

Gian Ege
Der Affekt im schweizerischen Strafrecht

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von A. Donatsch, D. Jositsch, F. Meyer,
C. Schwarzenegger, B. Tag und M. Thommen

Gian Ege

Der Affekt im schweizerischen Strafrecht

**Die Berücksichtigung von heftigen Gemüts-
bewegungen im Allgemeinen und Besonderen
Teil des schweizerischen Strafgesetzbuches**

Zürcher Studien zum Strafrecht

Diese Reihe setzt zusammen mit den

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

Zürcher Studien zum Privatrecht

Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte

Zürcher Studien zur Rechts- und Staatsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

die Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft fort.

Abdruck der der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich vorgelegten Dissertation.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2017
ISBN 978-3-7255-7701-9

www.schulthess.com

© Illustration: Janine Heers, 2016.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Herbstsemester 2016 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertation abgenommen. Sie entstand in den Jahren 2012 bis 2016 während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie von Prof. Dr. Christian Schwarzenegger. Literatur und Rechtsprechung wurden bis im September 2016 berücksichtigt.

Bei der erfolgreichen Erstellung dieser Arbeit konnte ich von verschiedener Seite auf grosse Unterstützung zählen. Ich möchte mich an dieser Stelle herzlich bei allen bedanken, die zum Zustandekommen dieser Arbeit beigetragen haben. Allen voran gebührt meinem Doktorvater Prof. Dr. Christian Schwarzenegger besonderer Dank. Bereits während meines Studiums hat er mit meiner Anstellung an seinem Lehrstuhl zum Erwecken meines wissenschaftlichen Interesses beigetragen. Zudem hat er mich auf das Thema der vorliegenden Arbeit aufmerksam gemacht, mir bei der Ausarbeitung den nötigen Freiraum gelassen und mich wenn immer nötig mit wertvollen Anregungen unterstützt.

Ebenfalls vielmals bedanken möchte ich mich bei Prof. Dr. Wolfgang Wohlers für die überaus rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Das Cover für das Erscheinen dieser Arbeit in den „Zürcher Studien zum Strafrecht“ wurde von Janine Heers (www.janineheersillustration.com) illustriert. Ihr danke ich herzlich für die angenehme Zusammenarbeit und die Gestaltung des sehr schönen Titelsbilds.

Auch mein privates Umfeld hat mir geholfen, verschiedene Hürden bei der Ausarbeitung meiner Dissertation zu überwinden, wofür ich sehr dankbar bin. Namentlich erwähnen möchte ich dabei meine Partnerin Sandra Hüsler. Sie hat mir stets die nötige Unterstützung gegeben und hat schliesslich auch den Text der Arbeit sorgfältig lektoriert. Zum Schluss möchte ich meinen Eltern ganz besonders danken. Sie haben mir ermöglicht, in meinem Leben stets meinen Interessen zu folgen und meinen Weg zu gehen. Ich widme ihnen diese Arbeit in Liebe und Dankbarkeit.

Zürich, im März 2017

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	LXI
Abkürzungsverzeichnis	LXIII
Einleitung: Gegenstand und Gang der Untersuchung	1
A. Aufbau der Arbeit	2
B. Beachtung fachfremder und ausländischer Literatur.....	4
C. Terminologie.....	6
Erster Teil: Grundlagen.....	9
1. Kapitel: Begriffsbestimmung	11
A. Allgemeines Sprachverständnis	11
B. Strafrechtliches Begriffsverständnis	13
C. Psychologisches Begriffsverständnis	17
D. Forensisches Begriffsverständnis.....	27
E. Interdisziplinäre Begriffsprägung	46
F. Schlussfolgerung und Arbeitsdefinition.....	47
2. Kapitel: Funktion und Wirkungsweisen von heftigen Emotionen	49
A. Erkenntnisse der Emotionspsychologie	50
B. Neurowissenschaftliche Erkenntnisse	67
C. Aussagen zur Wirkungsweise des Affekts in der forensischen Psychiatrie	79
D. Zwischenfazit.....	81
Zweiter Teil: Die Beurteilung eines Affektdelikts im schweizerischen Strafrecht	83
1. Kapitel: Affekt im Allgemeinen Teil des StGB.....	85

