

*Die Raserfälle der letzten Jahre haben Überlegungen wiederbelebt, die Kontroverse über die richtige Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit dadurch radikal zu lösen, dass die Figur des dolus eventualis ersetzt wird durch eine neue Kategorie der Leichtfertigkeit nach dem Vorbild der recklessness im Model Penal Code, womit zugleich ein mittleres Sanktionsniveau zwischen direktem Vorsatz und einfacher bzw. unbewusster Fahrlässigkeit etabliert werden soll. Der Beitrag geht der Frage nach, inwieweit das amerikanische Modell wirklich als Vorbild taugt und ob eine dreifache Stufung des Strafniveaus überhaupt erstrebenswert ist.*

## I. Einführung

Es ist eine Binsenweisheit, dass Rechtsvergleichung beim wissenschaftlichen Nachdenken über Probleme der eigenen Rechtsordnung hilfreich sein kann, da sie mit dem Wort *Zitelmanns* den „Vorrat an Lösungen“<sup>1</sup> oder mit dem Wort *Mössners* den „Raum, der rationaler Diskussion zugänglich ist“<sup>2</sup> vergrößert, weil, wie *Zweigert/Kötz* schrieben,

„den Rechtssystemen der Welt notwendigerweise mehr und in ihrer Differenzierung reichhaltigere Lösungen eingefallen sind, als der noch so phantasiereiche in den Grenzen seines eigenen Rechtssystems befangene Jurist in seinem kurzen Leben ersinnen kann“.<sup>3</sup>

Das fremde Recht kann nicht allein als Ideengeber dienen, sondern oft auch das zugehörige rechtstatsächliche Material liefern. Mit den Worten *Jeschecks*:

„[D]er Reiz und die Beweiskraft der vergleichenden Methode liegen gerade darin, dass die verschiedenen Möglichkeiten nicht nur abstrakte Vorstellungen sind, sondern der Welt der Wirklichkeit angehören, dass sie in bestimmte Rechtstatsachenkomplexe eingebettet sind, und dass sie zu einem kriminalpolitischen Erfahrungswissen geführt haben, das einen guten Maßstab für ihre Brauchbarkeit abgibt.“<sup>4</sup>

Insofern ist die komparative Methode in den Geistes- und Sozialwissenschaften das, was für die Naturwissenschaften das Experiment ist.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Vgl. *Zitelmann*, DJZ 1900, 329, zit. nach *Zweigert/Puttfarcken* (Hrsg.), *Rechtsvergleichung*, 1978, S. 11 (13 ff.).

<sup>2</sup> *Mössner*, AöR 99 (1974), 193 (242); zust. *Mahrenholz*, in: *Schneider/Steinberg* (Hrsg.), *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, Konrad Hesse zum 70. Geburtstag, 1990, S. 53 (60).

<sup>3</sup> *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Bd. 1: Grundlagen, 2. Aufl. 1984, S. 16.

<sup>4</sup> *Jescheck*, *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, 1955, S. 42.

<sup>5</sup> *Kaiser*, in: *Kaiser/Vogler* (Hrsg.), *Strafrecht, Strafrechtsvergleichung*, Kolloquium im Max-Planck-Institut für aus-

Wenn die Rechtsvergleichung nicht nur als Inspirationsquelle herangezogen wird, um etwas Neues, das so weder im heimischen noch im fremden Recht existiert, zu erschaffen, sondern eine fremde Regelung so attraktiv erscheint, dass ihre Übernahme in Betracht kommt, dann wird man ihre Importfähigkeit prüfen müssen.<sup>6</sup> Eine wesentliche Schwierigkeit besteht nämlich in der Kontextsensitivität des normativen Materials, das nicht nur erhebliche rechtliche, sondern auch soziale, politische, kulturelle usw. Verflechtungen aufweisen mag, mit der Folge, dass die Funktionsfähigkeit einer Regelung, d.h. die Erzielung bestimmter Regelungsleistungen oder -effekte, von einer Reihe von Voraussetzungen abhängen kann, die außerhalb ihrer selbst liegen und mitunter nicht leicht zu entdecken sind. Man wird also, auch dies ist eine rechtsvergleichende Binsenweisheit, den Blick weiten müssen, um relevante Interdependenzen zu erkennen und zu analysieren.<sup>7</sup> Unzureichende Erfassung der Funktionszusammenhänge einer ausländischen Regelung birgt das Risiko, dass das Fremdrechtstransplantat nicht „anwächst“, im fremden Habitat verkümmert oder mehr Probleme erzeugt als löst. Legislative Beispiele für verunglückte legal transplants gibt es genug.<sup>8</sup> Freilich sind manche rechtlichen Figuren leicht isolierbar und gut transplantierbar wie etwa das Tagessatzsystem der Geldstrafe oder Beweisverbote als Folge unzureichender Belehrung.

Im Bereich der subjektiven Tatseite<sup>9</sup> sind Vergleiche gut möglich, weil die meisten, wenn nicht alle nationalen Strafrechtsordnungen wenigstens zwei Verhaltensklassen kennen, denen in der Regel verschiedene Strafniveaus zugeordnet sind: Bewusste Tatbegehung, namentlich beabsichtigte, wird regelmäßig schwerer bestraft als unbewusste, falls sie nicht ganz straflos bleibt. Solche Abstufungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entsprechen den sog. naiven Zuschreibungs-

---

ländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br., aus Anlaß des 60. Geburtstages des Direktors Professor Dr. Dr. h.c. Hans-Heinrich Jescheck, 1975, S. 79.

<sup>6</sup> Siehe nur *Eser*, in: *Eser/Perron* (Hrsg.), *Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa*, zugleich ein Beitrag zur Theorie der Strafrechtsvergleichung, 2015, S. 929 (1010).

<sup>7</sup> *Weigend*, in: *Smits* (Hrsg.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2. Aufl. 2014, S. 261 (262).

<sup>8</sup> Exemplarisch sei die italienische Strafprozessreform von 1988 genannt, die einem inquisitorischen Modell eine adversatorische Struktur zu implantieren versuchte, dazu *Illuminati*, *Washington University Global Studies Law Review* 4 (2005), 567; siehe auch *Eser* (Fn. 6), S. 1008 ff.; *Kischel*, *Rechtsvergleichung*, 2015, § 2 Rn. 34 ff. m.w.N.; zum Ganzen *Graziadei*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, S. 440 (470 ff.); *Jung*, *ZStW* 121 (2009), 467.

<sup>9</sup> Nachdem Vorsatz und Fahrlässigkeit aus der Systemkategorie der Schuld in den subjektiven Tatbestand abgewandert sind, fehlt es im Deutschen an einem griffigen Sammelbegriff wie fault/culpability terms.

modellen des Alltags (folk psychology), die in der Attributionsforschung und Sozialpsychologie rekonstruiert werden.<sup>10</sup> Sowohl die rechtliche wie die alltägliche Verantwortungszuschreibung beruht auf einer rationalistischen naiven Psychologie, die menschliche Handlungen als Verhalten deutet, das durch epistemische und optative Zustände (epistemic and desiderative states) verursacht wird<sup>11</sup> im Sinne eines einfachen desire-belief-Modells ähnlich Aristoteles' praktischem Syllogismus<sup>12</sup>. Die verschiedenen Grade rechtlicher als auch naiver Verantwortungsattribution entsprechen den möglichen Kombinationen der verschiedenen epistemischen Systemzustände wie Wissen, Voraussicht als praktisch gewiss, wahrscheinlich oder bloß möglich, Nichtwissen etc. und optativen Systemzustände wie Wünschen, Erstreben, Inkaufnehmen, Gleichgültigkeit usw.

Schwieriger werden Vergleich und etwaige Transplantation, wenn man nicht nur die isolierten Begriffe betrachtet, sondern die auch zugehörigen, oft komplexen Strafraum-differenzierungen. Hier taucht zudem eine Grundlagenfrage auf, die vor einer allfälligen Importerwägung beantwortet werden muss, nämlich ob sich verschiedene Sanktions-schweregrade bewusster Handlungen überhaupt tragfähig begründen lassen.

Vor diesem Hintergrund verdienen Vorschläge, die seit dem 19. Jahrhundert im deutschen Recht ebenso heftig wie ergebnislos umstrittene Rechtsfigur des dolus eventualis durch das US-amerikanische Konzept der recklessness zu ersetzen, vertiefte Untersuchung. Überlegungen, die vom römischen Recht ererbte Dichotomie von dolus und culpa um weitere Stufen zu erweitern, um die Schwierigkeiten der Grenzziehung zu mindern, gibt es seit dem 19. Jahrhundert.<sup>13</sup> Überlegungen, das in den 1950er Jahren entstandene amerikanische Modellkonzept der recklessness in diesem Sinne fruchtbar zu machen, finden sich seit den 1970er Jahren.<sup>14</sup> Den ersten ausgearbeiteten Ansatz dazu hat Weigend 1981 vorge-

legt.<sup>15</sup> Die kontroverse Debatte anlässlich spektakulärer Ra-serfälle, ob hier Tötungsvorsatz mit der Folge einer Verurteilung wegen Mordes in Betracht kommt, hat Hörnle 2019 zu einem ähnlichen, aber etwas anders akzentuierten Vorschlag bewogen.<sup>16</sup> Beide Vorschläge sollen im Folgenden nachgezeichnet und kritisch betrachtet werden.

## II. Recklessness im Überblick

Zuvor soll kurz in Erinnerung gerufen werden, was unter recklessness zu verstehen ist. Festzuhalten ist zunächst, dass es eine einheitliche Definition im englischsprachigen Rechtskreis nicht gibt, sondern eine Vielzahl mehr oder weniger klarer Bedeutungsvarianten koexistiert. Man wird also stets hinzufügen müssen, welche Bedeutung von recklessness gemeint ist.

Das englische Wort ist verwandt mit der deutschen Rücksichtslosigkeit und wird auch als Leichtsinns oder Leichtfertigkeit übersetzt. Als juristischer Terminus begegnet recklessness erst im 19. Jahrhundert, ohne eine klare Bedeutung zu erlangen.<sup>17</sup> Oftmals fand sich der Ausdruck reckless negligence zur Kennzeichnung der strafrechtlichen Fahrlässigkeit (criminal negligence), die einen größeren Sorgfaltsverstoß erfordert als civil negligence, d.h. die Schadensersatz auslösende Fahrlässigkeit,<sup>18</sup> obschon in vielen Bereichen, etwa im Straßenverkehr, kein Unterschied zwischen beiden besteht<sup>19</sup>.

