der Berichterstatter, der Göttinger Strafrechtslehrer *Paul Bockelmann*, begründete die Regelung damit, dass die Rücktrittsregelung des RStGB 1871 (§ 46 a.F.) zu objektivistisch gefasst sei. Vom Standpunkt der subjektiven Theorie aus sei die alte Rücktrittsregelung „unhaltbar“. „Genügt zur Bestrafung wegen Versuchs die versuchte Begehung, so muss zur Strafbefreiung der *versuchte Rücktritt* im Prinzip genügen.“<sup>30</sup> Die Rücktrittsregelung des § 24 ist damit das Spiegelbild der subjektiven Versuchstheorie in § 22.

<sup>28</sup> Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Band, Allgemeiner Teil, 1958, S. 139 ff.

<sup>29</sup> Niederschriften (Fn. 28), Anhänge Nr. 34 bis 39.

<sup>30</sup> Niederschriften (Fn. 28), S. 177.

*VI. Die zweifelhafte Rolle des Willens im deutschen Versuchs-Strafrecht*

Erfreulich ist dieses Ergebnis nicht. Denn die genannte subjektive Versuchstheorie hat eine unheilvolle Geschichte. Sie beginnt mit der frühen Rechtsprechung des Reichsgerichts.<sup>31</sup> Während sich diese Rechtsprechung in einem Gegensatz zur objektiven Versuchstheorie des Preußischen Obertribunals, „der herrschenden Auffassung in der Wissenschaft sowie den Regelungen der meisten ausländischen Rechtsordnungen“<sup>32</sup> befand, war sie für die NS-Strafrechtsdoktrin – ebenso wie die subjektive Teilnahmelehre – eine willkommene Blaupause. Leider gelang es dem deutschen Strafrecht nach 1945 lange nicht, sich wieder von der subjektiven Theorie zu befreien: Die Rechtsprechung konnte auf die unverdächtige subjektive Theorie des Reichsgerichts vor 1933 verweisen und brauchte sich nicht zu ändern, und der Wissenschaft gelang es nicht, an die von ihr vertretene objektive Versuchstheorie von vor 1933 anzuknüpfen.<sup>33</sup> Gerade die Niederschriften der Großen Strafrechtskommission zu Versuch und Rücktritt lassen dies unschwer erkennen.<sup>34</sup> So besehen holte die Große Strafrechtskommission im Bereich von Versuch und Rücktritt auf der Ebene der *Gesetzgebung* 1958 nach, was selbst die NS-Strafrechtsdoktrin seit 1933 nicht vermocht hatten. Erst in den 80er Jahren beginnt man sich dieser Problematik bewusst zu werden.<sup>35</sup>

Die deutsche Versuchs- und Rücktrittslehre weist damit bis heute eine unübersehbare Affinität zu einem *unmittelbar* am guten oder bösen Willen ausgerichteten *Täterstrafrecht* auf. Am meisten stört dabei jene Auffassung, nach der der böse Wille ohne jede rechtswidrige Materialisierung in der Außenwelt zum Anlass für eine Bestrafung genommen wird (Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselementes bei objektiv gegebener Rechtfertigungslage), und jene, nach der der betätigte gute Wille zum Anlass für eine Straffreiheit genommen wird, obwohl die Willensbetätigung ohne Einfluss auf das Ausbleiben des Erfolgs geblieben oder ein früherer Tatbeitrag nicht kausal für die Begehung der Tat ist.

Es wäre ein großer Gewinn, diese Gegebenheiten rechtsvergleichend zu untersuchen. Vielleicht böte eine solche Untersuchung eine Grundlage, um das deutsche Strafrecht von fragwürdigen Relikten zu befreien.<sup>36</sup> Fragen dieser Art könnten Gegenstand zukünftiger Zusammenarbeit mit den ungarischen Kollegen, allen voran Ferenc Nagy, dem gefeierten Jubilar und Begründer der Szegediner Strafrechtsschule, sein. Ich freue mich darauf!

<sup>31</sup> RGSt 1, 439 v. 24. Mai 1880 Rep. 264/80 betreffend einen Abtreibungsversuch mit untauglichen Mitteln.

<sup>32</sup> HIRSCH 2007, S. 495.

<sup>33</sup> HIRSCH 2007, S. 496.

<sup>34</sup> HIRSCH 2007, S. 497.

<sup>35</sup> Instrukтив die Nachweise zur Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung 1985 bei HIRSCH 2007, 497 Fn. 34.

<sup>36</sup> Vgl. auch WOLF: *Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?* JuS 1996 189. p.; VOGEL: *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht.* ZStW 2003/115. S. 638.