A.	Verortung des Affekts im klassischen Verbrechenaufbau.....	85
B.	Berücksichtigung von Affekten bei der Strafzumessung.....	174
C.	Zwischenfazit zur Beachtung des Affekts im Allgemeinen Teil des StGB	203
2.	Kapitel: Affekt im Besonderen Teil des StGB	206
A.	Tötung im Affekt	206
B.	Beachtung des Affekts bei Beschimpfungen	281
C.	Zwischenfazit zur Beachtung des Affekts im Besonderen Teil des StGB	304
3.	Kapitel: Gutachterliche Feststellung des Affekts	307
A.	Begutachtung nach Art. 20 StGB.....	307
B.	Begutachtung nach Art. 182 StPO	313
C.	Form und Durchführung des Gutachtens	317
D.	Das Verhältnis zwischen Richter und Gutachter.....	332
E.	Die gutachterliche Feststellung des Affekts.....	343
F.	Zwischenfazit zur gutachterlichen Feststellung des Affekts.....	355
	Zusammenfassung und Ausblick.....	356
	Stichwortverzeichnis.....	364

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	LXI
Abkürzungsverzeichnis	LXIII
Einleitung: Gegenstand und Gang der Untersuchung	1
A. Aufbau der Arbeit	2
B. Beachtung fachfremder und ausländischer Literatur.....	4
C. Terminologie.....	6
Erster Teil: Grundlagen	9
1. Kapitel: Begriffsbestimmung	11
A. Allgemeines Sprachverständnis	11
B. Strafrechtliches Begriffsverständnis	13
I. Allgemeine Affektdefinition.....	13
II. Häufig verwendete Begrifflichkeiten	15
C. Psychologisches Begriffsverständnis	17
I. Definitionsprobleme	17
II. Definition einzelner Begriffe	18
1. Emotionen	18
2. Affekte	22
3. Gefühle.....	24
4. Verwandte Begrifflichkeiten.....	25
III. Schlussfolgerung zum psychologischen Begriffsverständnis.....	27
D. Forensisches Begriffsverständnis.....	27
I. Definition der Affekttat	28
1. An das psychologische Begriffsverständnis angelehnte Definition	28

2.	Begrenzung auf schwere akute Belastungssituationen nach ICD-10	31
3.	Abgrenzung von Impulstaten	32
II.	Merkmale einer Affekttat	34
1.	Der SAß-Katalog	34
2.	Kurze Beschreibung der Merkmale	37
a)	Spezifische Vorgeschichte der Tat	37
b)	Affektive Ausgangssituation	38
c)	Täterpersönlichkeit	38
d)	Konstellative Faktoren	39
e)	Abrupter, elementarer Tatverlauf ohne Sicherungstendenzen	39
f)	Charakteristischer Affektauf- und -abbau	40
g)	Folgeverhalten mit schwerer Erschütterung	40
h)	Einengung des Wahrnehmungsfelds	41
i)	Missverhältnis zwischen Tatanstoss und Reaktion	41
j)	Persönlichkeitsfremdheit	42
3.	Der Wert von Kriterienkatalogen	42
III.	Bemerkungen zum forensischen Affektverständnis	44
E.	Interdisziplinäre Begriffsprägung	46
F.	Schlussfolgerung und Arbeitsdefinition	47
2.	Kapitel: Funktion und Wirkungsweisen von heftigen Emotionen	49
A.	Erkenntnisse der Emotionspsychologie	50
I.	Die motivationale Funktion der Emotionen	51
1.	Hedonistische Motivationstheorien	52
2.	Emotionale Handlungsimpulse	53
3.	Emotionen als Entscheidungshilfen	55
II.	Das Verhältnis von Ärger und anderen Emotionen zu aggressivem Verhalten	56
1.	Ärger-Emotionen und ähnliche emotionale Zustände	56
2.	Der Zusammenhang mit aggressivem Verhalten	57
3.	Aggression als Folge anderer Emotionszustände	59
III.	Das Verhältnis zwischen emotionalen und kognitiven Prozessen	59
1.	Verhältnis zwischen Emotion und Kognition bei der Handlungsmotivation	59