Das englische Recht und die Tochterrechte sind traditionell gekennzeichnet durch eine Vielzahl unterdefinierter Ausdrücke für mens rea, die subjektive Tatseite, die oftmals archaisch klingen und stark moralisch aufgeladen sind. Feinere Differenzierungen wie Absicht, Wissentlichkeit usw. tauchen erst spät auf, zumal sie zuvor aus beweisrechtlichen Gründen prozessual nicht darstellbar<sup>20</sup> und angesichts der (in England bis 1967 geltenden) allgemeinen Vorsatzvermutung, dass jeder die natürlichen Folgen seines Handelns intendiere,<sup>21</sup> ohnehin überflüssig waren.

Im englischen Recht hat recklessness erst 1957 eine Präzisierung erfahren im Fall R. v. Cunningham.<sup>22</sup> Der Angeklagte hatte einen Gaszähler aus der Wand gerissen, um diesen und die darin enthaltenen acht Schilling zu stehlen. Dadurch trat Gas aus und gefährdete das Leben einer Hausbewohnerin, worauf es dem Angeklagten nicht ankam, was er aber womöglich erkannt hatte. Nach einem Gesetz von 1861 ist eine solche Lebensgefährdung strafbar, wenn sie malici-

<sup>10</sup> Dazu eingehend Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007, S. 118 ff., 168 ff. m.w.N.

<sup>11</sup> Forguson, Common Sense, 1989, S. 164 f.; siehe auch Morse, in: Freeman (Hrsg.), Law and Neuroscience, 2011, S. 529.

<sup>12</sup> Dazu Stuckenberg (Fn. 10), S. 174 ff.

<sup>13</sup> Dazu v. Hippel, in: Birkmeyer u.a. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil (VDA), Bd. 3, 1908, S. 373 (536 ff.); auch Dünnebiel, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12, 1959, S. 120. Für einen Gefährdungsvorsatz als Zwischenstufe schon Stooß, ZStW 15 (1895), 199.

<sup>14</sup> Eser, Strafrecht I, 3. Aufl. 1980, S. 53 Rn. 35a; siehe auch Arzt, in: Stree (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978, S. 119 (131 ff.); später auch Schünemann, GA 1985, 341 (363): „Formentrias“ von Absicht/dolus directus, dolus eventualis/bewusste Fahrlässigkeit, unbewusste Fahrlässigkeit; Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 15 Rn. 27 a.E.; jüngst Schladitz, JR 2022, 491 (495).

<sup>15</sup> Weigend, ZStW 93 (1981), 657.

<sup>16</sup> Hörnle, JZ 2019, 440; dagegen Freund/Rostalski, JZ 2020, 241; knapp Jakobs, Kritik des Vorsatzbegriffs, 2020, S. 39 Fn. 120.

<sup>17</sup> Dazu Robinson, Hastings Law Journal 31 (1980), 815 (837 ff.); Stark, Culpable Carelessness, 2016, S. 27 ff. m.w.N.

<sup>18</sup> Dazu J. Hall, General Principles of Criminal Law, 2. Aufl. 1960, S. 122 ff.

<sup>19</sup> Stark (Fn. 17), S. 29 m.w.N.

<sup>20</sup> Robinson, Hastings Law Journal 31 (1980), 815 (845).

<sup>21</sup> Dazu Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldvermutung, 1997, S. 275 m.w.N.

<sup>22</sup> R. v. Cunningham [1957] 2 Q.B. 396; [1957] 2 All E.R. 412; [1957] 3 W.L.R. 76; 41 Cr.App.Rep. 155 (C.C.A.).

ously begangen wird. Malice, wörtlich Bosheit, ist der Standardterminus im älteren englischen Recht für mens rea, worunter hier intent (direkter Vorsatz) und recklessness verstanden wurde. Die Queen's Bench Division des High Court of Justice hat recklessness definiert als Handeln trotz Voraussicht des möglichen Eintritts eines verpönten Erfolgs. Ein bestimmtes Maß an Wahrscheinlichkeit wird nicht verlangt,<sup>23</sup> jedes Risiko genügt<sup>24</sup>. Das Risiko einzugehen muss unvernünftig und ungerechtfertigt sein, was objektiv bestimmt wird.<sup>25</sup> Zwischenzeitlich hatte sich die Rechtsprechung durch die Entscheidung in Caldwell<sup>26</sup> dahin geändert, dass es nicht auf die subjektive Voraussicht des Täters ankomme, sondern objektive Vorhersehbarkeit genüge; seit 2003<sup>27</sup> gilt aber wieder die „Cunningham recklessness“. Im englischen Recht gibt es somit eine Dreiteilung der subjektiven Tatseite: intent (wozu Absicht und Wissentlichkeit gehören, die bisweilen getrennt aufgeführt werden, so dass sich eine Vierteilung ergibt), recklessness (Voraussicht der Tatbestandsverwirklichung als wenigstens möglich) und negligence (objektiver unbewusster Sorgfaltspflichtverstoß), wobei keineswegs bei jedem Delikt alle Formen strafbar sind. Für die meisten Straftatbestände ist jedoch recklessness ausreichend.<sup>28</sup> In der englischen Diskussion werden zwei Fallgruppen als problematisch empfunden,<sup>29</sup> wenn der Täter das Risiko nicht erkennt, zum einen infolge affektiver Erregung, zum andern aus Gleichgültigkeit; manche Autoren halten den zweiten Fall für genauso strafwürdig wie Handeln trotz erkannten Risikos<sup>30</sup>.

In anderen Common Law-Staaten wie Kanada umfasst criminal negligence sowohl bewusste wie unbewusste Fahrlässigkeit,<sup>31</sup> in den kodifikationslosen australischen Common Law-Bundesstaaten gilt dasselbe für recklessness.<sup>32</sup>

Die 52 US-amerikanischen Strafrechtsordnungen (50 Einzelstaaten, Bundesstrafrecht, Militärstrafrecht) haben das Erbe des englischen Rechts angetreten und eine oft beklagte Vielzahl nicht selten schlecht und bisweilen widersprüchlich defi-

nierter mens rea-Ausdrücke hervorgebracht.<sup>33</sup> Es erstaunt daher nicht, dass das vom American Law Institute, einer privaten Forschungseinrichtung, die sich die Konsolidierung (in den sog. Restatements of Law) und Fortentwicklung des Rechts zur Aufgabe gemacht hat, 1962 vorgelegte Modellstrafgesetzbuch des Model Penal Code<sup>34</sup> hier eine großflächige Flurbereinigung unternommen hat<sup>35</sup> – mit großem Erfolg, denn dieser Regelungsvorschlag wird bis heute als der wichtigste und einflussreichste des ganzen Modellgesetzes angesehen.<sup>36</sup> Die Vorschrift des § 2.02 (2) MPC nimmt in bewusster Neuordnung der Terminologie eine Vierteilung der Formen von culpability vor, wobei jeweils weiter nach dem Bezugspunkt (conduct – das eigene Verhalten, result – der tatbestandliche Erfolg, attendant circumstances – Begleitumstände) unterschieden wird (sog. element analysis). Der Kürze halber beschränke ich mich hier auf den Taterfolg:

- Purpose (Absicht) liegt vor, wenn es das bewusste Ziel des Täters ist, den Erfolg zu verursachen.
- Knowledge (Wissentlichkeit) liegt vor, wenn dem Täter bewusst ist, dass es praktisch sicher ist, dass sein Verhalten den Erfolg herbeiführen wird.
- Recklessness liegt vor, wenn „he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element [...] will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation“, wenn also der Täter bewusst ein erhebliches und nicht zu rechtfertigendes Risiko missachtet, dass sein Verhalten den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeiführen wird. Das Risiko muss von solcher Art und Größe sein, dass, in Anbetracht von Art und Ziel seines Verhaltens und der ihm bekannten Umstände, seine Missachtung eine grobe Abweichung von dem Verhaltensstandard darstellt, den eine rechtstreuere Person in der Situation des Handelnden einhalten würde.
- Negligence (Fahrlässigkeit) liegt vor, wenn der Täter sich eines erheblichen und nicht zu rechtfertigenden Risikos, dass sein Verhalten den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeiführen wird, bewusst sein *sollte*. Das Risiko muss dieselbe Qualität haben wie bei recklessness.<sup>37</sup>

<sup>23</sup> R. v. Brady [2006] EWCA Crim 2413 §§ 15 f.; *Stark* (Fn. 17), S. 13, 27.

<sup>24</sup> *Horder*, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, 10. Aufl. 2022, S. 218. Die englische Law Commission hat für Tötungsdelikte eine Verengung auf die Kenntnis erheblicher Risiken (serious risk) vorgeschlagen, die indes nicht rein quantitativ zu bemessen seien, *The Law Commission (Law Com No 304), Murder, Manslaughter and Infanticide*, 2006, §§ 3.36–3.40.

<sup>25</sup> *Horder* (Fn. 24), S. 217 f.; *Simester/Spencer/Stark/Sullivan/Virgo*, *Simester and Sullivan's Criminal Law*, 7. Aufl. 2019, S. 154, jew. m.w.N.

<sup>26</sup> R. v. Caldwell [1982] A.C. 341; [1981] 1 All E.R. 961; [1981] 2 W.L.R. 509; 73 Cr.App.Rep.13; 145 J.P. 211 (H.L.).

<sup>27</sup> R. v. G. and another [2003] 3 W.L.R. 1060; [2004] 1 A.C. 1034; [2003] UKHL 50 (H.L.).

<sup>28</sup> *Simester/Spencer/Stark/Sullivan/Virgo* (Fn. 25), S. 162.

<sup>29</sup> *Horder* (Fn. 24), S. 219 f., 222; siehe auch *G. Williams*, *Legal Studies* 8 (1988), 74 (82).

<sup>30</sup> *Duff*, *Intention, Agency, and Culpability*, 1990, S. 162 f.