2.	Wirkung auf andere kognitive Prozesse.....	61
IV.	Relativität des Emotionserlebens.....	62
1.	Persönliche Disposition.....	62
2.	Die Kontrolle des eigenen Emotionserleben.....	63
a)	Emotionsregulation.....	63
b)	Regulationsstrategien.....	64
c)	Einflussfaktoren.....	65
B.	Neurowissenschaftliche Erkenntnisse.....	67
I.	Verortung der Emotionalität in bestimmten Hirnregionen.....	67
II.	Neurowissenschaftliche Ergebnisse zu Funktion und Wirkungsweise von Emotionen.....	69
1.	Handlungsvorbereitung und Motivation.....	69
2.	Einfluss individueller Unterschiede.....	70
3.	Untersuchungen zur Emotionskontrolle.....	71
4.	Das Verhältnis zwischen Emotionen und bewussten Prozessen.....	73
a)	Allgemeines.....	73
b)	Die Furchttheorie LeDoux.....	75
c)	Auswirkungen auf bestimmte kognitive Prozesse.....	77
C.	Aussagen zur Wirkungsweise des Affekts in der forensischen Psychiatrie.....	79
D.	Zwischenfazit.....	81
	Zweiter Teil: Die Beurteilung eines Affektdelikts im schweizerischen Strafrecht.....	83
1.	Kapitel: Affekt im Allgemeinen Teil des StGB.....	85
A.	Verortung des Affekts im klassischen Verbrechenaufbau.....	85
I.	Tatbestandsmässigkeit.....	86
1.	Objektiver Tatbestand.....	86
a)	Handlung.....	86
aa)	Rechtlich relevante Handlung.....	86
bb)	Affekttaten als rechtlich relevante Handlungen.....	87
b)	Kausalität.....	90
2.	Subjektiver Tatbestand.....	90
a)	Vorsatz.....	90
aa)	Affekt und Wissen.....	91

(1) Die intellektuelle Vorsatzkomponente	91
(2) Das Wissen beim Affektdelikt	92
bb) Affekt und Willen	96
(1) Die voluntative Vorsatzkomponente	96
(2) Der Willen beim Affektdelikt.....	97
b) Fahrlässigkeit.....	99
aa) Fahrlässigkeit im Allgemeinen	100
bb) Affekt und Fahrlässigkeit.....	101
II. Rechtswidrigkeit.....	104
III. Schuld.....	104
1. Unterschiedliches Schuldverständnis.....	104
a) Strafbegründungsschuld	104
b) Vom psychologischen zum normativen Schuldbegriff.....	106
2. Voraussetzungen der Schuld.....	108
3. Affekt als Schuldausschlussgrund.....	110
a) Die Schuldunfähigkeit (Art. 19 Abs. 1 StGB).....	110
aa) Die verschiedenen Methoden zur Bestimmung der Schuldunfähigkeit.....	110
bb) Voraussetzungen für die Schuldunfähigkeit	114
(1) Einsichtsfähigkeit	115
(2) Die Steuerungsfähigkeit	117
cc) Der Affekt als Grund für die Schuldunfähigkeit.....	118
(1) Unterscheidung zwischen sthenischen und asthenischen Affekten	119
(2) Der Affekt als schwere Störung des Bewusstseins	121
(3) Affekt und Einsichtsfähigkeit.....	124
(4) Affekt und Steuerungsfähigkeit.....	125
(5) Erst nach Tatbeginn einsetzender Affekt	127
(6) Beachtung von konstellativen Faktoren	128
(7) Krankheitsbedingte Affektstörung	129
dd) Fazit: Schuldunfähigkeit und Affekt.....	129
b) Entschuldbare Notwehr – Notwehrexzess im Affekt (Art. 16 Abs. 2 StGB)	131
aa) Die rechtfertigende Notwehr (Art. 15 StGB).....	131
(1) Die Notwehrlage	132
(2) Die Abwehrhandlung	132
(3) Subjektiver Tatbestand.....	136
(4) Entfallen des Notwehrrechts	136

bb)	Der Notwehrexzess (Art. 16 StGB)	137
cc)	Notwehrexzess im Affekt (Art. 16 Abs. 2 StGB)	139
(1)	Der Affekt	140
(2)	Entschuldbarkeit des Affekts.....	143
(3)	Auswirkung	147
(4)	Prozessuales	149
c)	Der Notstandsexzess (Art. 17 StGB).....	149
4.	Affekt als Schuldmilderungsgrund	150
a)	Die verminderte Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 2 StGB).....	150
b)	Affekt und verminderte Schuldfähigkeit	152
aa)	Der Affekt als Grund für eingeschränkte Einsichts- und Steuerungsfähigkeit.....	152
bb)	WALDERS Kritik an der affektbedingten verminderten Schuldfähigkeit.....	155
cc)	Fazit zur affektbedingten verminderten Schuldfähigkeit	156
5.	Der vorverschuldete Affekt – eine Anwendung der actio libera in causa.....	156
a)	Die actio libera in causa (Art. 19 Abs. 4 StGB)	157
aa)	Verschiedene Arten der actio libera in causa.....	157
(1)	Vorsätzliche actio libera in causa	158
(2)	Fahrlässige actio libera in causa	159
(3)	Notwendige Kenntnisse über den Kausalverlauf	160
bb)	Rechtsfolge der actio libera in causa	161
(1)	Unbeachtlichkeit der Schuldunfähigkeit	161
(2)	Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit.....	164
b)	Der vorverschuldete Affekt	165
aa)	Die Anwendung der actio libera in causa auf den vorverschuldeten Affekt.....	165
bb)	Vorsätzlich vorverschuldeter Affekt.....	167
cc)	Fahrlässig vorverschuldeter Affekt.....	169
dd)	Notwendige Kenntnisse über den wesentlichen Geschehnisverlauf.....	171
ee)	Fazit zum vorverschuldeten Affekt.....	172
B.	Berücksichtigung von Affekten bei der Strafzumessung	174
I.	Die Strafzumessung.....	174

II.	Der Affekt als Strafmilderungsgrund	175
1.	Allgemeines zur Strafmilderung und deren Wirkung	175
2.	Strafmilderung nach Art. 19 Abs. 2 StGB	178
3.	Strafmilderung aufgrund einer heftigen entschuldbaren Gemütsbewegung (Art. 48 lit. c StGB).....	178
a)	Entstehung der Regelung.....	178
b)	Der Affekt.....	179
c)	Die Entschuldbarkeit des Affekts	181
d)	Anwendungsbereich	183
e)	Begründungspflicht nach Art. 50 StGB.....	185
f)	Doppelverwertungsverbot bei der Strafmilderung	186
III.	Berücksichtigung eines Affekts bei der konkreten Strafzumessung.....	187
1.	Die konkrete Strafzumessung nach Art. 47 StGB.....	187
a)	Für die Strafzumessung relevantes Verschulden.....	188
aa)	Tatbezogene Kriterien.....	189
bb)	Täterbezogene Kriterien.....	191
b)	Auswirkung einzelner Zumessungselemente	193
c)	Doppelverwertungsverbot bei der konkreten Strafzumessung.....	195
2.	Berücksichtigung des Affekts bei der Strafbestimmung innerhalb des Strafrahmens.....	196
a)	Strafmindernde Wirkung der affektbedingten Strafmilderung.....	196
aa)	Strafmindernde Berücksichtigung der verminderten Schuldfähigkeit.....	196
bb)	Strafmindernde Wirkung von Art. 48 lit. c StGB	199
b)	Affektbedingte Verminderung des Strafzumessungverschuldens	199
C.	Zwischenfazit zur Beachtung des Affekts im Allgemeinen Teil des StGB	203
2.	Kapitel: Affekt im Besonderen Teil des StGB	206
A.	Tötung im Affekt	206
I.	Vorbemerkungen	206
II.	Totschlag (Art. 113 StGB).....	208
1.	Objektiver Tatbestand	209
2.	Subjektiver Tatbestand.....	209

3. Privilegierungsmerkmale	210
a) Handeln in einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung	210
aa) Heftige Gemütsbewegung.....	210
(1) Entstehung des Wortlauts.....	210
(2) Der Affekt als heftige Gemütsbewegung	211
(3) Temporale Voraussetzung.....	215
(4) Verübung einer Tötung <i>in</i> einer heftigen Gemütsbewegung.....	217
(5) Indikatoren für eine heftige Gemütsbewegung.....	219
bb) Entschuldbarkeit der heftigen Gemütsbewegung.....	222
(1) Normative Bewertung nach ethischen Gesichtspunkten	222
(2) Beachtung der Ausgangssituation	225
(3) Keine Beachtung eines selbstverschuldeten Affekts.....	233
(4) Miteinbezug von kulturellen Besonderheiten des Täters – die ethnisch- kulturell motivierte Tötung im Affekt.....	235
(5) Eingeschränkte Individualisierung.....	238
(6) Keine Beachtung individueller Persönlichkeitsmerkmale.....	240
(7) Zeitliche Voraussetzung der Entschuldbarkeit.....	242
(8) Das Motiv als Indikator für die Entschuldbarkeit.....	243
(9) Entschuldbarkeit des Affekts und nicht der Tat.....	243
(10)Beispielfälle aus der Praxis	247
cc) Erst im Verlauf der Tathandlung einsetzender Affekt	252
dd) Prozessuale Fragen bei der Feststellung einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung	253
(1) Beizug eines Gutachtens	253
(2) Die heftige Gemütsbewegung als Tat- und Rechtsfrage.....	254
(3) Beweismass	255
b) Handeln unter grosser seelischer Belastung	257
aa) Grosse seelische Belastung.....	257