<sup>31</sup> R. v. J.F., 2008 SCC 60; [2008] 3 SCR 215, 223 [9]; *Stark* (Fn. 17), S. 34 ff. m.w.N.

<sup>32</sup> *Stark* (Fn. 17), S. 38 ff., 41.

<sup>33</sup> *Hall* (Fn. 18), S. 122 ff.

<sup>34</sup> *American Law Institute*, *Model Penal Code and Commentaries*, 7 Bände, 1962/1985.

<sup>35</sup> Dazu *Model Penal Code and Commentaries*, Part I, §§ 1.01 to 2.13, S. 229 ff.

<sup>36</sup> *Robinson*, *Hastings Law Journal* 31 (1980), 815; *Chiesa*, *Marquette Law Review* 102 (2018), 575 (579); *Simons*, *Ohio State Law Journal* 1 (2003), 179 (180 ff., 188); *Bergelson*, *Arizona State Law Journal* 53 (2021), 399.

<sup>37</sup> Wörtlich heißt es in § 2.02 (d) cl. 2 MPC: „The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable

An sich gibt es noch eine fünfte Kategorie, nämlich absolute liability (Erfolgshaftung), § 2.05 MPC, die aber auf violations (vergleichbar den Ordnungswidrigkeiten) beschränkt bleiben soll. Die vier im Kernstrafrecht anwendbaren Kategorien sind hierarchisch geordnet, wobei die höheren die jeweils niederen ersetzen können, § 2.02 (5) MPC. Der Model Penal Code geht im Grundsatz – zu Ausnahmen später (IV. 1. b) – auch davon aus, dass es sich um unterschiedliche Strafniveaus handelt.<sup>38</sup>

Recklessness im Sinne des Model Penal Code ist somit ein durchaus komplexes Konzept,<sup>39</sup> das aus einer subjektiven Komponente, dem Risikobewusstsein, und einer objektiven Komponente, einem qualifizierten rechtswidrigen Risiko, besteht, das zu ignorieren einen qualifizierten Sorgfaltsverstoß darstellt, wobei der Sorgfaltsmaßstab grundsätzlich objektiv bestimmt und nur ansatzweise individualisiert wird<sup>40</sup>. Es schließt sich eine Reihe von Fragen an, etwa nach den Maßstäben für die Prädikate substantial und unjustifiable sowie dem Verhältnis der beiden zueinander.<sup>41</sup> Dazu später mehr (IV. 1. a).

Etwas mehr als die Hälfte der US-amerikanischen Bundesstaaten<sup>42</sup> hat seitdem ihr Strafrecht nach dem Vorbild des Model Penal Code novelliert, teils in wörtlicher, öfters aber in modifizierter oder nur partieller Übernahme; eine Reihe von Bundesstaaten sowie das Bundesstrafrecht haben den vorherigen Zustand beibehalten. Gleichwohl gilt insbesondere die Model Penal Code-Definition als Standardversion<sup>43</sup> von recklessness im englischsprachigen Rechtskreis, weil sonst große Uneinheitlichkeit herrscht. In den US-amerikanischen Rechten ist recklessness für die meisten Delikte erforderlich und hinreichend.<sup>44</sup>

### III. Die Vorschläge von Weigend und Hörnle

In der Diagnose stimmen die beiden Vorschläge von *Weigend* und *Hörnle* überein: Zwar sei es nicht überzeugend, das Vorliegen von Vorsatz von inneren Haltungen des Täters abhän-

person would observe in the actor's situation.“ Den Unterschieden im Wortlaut zum recklessness-Risiko – „standard of conduct/standard of care“ und „law-abiding person/reasonable person“ – wird kein sachlicher Gehalt zugemessen; die meisten Staaten formulieren ohnedies einheitlich im Sinne der jeweils zweiten Fassung, Nachweise bei *Treiman*, *American Journal of Criminal Justice* 9 (1981), 281 (348 f.).

<sup>38</sup> Vgl. Model Penal Code and Commentaries, Part II, §§ 210.0 to 213.6, S. 53.

<sup>39</sup> Eingehend *Treiman*, *American Journal of Criminal Justice* 9 (1981), 281 (305–370).

<sup>40</sup> Dazu *Robinson*, in: Dressler (Hrsg.), *Encyclopedia of Crime & Justice*, 2. Aufl. 2003, S. 995 (1002 ff.).

<sup>41</sup> Model Penal Code and Commentaries, Part I, §§ 1.01 to 2.13, S. 237.

<sup>42</sup> Näher *Treiman*, *American Journal of Criminal Justice* 9 (1981), 281 (376 ff.); *Stark* (Fn. 17), S. 48 ff. m.w.N.

<sup>43</sup> So etwa *Stark* (Fn. 17), S. 26 ff. („standard account“); *Duff*, *Criminal Law and Philosophy* 13 (2019), 643.

<sup>44</sup> Nach dem Vorbild von § 2.02 (3) MPC, siehe *Robinson* (Fn. 40), S. 1001.

gig zu machen, so dass an sich die Möglichkeitstheorie vorzugswürdig sei.<sup>45</sup> Aus *Weigends* Sicht verletzen ihre Ergebnisse jedoch das Rechtsgefühl, weil sie normativ Ungleichwertiges – die beiden Formen des dolus directus einerseits und den dolus eventualis andererseits – gleich behandelten.<sup>46</sup> *Hörnle* hält sowohl die Strafobergrenze der fahrlässigen Tötung für zu gering für grob sorgfaltswidrige, hochriskante Handlungen und zum anderen die Strafuntergrenze für bedingt vorsätzliche Tötungen für zu hoch.<sup>47</sup> Sie bemängelt ferner die herkömmliche rationalistische und vereinfachende Rekonstruktion innerer Einstellungen sowohl was das Erkennen eines möglichen Erfolges als auch eine darauf aufbauende Stellungnahme betrifft – Risiken könnten verdrängt werden und Stellungnahmen zu erkannten Risiken ausbleiben, so dass die Dichotomie „entweder bedingter Vorsatz oder bewusste Fahrlässigkeit“ unpassend sei.<sup>48</sup> Zudem würden innere Einstellungen nicht festgestellt, sondern zugeschrieben.<sup>49</sup>

*Weigend* schlägt nach dem Vorbild der Model Penal Code-recklessness ein neues Konzept der Leichtfertigkeit<sup>50</sup> vor, das dem Vorsatz einer konkreten Gefährdung, die der Täter nicht zu beherrschen können glaubt,<sup>51</sup> entspricht – der damit verbundene Vorwurf liege im bewusst riskanten Handeln.<sup>52</sup> Der Vorteil der Figur sei ein zweifacher: Zum einen würde der Vorwurf mit dem übereinstimmen, was auch tatsächlich nachgewiesen werden könne, zum zweiten könnte eine mittlere Strafdrohung eine schuldangemessenere Sanktionierung ermöglichen.<sup>53</sup> Für eine bewusste Fahrlässigkeit sei dann kein Raum mehr.<sup>54</sup> Freilich würden Probleme der Grenzziehung sich vermutlich häufen.<sup>55</sup> *Hörnle* will zudem die Erkenntnisprobleme vermindern und statt Risikobewusstseins die Kenntnis einer massiven Sorgfaltspflichtverletzung genügen lassen, sofern kein unverschuldeter kognitiver Defekt das sich daraus regelmäßig ergebende Risikobewusstsein verhindert hat.<sup>56</sup>

Beide Vorschläge plädieren für eine Rationalisierung der Strafraumen durch konsistente Abstufung der Sanktionen für vorsätzliches, leichtfertiges und fahrlässiges Verhalten,<sup>57</sup> wie sie im Model Penal Code und einigen amerikanischen Bundesstaaten bei den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten, Brandstiftung und Sachbeschädigung vorgesehen sei.<sup>58</sup> *Hörnle*

<sup>45</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (668 ff.); *Hörnle*, JZ 2019, 440 (443 f.).

<sup>46</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (672).

<sup>47</sup> *Hörnle*, JZ 2019, 440 (443 f.).

<sup>48</sup> *Hörnle*, JZ 2019, 440 (441 ff.).

<sup>49</sup> *Hörnle*, JZ 2019, 440 (443, 445).

<sup>50</sup> Zum bisherigen Begriff der Leichtfertigkeit im deutschen Strafrecht siehe *Birnbaum*, *Die Leichtfertigkeit zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz*, 2000.

<sup>51</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (687 ff., 690, 693 ff.).

<sup>52</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (687 ff., 690).

<sup>53</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (692).

<sup>54</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (692 f.).

<sup>55</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (697).

<sup>56</sup> *Hörnle*, JZ 2019, 440 (446 f.).

<sup>57</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (698 f.); *Hörnle*, JZ 2019, 440 (445 ff.).

<sup>58</sup> Dazu *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (679 ff. m.w.N.).

hält die sorgfaltswidrige Schaffung eines signifikanten Risikos für andere bzw. das Wissen darum für den Kern des moralischen wie strafrechtlichen Unrechts;<sup>59</sup> Absicht rechtfertigt regelmäßig höhere Strafe, weil mit ihr oft eine höhere Erfolgsgefahr einhergeht und sie den sozialen Sinn der Handlung in Richtung auf einen Angriff ändert.<sup>60</sup>

Der dazu erforderlichen umfassenden Revision des Besonderen Teils des StGB werden von beiden Autoren indes kaum Realisierungschancen eingeräumt.<sup>61</sup>

#### IV. Kritische Betrachtung

Zustimmung verdient zunächst der Ausgangspunkt beider Vorschläge, dass die Begrifflichkeit der subjektiven Tatseite nicht allein Formen zurechenbarer Handlungssteuerung vertritt, sondern auch mit Blick auf die damit verknüpften Rechtsfolgen, insbesondere Strafwürdigkeitsdifferenzen, bestimmt werden muss.<sup>62</sup> Es geht dabei also nicht, wie *Schmidhäuser* formulierte, um bloße „Sacherkenntnis und Begriffsbildung“, sondern auch um „Kriminalpolitik“,<sup>63</sup> weil der strafrechtliche Wert psychosozialer Phänomene, genauer: ihrer alltagstheoretischen Beschreibungen als Kombinationen epistemischer und optativischer Systemzustände, fixiert werden muss, denn die Phänomene selbst sind für das Recht zunächst nichts als *facta bruta*.

*Hörnle* ist sodann darin zuzustimmen, dass es sich bei „inneren Einstellungen“ um Zuschreibungen handelt, um Rekonstruktionen mit dem grobgingrigen Instrumentarium der naiven Alltagspsychologie, das im sozialen Leben als theorieähnliches Deutungsmuster zur Erklärung und Vorhersage von Verhalten fungiert,<sup>64</sup> weshalb sich auch bei juristischen Begriffen die notorische Vermischung deskriptiver mit wertenden Aussagen findet, ersichtlich an doppeldeutigen Attributen wie Billigen, Ernstnehmen, Sich-Abfinden oder Gleichgültigkeit. Ganz ohne das alltagstheoretische Besteck wird das Recht freilich nicht auskommen können.<sup>65</sup> Zu ergänzen ist, dass die deskriptiven Komponenten, also die „psychischen Modi“, allein keine zureichende Beschreibung für anerkannte Strafwürdigkeitsdifferenzen liefern,<sup>66</sup> weil verschiedene Phänomene in rechtlicher Perspektive gleich zu behandeln sein mögen.

Zustimmung verdient auch die Kritik an der deutschen Strafrahenarchitektur insbesondere bei den Tötungsdelikten, namentlich der Umstand, dass die Strafrahen von vorsätzlichem Totschlag und der fahrlässigen Tötung nahtlos anei-

inander anschließen<sup>67</sup> und sich nicht überlappen,<sup>68</sup> und, wenn Mordmerkmale wie der Einsatz gemeingefährlicher Mittel bei illegalen Straßenrennen in Betracht kommen, der Unterschied von Vorsatz und Fahrlässigkeit zur implausiblen Diskrepanz von fixer lebenslanger Strafe und maximal fünf Jahren zeitiger Strafe anschwillt. Gemildert wird dies sektoriell zwar durch den Tatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge, der Fälle des alten *dolus indirectus* abdeckt, weshalb für die fahrlässige Tötung ursprünglich nur Fälle der *culpa levis* übrig zu bleiben schienen,<sup>69</sup> doch erfassen die todeserfolgsqualifizierten Delikte nur wenige enge Fallgruppen. Das traditionelle Verständnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit als sich wechselseitig ausschließende Komplementärbegriffe<sup>70</sup> hat womöglich zu dem Fehlschluss verleitet, dass auch die Strafrahen von §§ 212, 222 StGB komplementär sein müssten – dies ist im Common Law und im Model Penal Code besser gelöst worden, wie wir gleich (1. b) sehen werden. Der Blick ins fremde Recht kann also aufschlussreich sein, weshalb sich die Frage anschließt:

#### 1. Inwieweit eignet sich die Model Penal Code-recklessness als Vorbild?

a) Wie oben unter II. skizziert, ist die Definition von *recklessness* im Model Penal Code nicht ganz unkompliziert.<sup>71</sup> Wenn man sich an diesen Begriff anlehnt, ist zu klären, in welchem Umfang dies möglich und sinnvoll ist. Wie gesehen, weist *recklessness* auch eine objektive Komponente auf, die mit der von *negligence* identisch ist: Der Täter muss ein *substantial and unjustifiable risk*, ein erhebliches und nicht zu rechtfertigendes Risiko der Tatbestandsverwirklichung geschaffen haben, dessen Missachtung objektiv einen groben Sorgfaltsverstoß darstellt.

Im amerikanischen Recht wird für die Qualität als *unjustifiable* auf die Motive des Täters abgestellt, also ob er etwa einen Rettungszweck verfolgte.<sup>72</sup> Im deutschen Recht würde die Frage der Schaffung eines nicht zu rechtfertigenden Risi-

<sup>59</sup> *Hörnle*, JZ 2019, 440 (444, 447 f.).

<sup>60</sup> *Hörnle*, JZ 2019, 440 (447 f.).

<sup>61</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (699 f.); *Hörnle*, JZ 2019, 440 (441, 448).

<sup>62</sup> *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 406 f. m.w.N.; *Horder* (Fn. 24), S. 217; *Perron*, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, 1998, S. 145 (148).

<sup>63</sup> *Schmidhäuser*, JuS 1980, 241 (249); ähnlich wie hier *Perron* (Fn. 62), S. 148 f.

<sup>64</sup> Dazu eingehend *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 428 ff.

<sup>65</sup> Dazu *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 151 ff., 428 ff.

<sup>66</sup> *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 435.

<sup>67</sup> Zählt man die unbenannten minder schweren Fälle des § 213 StGB hinzu, besteht zwar eine Überlappung, *dolus eventualis* genügt für Bejahung der Minderung aber, soweit ersichtlich, allein nicht.

<sup>68</sup> Vgl. *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (660); *Hörnle*, JZ 2019, 440 (447 Fn. 74).

<sup>69</sup> Dazu *Stuckenberg*, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 693 (696 ff.), mit Verweis auf *Goltdammer*, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die preußischen Staaten, Theil II, 1852, S. 419 (zu § 184 prStGB, der Vorgängernorm des § 222 StGB).

<sup>70</sup> *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 69; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 29 III. 3. c) (S. 301); *Dreher*, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12, 1959, S. 119.

<sup>71</sup> Eingehend *Simons*, Ohio State Law Journal 1 (2003), 179 (188 ff.).

<sup>72</sup> *People v. Hall*, 999 P.2d 207, 218 (Colo. 2000); *Treiman*, American Journal of Criminal Justice 9 (1981), 281 (339 ff.).

kos im Rahmen der objektiven Zurechnung (ist das Risiko generell erlaubt?) und der Rechtfertigung (ist es ausnahmsweise erlaubt?) behandelt, so dass dieser Teil der recklessness keines gesonderten Imports bedürfte. Es fragt sich dann, was mit substantial gemeint ist und ob das Attribut unabhängig von unjustifiable ist derart, dass es sich vielleicht um ein besonders großes Risiko handeln müsste, etwa im Sinne der *Puppischen* Vorsatzgefahr<sup>73</sup>. Der Model Penal Code selbst hält substantial für nicht weiter definierbar und will die Frage der Jury überlassen.<sup>74</sup> In den Bundesstaaten, die die Formulierung übernommen haben, besteht Einigkeit, dass recklessness – anders als im Schadensersatzrecht<sup>75</sup> – kein größeres Risiko erfordert als criminal negligence. Der Unterschied zwischen recklessness und negligence besteht also allein darin, ob das Risiko erkannt wurde oder nicht.<sup>76</sup> Das Attribut substantial wird zudem nicht als selbständig angesehen, sondern durch das Merkmal unjustifiable mitdefiniert.<sup>77</sup> Dafür, ob ein Risiko substantial ist, kommt es zum einen maßgebend darauf an, ob es einen guten Grund gab, es einzugehen, und zum anderen auf Art und Ausmaß des möglichen Schadens. Eine bestimmte Risikohöhe, etwa überwiegende Wahrscheinlichkeit, ist nicht erforderlich.<sup>78</sup> Auch ein geringes Risiko von unter 1 % ist demnach substantial, wenn es bloß aus Übermut geschaffen wird.<sup>79</sup> Aus Sicht der Gerichte reicht ein geringes Todesrisiko ohne weiteres aus im Gegensatz zur hohen Wahrscheinlichkeit eines minimalen Schadens.<sup>80</sup>

Daran ändert auch das traditionelle Common Law-Dogma nichts, dass criminal negligence einen größeren Sorgfaltsverstoß („gross deviation from the standard of reasonable care“) verlangt als civil negligence, schon weil notorische Unklar-

heit darüber besteht,<sup>81</sup> wie diese Differenz – die ohnehin von der Jury beurteilt wird – im Einzelfall zu konkretisieren ist.

Folglich verlangt recklessness auch nicht, dass der Täter sich ein qualifiziertes, also besonders großes Erfolgsrisiko vorstellt. Sofern in den Vorschlägen die Kenntnis eines besonders hohen Risikos verlangt wird oder ersatzweise die Kenntnis einer massiven Sorgfaltsverletzung, die das Niveau gewöhnlicher Fahrlässigkeit übersteigt,<sup>82</sup> genügen soll, hat dies jedenfalls in der recklessness des Model Penal Code kein Vorbild. Das von *Hörnle* aufgezeigte weitere Problem, dass Personen trotz hochriskanten Verhaltens das damit verbundene Risiko nicht erkennen mögen, besteht bei recklessness im Übrigen in gleicher Weise,<sup>83</sup> auch wenn die Rechtspraxis bisher keine Präzisierungen vorgenommen hat und inkonsistent erscheint, was etwa die Relevanz von Fehleinschätzungen der individuellen Beherrschbarkeit des Risikos<sup>84</sup> angeht. Der Nachweis bewusst riskanten Verhaltens hat sich als schwierig erwiesen<sup>85</sup> und geschieht regelmäßig indiziell, auch unter Rückgriff darauf, was eine sorgfältige Person erkannt hätte.<sup>86</sup> Sowohl der Model Penal Code als auch das positive amerikanische Recht arbeiten im Übrigen immer noch in erheblichem Umfang mit Rechtsvermutungen.<sup>87</sup> Auf eine weitere Schwierigkeit bei der Rechtsanwendung haben empirische Studien in den USA hingewiesen, indem sie gezeigt

<sup>73</sup> Vgl. *Perron* (Fn. 62), S. 151 f.

<sup>74</sup> Model Penal Code and Commentaries, Part I, §§ 1.01 to 2.13, S. 237.

<sup>75</sup> *Dressler*, Understanding Criminal Law, 6. Aufl. 2012, S. 135: im Schadensersatzrecht wird ein very substantial risk verlangt.

<sup>76</sup> Model Penal Code and Commentaries, Part I, §§ 1.01 to 2.13, S. 240; *People v. Hall*, 999 P.2d 207, 219 Fn. 12 (Colo. 2000); *Dressler* (Fn. 75), S. 135, 142; *Fletcher*, Rethinking Criminal Law, 1978, S. 261; *Treiman*, American Journal of Criminal Justice 9 (1981), 281 (300, 337 f., 348 f., 375); krit. *Simons*, Ohio State Law Journal 1 (2003), 179 (191 ff.); unzutreffend daher *Moore/Hurd*, Criminal Law and Philosophy 5 (2011), 147 (149).

<sup>77</sup> Dazu *Dressler*, California Law Review 88 (2000), 955 (957 f.); *Alexander/Ferzan*, Crime and Culpability, 2009, S. 25 ff., halten das Attribut substantial für überflüssig; krit. *Simons*, Ohio State Law Journal 1 (2003), 179 (189 ff.).

<sup>78</sup> *People v. Hall*, 999 P.2d 207, 217 f. (Colo. 2000); *Chiesa*, Marquette Law Review 102 (2018), 575 (580).

<sup>79</sup> *LaFave*, Substantive Criminal Law, 3. Aufl. 2017 (Dezember 2021 Update), § 5.4 (f); *Dressler* (Fn. 75), S. 132 Fn. 89.

<sup>80</sup> *People v. Lewie*, 17 N.Y.3d 348, 357; 929 N.Y.S.2d 522, 527; 953 N.E.2d 760 (NY 2011); *People v. Hall*, 999 P.2d 207, 217 f. (Colo. 2000); *State v. Standiford*, 769 P.2d 254, 263 Fn. 9 (Utah 1988).

<sup>81</sup> Model Penal Code and Commentaries, Part II, §§ 210.0 to 213.6, S. 83: „It is a fair comment that, at the time the Model Code was drafted, American courts had not been able to articulate with any precision the ingredients that properly should inform the determination of negligence.“; *Stark* (Fn. 17), S. 48 m.w.N. Auch in den Staaten, die die Formulierung des MPC übernommen haben, ist die Wendung „gross deviation“ als zu unbestimmt und daher verfassungswidrig gerügt worden, soweit ersichtlich aber ohne Erfolg, dazu *Treiman*, American Journal of Criminal Justice 9 (1981), 281 (350).

<sup>82</sup> *Hörnle*, JZ 2019, 440 (446 f.).

<sup>83</sup> Eingehend *Ferzan*, Journal of Criminal Law and Criminology 91 (2001), 597 (602 ff.); *Simons*, Ohio State Law Journal 1 (2003), 179 (194 f.); *ders.*, Arizona State Law Journal 53 (2021), 655 (662 ff.); *Alexander/Ferzan* (Fn. 77), S. 51 ff.; *Stark* (Fn. 17), S. 90 ff. m.w.N.; *Husak*, Criminal Law and Philosophy 5 (2011), 199; siehe auch *Bandes*, Law and Philosophy 29 (2010), 433 (438 ff.).

<sup>84</sup> Nachweise bei *Simons*, Ohio State Law Journal 1 (2003), 179 (191).

<sup>85</sup> Dazu schon *Arzt* (Fn. 14), S. 133 ff. m.w.N. zum New Yorker Recht.

<sup>86</sup> *People v. Hall*, 999 P.2d 207, 220 (Colo. 2000); *Morones v. Uribe*, 2013 WL 1415099 (C.D. Cal. 2013), S. 6; vgl. Justice Gilbert, in: *People v. Moore*, 187 Cal.App.4th 937, 941; 114 Cal.Rptr.3d 540 (2010): „Whether Moore was subjectively aware of the risk is best answered by the question: how could he not be? It takes no leap of logic for the jury to conclude that because anyone would be aware of the risk, Moore was aware of the risk.“ Zu Kalifornien siehe *Ruppenthal*, Der bedingte Tötungsvorsatz, 2017, S. 329 ff.

<sup>87</sup> Zum Beispiel Vermutung der recklessness in § 211.2 S. 2 MPC; zu Kalifornien siehe *Ruppenthal* (Fn. 86), S. 329 ff.

haben, dass der Begriff der recklessness i.S.d. Model Penal Code von Geschworenen häufig missverstanden wird.<sup>88</sup> Dies stimmt mit Ergebnissen der Attributionsforschung überein, dass Laien die Differenz von Absicht und Fahrlässigkeit leicht begreifen, feinere rechtliche Differenzierungen hingegen schwerer zu vermitteln sind.<sup>89</sup>

Unklarheit besteht schließlich auch über das Merkmal conscious disregard, nämlich, ob es mehr verlangt als Handeln trotz erkannten Risikos. Mitunter wird auch hier eine bewusste Stellungnahme verlangt,<sup>90</sup> die dem Billigen oder Ernstnehmen beim dolus eventualis gleichkommt.

b) Als nächstes fragt sich, ob recklessness als Markierung eines mittleren Strafniveaus Vorbildcharakter hat. Dies wird sich allenfalls mit erheblichen Einschränkungen sagen lassen. Beide Vorschläge befürworten eine konsistent an den drei Formen der subjektiven Tatseite orientierte Strafrahmensystematik, die es aber so weder im Model Penal Code noch in den sich daran anlehrenden Bundesstaaten gibt.<sup>91</sup> Eine vierfache Stufung des Sanktionsniveaus gemäß seinen vier culpability terms kommt im Model Penal Code nie vor, auch sonst sind Abstufungen selten: Nur bei den Tötungsdelikten werden drei Stufen unterschieden, bei Körperverletzung (simple assault) und Brandstiftung<sup>92</sup> noch zwei. Meistens werden mehrere Merkmale zusammengefasst, etwa purpose und knowledge (bei den Tötungsdelikten<sup>93</sup>), manchmal aber auch purpose, knowledge und recklessness<sup>94</sup> oder purpose und recklessness<sup>95</sup> oder praktisch alles, nämlich purpose, recklessness und negligence<sup>96</sup>. Die Frage, ob eine solche Sanktionshierarchie sinnvoll ist, wird im nächsten Abschnitt behandelt. Hier soll zunächst darauf hingewiesen werden, dass weder der Model Penal Code<sup>97</sup> noch davon beeinflusste Staaten wie New York diese Hierarchie im bedeutsamsten Anwendungsfall, den Tötungsdelikten, konsequent durchführen.

Der Model Penal Code unterscheidet zwar im Grundsatz drei Strafniveaus: das schwerste gilt für absichtliche und wissentliche Tötung, das mittlere für recklessness und das

mildeste für Fahrlässigkeit.<sup>98</sup> Die Strafrahmensysteme überschneiden sich großflächig, weil allen das Minimum von einem Jahr gemeinsam ist. In den Bundesstaaten, die diesem Ansatz folgen, unterscheidet sich auch das Strafniveau mitunter deutlich.<sup>99</sup> So beträgt das Höchstmaß der Freiheitsstrafe für reckless homicide im Model Penal Code zehn Jahre, in Colorado vier Jahre, in New York 15 und in New Hampshire 30 Jahre.

Gleichwohl übernimmt der Model Penal Code aus dem überlieferten englischen Common Law zwei weitere mens rea-Formen von murder: Der absichtlichen bzw. wissentlichen Tötung gleichgestellt wird die recklessly begangene Tötung, wenn sie unter Umständen erfolgt, die eine extreme Gleichgültigkeit gegenüber dem Wert menschlichen Lebens manifestieren („criminal homicide constitutes murder when it is committed recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life“, § 210.2 (1) (b) cl. 1) MPC). Diese auch depraved heart-murder,<sup>100</sup> aban-

<sup>98</sup> Die Strafrahmensysteme sind im Einzelnen: für absichtliche und wissentliche Tötung (murder, § 210.2 (1) (a), (2): felony in the first degree: §§ 6.01 (1) (a), 6.06 (1): Haftstrafe von ein bis zehn Jahren bis lebenslang; für recklessness (manslaughter, § 210.3 (1) (a), (2): felony in the second degree: §§ 6.01 (1) (b), 6.06 (2): Haftstrafe von mindestens ein bis drei Jahren bis max. zehn Jahre; für Fahrlässigkeit (negligent homicide, § 210.4 (1), (2): felony in the third degree: §§ 6.01 (1) (c), 6.06 (3)): Haftstrafe von mindestens ein bis zwei bis max. fünf Jahren.

<sup>99</sup> Vgl. einerseits New York, wo allerdings grundsätzlich unbestimmte Haftstrafen verhängt werden, New York Penal Law § 70.00 (1), mit folgenden Strafrahmensystemen: depraved indifference und intentional homicide = murder in the second degree, §§ 125.25 (2), 70.00 (2) (a), (3) (a): mindestens 15–25 Jahre bis lebenslang; reckless manslaughter, § 125.15 (2), § 70.00 (2) (c): ein bis 15 Jahre; für fahrlässige Tötung, § 125.10, § 70.00 (2) (e): ein bis vier Jahre. Vgl. das Strafrecht Colorados: Colo.Rev.Stat. § 18-1.3-401 (1) (a) i.V.m. § 18-3-102 (1) (a): after deliberation and with intent, (1) (d) universal malice/extreme indifference to the value of human life generally: class 1 felony: lebenslang/Tod, § 18-3-103 (1) (a): knowingly, class 2 felony: acht bis zwölf Jahre; § 18-3-104 (1) (a) reckless: class 4 felony: zwei bis vier Jahre; negligence, § 18-3-105: class 5 felony: bis zu zwei Jahre. New Hampshire Rev. Stat.: purpose: First Degree Murder, § 630:1-a (I) (a): lebenslang; knowledge & extreme indifference: Second Degree Murder, § 630:1-b (I) (a), lebenslang oder zeitig; recklessness: Manslaughter, § 630:2 (I) (b), bis zu 30 Jahre Haft; Negligent Homicide, § 630:3 (I), Class B felony, max. sieben Jahre Haft, § 651:2 (II) (b).

<sup>100</sup> Nach den Formulierungen von *Blackstone*, *Commentaries on the Laws of England*, 1769, Bd. 4, S. 198 f.: „[...] malice aforethought [...]. This is the grand criterion, which now distinguishes murder from other killing: and this malice pre-pense, *malitia praecogitata*, is not so properly spite or malevolence to the deceased in particular, as any evil design in general; the dictate of a wicked, depraved and malignant heart; *un disposition a faire un male chose*.“, mit Verweis auf

<sup>88</sup> *Shen/Hoffman/Jones/Greene*, *New York University Law Review* 86 (2011), 1306 (1337 ff.); *Ginther/Shen/Bonnie/Hoffman/Jones/Marois/Simons*, *Vanderbilt Law Review* 67 (2014), 1327; siehe auch *Levinson*, *Howard Law Journal* 49 (2005–06), 1 (9 ff.) m.w.N.

<sup>89</sup> Nachweise bei *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 173 Fn. 888.

<sup>90</sup> So etwa *Baron*, *Criminal Law and Philosophy* 14 (2020), 69 (71 f.); eingehend *Treiman*, *American Journal of Criminal Justice* 9 (1981), 281 (351 ff.).

<sup>91</sup> *Robinson*, *Hastings Law Journal* 31 (1980), 815 (820); *Simons*, *Ohio State Law Journal* 1 (2003), 179 (201).

<sup>92</sup> § 220.1 (1) und (2) MPC: Arson und Reckless Burning.

<sup>93</sup> § 210.2 (1) MPC; auch bei Forgery, § 224.1 (1); § 224.2: Simulating Objects of Antiquity.

<sup>94</sup> Etwa § 211.1 (1) (a), (b) MPC: Simple Assault; § 211.1 (2) (a) MPC: Aggravated Assault; siehe auch *Chiesa*, *Marquette Law Review* 102 (2018), 575 (586 Fn. 75).

<sup>95</sup> § 211.3 MPC: Terroristic Threats; § 220.3 (b), (c): Criminal Mischief; § 250.11 MPC: Cruelty to Animals.

<sup>96</sup> § 220.3 (a) MPC: Criminal Mischief.

<sup>97</sup> Dazu *Simons*, *Ohio State Law Journal* 1 (2003), 179 (196 f.).

done and malignant heart-murder<sup>101</sup> oder depraved indifference genannte Kategorie, wörtlich etwa: Mord mit verderbtem, boshafem Herzen, ist seit langem eine der vier klassischen Formen von malice, der subjektiven Tatseite des Mordes nach Common Law. Der Model Penal Code ist dafür kritisiert worden, keine präzisere Definition dieser Kategorie gegeben zu haben.<sup>102</sup> Eine weitere Form von malice ist der Vorsatz, ein beliebiges Verbrechen zu begehen, bei dessen Verwirklichung jemand, sei es auch nur zufällig, getötet wird, sog. felony murder-rule, eine schuldgelöste Todeserfolgsqualifikation, die der Model Penal Code dahin abschwächt, dass er in diesen Fällen die vorgenannte extreme indifference vermutet, § 210.2 (1) (b) cl. 2 MPC<sup>103</sup>. Eine weitere, allgemeine Einschränkung der Hierarchie liegt in der Gleichstellung von knowledge mit der Vorstellung hoher Wahrscheinlichkeit (§ 2.02 (7) cl. 2 MPC) als abgeschwächte Version der herkömmlichen willful blindness-Regel, die viele Bundesstaaten beibehalten haben und die im Bundesstrafrecht großzügig angewendet wird: Wer es vermieden hat, einen sich aufdrängenden Umstand zur Kenntnis zu nehmen, wird behandelt, als ob er ihn gekannt hätte.<sup>104</sup>

Die Kategorie des depraved heart-murder ist hier von doppeltem Interesse. Zum einen begründet der Model Penal Code die Gleichstellung dieser Fallgruppe der recklessness mit Absicht bzw. Wissentlichkeit schlicht damit, dass solche äußerste Gleichgültigkeit in gleicher Weise strafwürdig sei; folglich gibt es Wertungsgesichtspunkte, die die Abstufung nach kognitiven oder optativischen Aspekten überlagern und eine normative Gleichstellung unterschiedlicher Phänomene rechtfertigen können.<sup>105</sup> Wann genau ein solcher Extremfall vorliegt, wird den Geschworenen überlassen. Die Fallgruppe ist alt. *Blackstone* nannte im 18. Jahrhundert als Beispiel das Schießen in eine Gruppe von Menschen.<sup>106</sup> Heute werden

typischerweise Fälle hochriskanten Verhaltens aus nichtigem Anlass genannt wie russisches Roulette zu spielen.<sup>107</sup> Der Model Penal Code selbst und manche US-Bundesstaaten wie New York haben depraved indifference auf andere Tatbestände ausgedehnt wie aggravated assault, § 211.2 (a) MPC, oder leichtfertige Lebensgefährdung (reckless endangerment).<sup>108</sup> Zwar soll es sich nur um eine eng begrenzte Fallgruppe handeln,<sup>109</sup> dafür wird die Kategorie aber recht häufig angewandt.

Zum anderen ist von besonderem Interesse, dass auch Fälle illegaler Autorennen auf öffentlichen Straßen mit tödlichem Ausgang darunter subsumiert werden. Solche Raserfälle beschäftigen die US-amerikanischen Gerichte, seitdem es Autos gibt.<sup>110</sup> Normaler Tötungsvorsatz wird hier nicht vermutet, weil er mit dem Ziel, das Rennen zu gewinnen, und dem Ziel der Selbsterhaltung unvereinbar sei.<sup>111</sup> Einschlägig sind oft eine ganze Reihe von Straftatbeständen wie vehicular homicide oder Gefährdungsdelikte.<sup>112</sup> Seit den 1960er Jahren<sup>113</sup> finden sich aber auch regelmäßig Anklagen und Verurteilungen wegen depraved heart murder,<sup>114</sup> da es diese Figur in etwa drei Viertel der US-Bundesstaaten (zumeist eingestuft als second degree murder, vereinzelt in der niedrigeren Kategorie manslaughter<sup>115</sup>) gibt. Das Strafmaß ist zumeist beträcht-

<sup>107</sup> Vgl. *Commonwealth v. Malone*, 47 A.2d 445 (Pa. 1946): „Russian poker“; *Fletcher* (Fn. 76), S. 265 m.w.N.

<sup>108</sup> New York Penal Law § 120.25, vgl. *People v. Feingold*, 852 N.E.2d 1163, 1164 (NY 2006).

<sup>109</sup> *People v. Suarez*, 6 N.Y.3d 202, 207; 811 N.Y.S.2d 267; 844 N.E.2d 721 (2005); *People v. Maldonado*, 18 N.E.3d 391, 395; 993 N.Y.S.2d 680, 684; 24 N.Y.3d 48, 53 (2014): „depraved indifference murder properly applies only to a small, and finite, category of cases where the conduct is at least as morally reprehensible as intentional murder“.

<sup>110</sup> *Saavedra*, L.A. Times v. 27.6.2021, G1, zitiert nach *Clar*, *McGeorge Law Review* 34 (2003–04), 372 (374 Fn. 25).

<sup>111</sup> Zum Beispiel *State v. Butler*, 11 Ohio St.2d 23; 40 Ohio Op.2d 43; 227 N.E.2d 627, 637 (1967).

<sup>112</sup> Vgl. nur *People v. Maldonado*, 18 N.E.3d 391; 993 N.Y.S.2d 680; 24 N.Y.3d 48, 51 (2014); zur strafrechtlichen Einstufung siehe 89 A.L.R.6th 565.

<sup>113</sup> *Stallard v. State*, 209 Tenn. 13; 348 S.W.2d 489 (1961): 10 Jahre Haft; *Clemon v. State*, 218 Ga. 755; 130 S.E.2d 745, 749 (1963): lebenslange Haft.

<sup>114</sup> Umfangreiche Nachweise in 21 A.L.R.3d 116 ff. und 89 A.L.R.6th 565 ff.; vgl. *Garrett v. Brewer*, 2018 WL 1509187 (E.D.Mich. 2011), S. 6 m.w.N.; *Morones v. Uribe*, 2013 WL 1415099 (C.D.Cal. 2013); *Wagner v. State*, 76 Wis.2d 30; 250 N.W.2d 331, 339 ff. (1977); *People v. Goecke*, 457 Mich. 442, 471 f.; 579 N.W.2d 868 (1998); *People v. Aldrich*, 246 Mich.App. 101; 631 N.W.2d 67 (2001); *Aldrich v. Bock*, 327 F.Supp.2d 743, 763 mit zahlreichen Nachweisen (E.D.Mich. 2004); second degree murder nach dem Recht Michigans: intent to create a very high risk of death or great bodily harm with the knowledge that death or great bodily harm is the probable result; *People v. Canizalez*, 197 Cal.App.4th 832; 128 Cal. Rptr. 3d 565 (2d Dist. 2011).

<sup>115</sup> Wobei dies nicht mit einem geringerem Strafniveau einhergehen muss, *Or.Rev.Stat.* § 163.118 (1), manslaughter in

*Foster's*, *Crown Law*, 1762, S. 256 („symptoms of a wicked, depraved, malignant spirit“).

<sup>101</sup> So die kalifornische Terminologie, vgl. *California Penal Code* § 188 (a) (2); *People v. Poddar*, 10 Cal.3d 750; 518 P.2d 342, 347; 111 Cal. Rptr. 910 (1974); *Ruppenthal* (Fn. 86), S. 318 ff.

<sup>102</sup> *Michaels*, *Columbia Law Review* 85 (1985), 786 (789); *Nourse*, *Buffalo Criminal Law Review* 6 (2002), 361 (367 f.); siehe auch *Bergelson*, *Arizona State Law Journal* 53 (2021), 399 (415 ff.).

<sup>103</sup> § 210.2 (1) (b) cl. 2 MPC lautet: „Such recklessness and indifference are presumed if the actor is engaged or is an accomplice in the commission of, or an attempt to commit, or flight after committing or attempting to commit robbery, rape or deviate sexual intercourse by force or threat of force, arson, burglary, kidnapping or felonious escape.“ Krit. dazu *Bergelson*, *Arizona State Law Journal* 53 (2021), 399 (415).

<sup>104</sup> Vgl. nur *Simons*, *Arizona State Law Journal* 53 (2021), 655.

<sup>105</sup> *Fletcher* (Fn. 76), S. 447, hält depraved heart-murder und felony murder-rule für Surrogate des dolus eventualis; ähnlich *Chiesa*, *Marquette Law Review* 102 (2018), 575 (593 f.).

<sup>106</sup> *Blackstone* (Fn. 100), S. 200; aktuelle Fälle: *United States v. Báez-Martínez*, 950 F.3d 119, 126 (1st Cir. 2020); *United States v. Begay*, 33 F.4th 1081, 1091 f. (9th Cir. 2022).

lich: In Kalifornien haben Raser wegen second degree murder Haftstrafen von 45 oder 48 Jahren bis lebenslang erhalten,<sup>116</sup> in Georgia lebenslang<sup>117</sup>. Auch Polizeiflüchtfälle, bei denen Passanten getötet wurden, sind als depraved heart-murder behandelt worden.<sup>118</sup> Die genauen Kriterien sind wenig klar, die einzelstaatlichen Gerichte stellen teils auf Gleichgültigkeit als subjektiven Gemütszustand ab; so ist extreme indifference verneint worden, wenn der Raser noch in letzter Sekunde versuchte, dem Kollisionsopfer auszuweichen, er also nicht extrem gleichgültig gewesen sei.<sup>119</sup> Überwiegend und zunehmend wird aber auf objektive Kriterien abgestellt wie die Höhe des Risikos oder die Gefährdung einer Mehrzahl von Personen.<sup>120</sup>

Insgesamt erscheint das Konzept der recklessness des Model Penal Code als Vorbild für ein mittleres Strafniveau nur bedingt tauglich, weil es einige signifikante Durchbrechungen gibt, die gerade in Raserfällen zur Gleichbehandlung mit schwerster Vorsätzlichkeit führen können, wobei die Grenzziehung umstritten und ausgesprochen unscharf ist.

## 2. Ist eine subjektiv begründete Sanktionsabstufung sinnvoll?

Auch wenn man von diesen systematischen Schönheitsfehlern des Modellgesetzes und der Fremdrechtswirklichkeit absehen wollte, bleibt die wesentliche Frage, warum man überhaupt eine culpability hierarchy als Sanktionsabstufung übernehmen sollte. In Frage gestellt wird damit die Prämisse beider Vorschläge, dass recklessness bzw. dolus eventualis generell weniger strafwürdig sei als dolus directus und generell strafwürdiger als unbewusste Fahrlässigkeit. Der Hierarchie des Model Penal Code wird zwar eine gewisse intuitive Plausibilität bescheinigt,<sup>121</sup> was daran liegen dürfte, dass sie sich mit den Mustern der Alltagsattribution<sup>122</sup> im Wesent-

lichen zu decken scheint<sup>123</sup>. Damit ist ihre normative Berechtigung aber noch nicht dargetan, die auch in der englischsprachigen wissenschaftlichen Diskussion durchaus kontrovers beurteilt wird,<sup>124</sup> sowohl im Grundsatz wie im Detail. So hat etwa Duff im selben Jahr 2019 den gegenläufigen Vorschlag gemacht, die ihm zu weit scheinende recklessness zu reduzieren und dolus eventualis neben die Wissentlichkeit zu stellen, weil das Hinnehmen des Erfolges und das Vertrauen auf einen guten Ausgang zwei praktische Haltungen (practical attitudes) von unterschiedlichem moralischen Wert seien.<sup>125</sup>

Es ist offensichtlich, dass Vorsatz, Fahrlässigkeit usw. nicht als vermeintliche „psychische Fakten“ strafrechtlich relevant sind, sondern als Symbol- oder Bedeutungsträger.<sup>126</sup> Die entscheidende Frage ist dann, welcher Maßstab für die Ermittlung der fraglichen Bedeutung gilt und woher er seine strafrechtliche Legitimation bezieht. Bisweilen wird auf ethische<sup>127</sup> oder moralische<sup>128</sup> Bewertungen abgestellt, die allerdings im Strafrecht genauso systemfremd sind wie Muster der Alltagsattribution,<sup>129</sup> mögen sich auch oft Koinzidenzen finden. Wenn bewusste und unbewusste Tatbegehung unterschiedliche Strafniveaus markieren, dann müsste dies letztlich aus dem Zweck der Strafe zu erklären sein. Eine unmittelbare Herleitung aus den diversen Straftheorien ist allerdings, wie ich an anderer Stelle ausgeführt habe,<sup>130</sup> kaum möglich. Diese

<sup>123</sup> Empirische Studien zeigen aber auch erhebliche Schwierigkeiten in der Zuordnung, siehe *Levinson*, *Howard Law Journal* 49 (2005–06), 20 ff. (25 ff.).

<sup>124</sup> *Alexander/Ferzan* (Fn. 77), S. 31 f.; *Husak*, *Legal Theory* 1 (1993), 493; *Simons*, *Ohio State Law Journal* 1 (2003), 179 (195 ff.); affirmativ hingegen *Michaels*, *Columbia Law Review* 85 (1985), 786 (802 ff.); *Chiesa*, *Marquette Law Review* 102 (2018), 575 (599 ff.).

<sup>125</sup> *Duff*, *Criminal Law and Philosophy* 13 (2019), 643 (646 ff., 661); ähnlich zuvor *Michaels*, *Southern California Law Review* 71 (1998), 953 (958 ff.), für sein Konzept der acceptance (zu dolus eventualis).

<sup>126</sup> Ausdruck nach *Jakobs*, in: Neumann/Schulz (Hrsg.), *Verantwortung in Recht und Moral*, ARSP-Beiheft 74 (2000), S. 57 (68).

<sup>127</sup> So schon v. *Hippel* (Fn. 13), S. 510: Verschiedenheit des ethischen Vorwurfs.

<sup>128</sup> *Hörnle*, *JZ* 2019, 440 (444); auch *Duff*, *Criminal Law and Philosophy* 13 (2019), 643 (657 ff.); eindringlich *Moore*, *Mechanical Choices*, 2020, S. 87 ff.; *Hurd/Moore*, *Criminal Law and Philosophy* 15 (2021), 495 (497, 503 f.).

<sup>129</sup> Dass Absichtstäter vom Opfer regelmäßig als feindselig und damit als bedrohlicher empfunden werden als Fahrlässigkeitstäter (*Hörnle*, *JZ* 2019, 440 [447 f.]), trifft zu, besagt aber nichts für eine Strafwürdigkeitsdifferenz, für die es auf die Opferperspektive nicht ankommt, wenn man darin nicht zugleich eine stärkere Erschütterung des Normvertrauens der Bevölkerung annimmt (so *Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, 1983, S. 49) oder eine intensivere Verletzung der Friedenspflicht (so *Hörnle*, a.a.O., 448); zur begrenzten Tragfähigkeit auch dieser Topoi *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 435 ff.; zur Zirkularität *Stam*, *JZ* 2018, 601 (605).

<sup>130</sup> *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 430 ff.

the first degree: max. 20 Jahre; Va. Code Ann. § 18.2-36.1 (B), aggravated involuntary manslaughter: ein bis 20 Jahre; dazu *Duffy*, *Duke Law Journal* 57 (2007), 425 (436).

<sup>116</sup> *People v. Canizalez*, 197 Cal.App.4th 832, 836; 128 Cal. Rptr. 3d 565, 570 (2d Dist. 2011).

<sup>117</sup> *Clemon v. State*, 218 Ga. 755; 130 S.E.2d 745, 749 (1963).

<sup>118</sup> Zum Beispiel *People v. Herrera*, 202 A.D.3d 517; 162 N.Y.S.3d 61 (2022), Strafe: 18 Jahre bis lebenslang.

<sup>119</sup> *People v. Maldonado*, 18 N.E.3d 391; 993 N.Y.S.2d 680; 24 N.Y.3d 48 (2014); *People v. Prindle*, 16 N.Y.3d 768; 919 N.Y.S.2d 491; 944 N.E.2d 1130 (2011).

<sup>120</sup> Dazu *Michaels*, *Columbia Law Review* 85 (1985), 786 (790 ff.); *ders.*, *Southern California Law Review* 71 (1998), 953 (1002 ff.); *Duffy*, *Duke Law Journal* 57 (2007), 425 (433 ff.), jeweils m.w.N.; siehe auch *Chiesa*, *Marquette Law Review* 102 (2018), 575 (592 ff.); *Dressler*, *Texas Tech Law Review* 47 (2014), 89 (94 ff.); *Nourse*, *Buffalo Criminal Law Review* 6 (2002), 361 (367 ff., 371 ff.); *Abramovsky/Edelstein*, *Syracuse Law Review* 55 (2005), 455.

<sup>121</sup> *Duff*, *Criminal Law and Philosophy* 13 (2019), 643 (645).

<sup>122</sup> Dazu *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 168 ff. m.w.N.; dagegen etwa *Michaels*, *Columbia Law Review* 85 (1985), 786 (802 ff.), wonach die MPC-Hierarchie sowohl aus Sicht utilitaristischer als auch retributiver Straftheorien optimal sei.

zwar kulturell variierende,<sup>131</sup> aber im Kern praktisch universelle soziale Symbolik der Attributionsmuster ist dem Strafrecht vorgelagert und kann von diesem nur integriert werden, wie man etwa an dem an sich rein spezialpräventiv<sup>132</sup> konzipierten Model Penal Code sieht. Die Muster der Alltagsattribution werden vielmehr im Strafrecht übersetzt in Werthaltungen<sup>133</sup> gegenüber dem Recht und seinen Inhalten. Diese Symbolik ist grobschlüchtig und hat lediglich indiziellen, d.h. auch vorläufigen Charakter hinsichtlich der Normbefolgungsmotivation bzw. Rechtstreue: Der bewusst Handelnde<sup>134</sup> negiert den Obersatz (den Normbefehl) und indiziert offenen Widerspruch zur Norm, unbewusste Fahrlässigkeit negiert irrig den Untersatz (die Anwendungsbedingungen der Norm) und enthält selbst keine Stellungnahme zur Norm. Die kognitiven und optativischen Zwischenstadien sind uneindeutig, wie sich daran zeigt, dass in vielen Rechtskreisen (civil law, common law, islamisches Recht) alle denkbaren Lösungen auch in auffällig disparater Weise praktiziert werden.<sup>135</sup>

Ob sich innerhalb der Formen bewusster Tatbegehung verschiedene Schweregrade etablieren lassen, ist seit langem und vielerorts sehr umstritten; die – neuerdings auch bei uns vom BGH zur Abstufung der Vorsatzformen<sup>136</sup> – vorgebrachten Aspekte wie Gefährlichkeit, Maß des Normwiderspruchs usw. sind, wie ich in meiner Habilitationsschrift zu zeigen versucht habe, bei näherer Betrachtung allesamt kaum belastbar.<sup>137</sup> Schließlich demonstriert jeder, der bewusst einen Tatbestand verwirklicht, dass die Norm für ihn nicht entscheidungserheblich ist.<sup>138</sup> Maßgebend für die Strafzumessung sind dann nicht die Vorsatzformen, sondern die Gründe für das rechtswidrige Handeln.<sup>139</sup>

<sup>131</sup> Zur Kulturrelevanz siehe *Levinson*, *Howard Law Journal* 49 (2005–6), 1 (9 ff.).

<sup>132</sup> Sog. treatment approach („treatmentism“), vgl. § 1.02 MPC; *Dubber*, *An Introduction to the Model Penal Code*, 2. Aufl. 2015, S. 9 f.

<sup>133</sup> Ausdruck nach *Jakobs* (Fn. 16), S. 36.

<sup>134</sup> Das setzt allerdings Unrechtsbewusstsein voraus, denn der reine Tatbestandsvorsatz ist rechtlich völlig farblos, siehe nur *Jakobs* (Fn. 16), S. 21 ff., 24; *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 428 f. m.w.N.

<sup>135</sup> Nachweise bei *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 435 ff.

<sup>136</sup> BGHSt 63, 54 (56 ff.) mit zust. Anm. *Fahl*, JR 2017, 391; differenzierend *Tomiak*, HRSS 2017, 225; ablehnend *Streng*, StV 2017, 526; eingehende Kritik bei *Stam*, JZ 2018, 601 ff.; zur Problemgenese siehe auch *Fahl*, Zur Bedeutung des Regelatbildes bei der Bemessung der Strafe, 1996, S. 150 ff.; siehe auch *Grosse-Wilde*, ZIS 2019, 130 (135 f.); zur Kriterienlosigkeit der früheren Rspr. krit. *ders.*, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 214 ff. m.w.N.

<sup>137</sup> *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 435 ff.; *Stam*, JZ 2018, 601 (604 ff.); skeptisch auch *Chung*, Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen, 2020, S. 47 ff.

<sup>138</sup> *Jakobs*, ZStW 123 (2011), 313 (316); *ders.* (Fn. 16), S. 41 f.; *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 438 m.w.N.; *Stam*, JZ 2018, 601 (605).

<sup>139</sup> *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 8. Abschn. Rn. 8; vgl. die zutreffenden Beispiele des 4. Strafsenats

Desinteresse an der Norm kann sich zudem noch anders zeigen, weshalb kognitive Zustände zumeist nicht allein maßgebend sind: Der ebenfalls alte und weit verbreitete Gedanke, dass Unkenntnis aus belastenden Gründen – *ignorantia affectata*, *crassa et supina*, wilful blindness, Tatsachenblindheit – der Kenntnis gleich zu achten sein kann und dass frivole Unachtsamkeit schwerer wiegen kann als Handeln trotz erkannter Erfolgsmöglichkeit,<sup>140</sup> sich insbesondere die Strafwürdigkeit im oberen Bereich der Fahrlässigkeit und unteren Bereich des Vorsatzes überschneiden können,<sup>141</sup> legt nahe, dass „psychische Befunde“ für die Markierung von Strafniveaus nicht allein maßgeblich sind, insbesondere die Unterscheidung von bewusst und unbewusst riskantem Handeln keine unüberwindliche Weichenstellung darstellen sollte<sup>142</sup> – eine Einsicht, die im Model Penal Code wie gezeigt immerhin im Einzelfall umgesetzt ist.

Dies alles spricht dagegen, fein abgestufte Typenklassen der Handlungssteuerung in Strafrahendifferenzen zu übersetzen und ihnen dadurch ein Übergewicht bei der Strafzumessung einzuräumen, das ihnen wertungsmäßig im Verhältnis zur Vielzahl anderer Strafzumessungsfaktoren<sup>143</sup> nicht zukommt. Die in der Vermehrung der Strafrahenabstufungen liegende Steigerung des Schematismus liefe zudem dem Flexibilitätsbedürfnis schuldangemessener Strafzumessung zuwider. Würde man, wozu *Hörnle* neigt,<sup>144</sup> die Strafrahen überlappen lassen, wäre das an sich zu begrüßen, doch fragt sich, worin der Gewinn von drei sich überlappenden Strafrahen gegenüber zwei sich überlappenden Strafrahen läge.

## V. Fazit

1. Das im Model Penal Code definierte Konzept der recklessness taugt nur eingeschränkt als Vorbild für eine neue Kategorie der Leichtfertigkeit als Ersatz für den dolus eventualis,

in seinem Antwortbeschluss NStZ-RR 2017, 238 f.: absichtliche Tötung aus Mitleid oder in notstandsnaher Lage.

<sup>140</sup> Umfangreiche Nachweise bei *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 433 Fn. 2337; jüngst *Jakobs* (Fn. 16), S. 29 ff., 32.

<sup>141</sup> *Arzt* (Fn. 14), S. 128.

<sup>142</sup> So auch *Duff*, *Criminal Law and Philosophy* 13 (2019), 643 (660 f.).

<sup>143</sup> In manchen Bundesstaaten wie New York haben zudem zahlreiche Sondertatbestände bei den Tötungsdelikten die mens rea-Hierarchie völlig überwuchert, vgl. nur New York Penal Law §§ 125.10 ff.: *Criminally negligent homicide*, *Aggravated criminally negligent homicide*, *Vehicle manslaughter in the second degree* (mit drei Varianten), *Vehicle manslaughter in the first degree* (mit sechs Varianten), *Aggravated vehicle homicide* (sieben Varianten), *Manslaughter in the second degree* (drei Varianten), *Manslaughter in the first degree* (vier Varianten), *Aggravated manslaughter in the second degree*, *Aggravated manslaughter in the first degree*, *Murder in the second degree* (zehn Varianten), *Aggravated murder* (neun Varianten), *Murder in the first degree* (15 Varianten).

<sup>144</sup> *Hörnle*, JZ 2019, 440 (447 Fn. 74): Abstufung nach Gefährlichkeit der Handlung soll die kognitive Dichotomie überlagern können.

zumal recklessness nicht nur im Bereich der Tötungsdelikte noch zwei dem direkten Vorsatz gleichgestellte qualifizierte Formen – die mitunter als Surrogate des dolus eventualis gelten<sup>145</sup> – kennt, von denen eine typischerweise auf Raserfälle Anwendung findet und zugleich eine prekäre Abgrenzung erfordert.

2. Die mens rea-Hierarchie des Model Penal Code taugt als Vorbild für eine Neustrukturierung der Strafrahmensystematik des Besonderen Teils im Sinne einer Dreiteilung (direkter Vorsatz, Leichtfertigkeit, unbewusste Fahrlässigkeit) kaum, weil sie im Modellgesetz selbst nur selten realisiert ist und zudem signifikante Durchbrechungen kennt.

3. Wesentlicher ist der Einwand, dass sich eine solche dreigliedrige Strafrahmenabstufung nach Maßgabe der subjektiven Tatseite nicht empfiehlt, weil die Formen bewusster Tatbegehung keine Schuldschweregrade markieren, die noch dazu Vorrang vor anderen Strafzumessungstatsachen beanspruchen dürften, und jedenfalls nicht ersichtlich ist, wie sich darauf gestützte drastische Sanktionssprünge wie in den amerikanischen Rechten rechtfertigen ließen.

4. Die Figur des dolus eventualis braucht nicht ersetzt zu werden, stattdessen sind die Strafrahmen der §§ 211, 212, 222 StGB zu flexibilisieren.

nicht erkennt. Nach der in Amerika herrschenden Rechtsauffassung muss zum Bewusstsein der Gefahr offenbar noch irgendetwas hinzukommen, aber es ist völlig unklar, was das sein soll. Nach alledem ist die Übernahme der englischen oder der amerikanischen Rechtsfigur der recklessness nicht geeignet, die Probleme zu lösen, die wir mit der Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit haben.

Kommentar von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

Wenn die Unterscheidung zwischen zwei Rechtsbegriffen zu krassen Unterschieden in der Rechtsfolge führt und dazu auch umstritten ist, liegt der Gedanke nahe, einen Zwischenbegriff einzuführen, um diesen Gegensatz zu mildern und gleichzeitig die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den beiden ursprünglichen Begriffen zu beheben, indem man die zweifelhaften und streitigen Fälle in diesem neuen Zwischenbegriff unterbringt. Dabei besteht aber die Gefahr, dass man eine problematische Abgrenzung gegen zwei ebenso problematische eintauscht. Wenn man, in Anlehnung an das englische oder amerikanische Recht, eine Zwischenform zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit namens recklessness bildet, in dem man die Fälle des dolus eventualis mit gewissen Fällen der Fahrlässigkeit zusammenfasst, so erhält man eine Grenze zwischen Vorsatz und jener Zwischenform, nennen wir sie Rücksichtslosigkeit, die recht klar und gut handhabbar ist. Vorsätzlich handelt der Täter, wenn er den Erfolg beabsichtigt, oder irgendetwas beabsichtigt, was nach seiner Vorstellung notwendig mit dem Eintritt des Erfolges verknüpft ist. Dabei empfiehlt es sich, diese Grenze so weit zu flexibilisieren, dass auch die Vorstellung von einer nicht theoretischen, sondern nur praktischen Notwendigkeit genügt.

Wie steht es aber mit der anderen Grenze, der zwischen Rücksichtslosigkeit und Fahrlässigkeit? Im englischen Recht ist es die Grenze zwischen bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit. Dagegen spricht, dass es Fälle leichter bewusster Fahrlässigkeit gibt, wenn nämlich die erkannte Gefahr des Erfolgseintritts gering ist, und Fälle schwerer unbewusster Fahrlässigkeit, wenn nämlich der Täter eine offensichtliche und große Gefahr des Erfolgseintritts aus Gleichgültigkeit

---

<sup>145</sup> Siehe oben Fn. 105; siehe auch *Ruppenthal* (Fn. 86), S. 374 ff., 376 (zu implied malice in Kalifornien).