bb)	Entschuldbarkeit der grossen seelischen Belastung	258
c)	Hintergrund und dogmatische Einordnung der Privilegierung	260
aa)	Grund für die Anwendung der Privilegierung	260
bb)	Dogmatische Einordnung der Privilegierungsmerkmale	262
4.	Rechtswidrigkeit und Schuld	264
a)	Rechtswidrigkeit	264
b)	Schuld	264
aa)	Die Schuldfähigkeit des Totschlägers	264
bb)	Das Verhältnis zur entschuldbaren Notwehr	266
5.	Konkurrenz zu den übrigen Tötungsdelikten	267
6.	Besonderheiten bei der Strafzumessung	270
III.	Kindestötung (Art. 116 StGB)	271
1.	Objektiver Tatbestand	272
a)	Sonderdelikt	272
b)	Angriffsobjekt	273
c)	Besondere Gemütslage der Mutter während der Geburt	274
2.	Subjektiver Tatbestand	275
3.	Rechtswidrigkeit	276
4.	Schuld	276
a)	Hintergrund der Schuldmilderung	276
b)	Abschaffung de lege ferenda	278
c)	Schuldproblematik de lege lata	279
5.	Abgrenzung und Konkurrenzfragen	281
B.	Beachtung des Affekts bei Beschimpfungen	281
I.	Die Beschimpfung (Art. 177 Abs. 1 StGB)	281
1.	Objektiver Tatbestand	282
2.	Subjektiver Tatbestand	284
3.	Entlastungsbeweise	284
a)	Analoge Anwendung von Art. 173 Ziff. 2 und 3 StGB	284
b)	Dogmatische Einordnung der Entlastungsbeweise	285
4.	Strafantrag	288
II.	Möglichkeiten zur Strafbefreiung	288
1.	Provokation (Art. 177 Abs. 2 StGB)	288
a)	Beachtung des Affekts bei Art. 177 Abs. 2 StGB	288

b)	Voraussetzung der Strafbefreiung	290
aa)	Provokation.....	290
bb)	Unmittelbarkeit der Provokation.....	291
c)	Wirkung der Provokation	293
aa)	Wirkung der Strafbefreiung und strafprozessuale Zuständigkeit.....	293
(1)	Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft	293
(2)	Strafbefreiung durch das Gericht	295
bb)	Gründe für die tatsächliche Anwendung der Strafbefreiung	298
cc)	Strafmilderung statt Strafbefreiung.....	299
d)	Gründe für die strafbefreiende Wirkung des Affekts bei der Beschimpfung.....	300
2.	Retorsion (Art. 177 Abs. 3 StGB).....	301
a)	Voraussetzungen.....	301
b)	Berücksichtigung der Gemütslage des Täters.....	302
c)	Wirkung.....	303
C.	Zwischenfazit zur Beachtung des Affekts im Besonderen Teil des StGB	304
3.	Kapitel: Gutachterliche Feststellung des Affekts	307
A.	Begutachtung nach Art. 20 StGB.....	307
I.	Verpflichtung zur Begutachtung bei erheblichen Zweifeln an der Schuldfähigkeit	307
II.	Ausnahmen der Begutachtungspflicht.....	310
B.	Begutachtung nach Art. 182 StPO	313
I.	Voraussetzungen einer Begutachtung nach Art. 182 StPO ff.	313
II.	Anwendungsfälle.....	315
III.	Privatgutachten	316
C.	Form und Durchführung des Gutachtens	317
I.	Anordnende Behörde.....	318
II.	Sachverständige Person	318
III.	Durchführung und Form der Begutachtung.....	324
1.	Der Begutachtungsauftrag.....	324
2.	Die Durchführung des Schuldfähigkeitsgutachtens	327

3. Form.....	331
4. Vorgehen bei mangelhaften Gutachten.....	331
D. Das Verhältnis zwischen Richter und Gutachter.....	332
I. Der Inhalt des Gutachtens.....	333
II. Die Würdigung durch das Gericht.....	338
E. Die gutachterliche Feststellung des Affekts.....	343
I. Begutachtungspflicht bei Affekttaten.....	343
II. Die Fragestellung beim Affektgutachten.....	346
III. Methodik bei der Begutachtung des Affektdelikts	347
IV. Die Qualifikation des Gutachters.....	351
V. Der Inhalt des Affektgutachtens	352
VI. Die Würdigung des Gutachtens durch das Gericht.....	354
F. Zwischenfazit zur gutachterlichen Feststellung des Affekts.....	355
Zusammenfassung und Ausblick.....	356
Stichwortverzeichnis.....	364

Literaturverzeichnis

Die nachfolgend aufgeführten Publikationen werden in den Fussnoten mit dem Namen des Verfassers/der Verfasser – bei mehr als drei Autoren wird nur der erste genannt und der Zusatz „et al.“ verwendet – und der betreffenden Seitenzahl beziehungsweise wo vorhanden mit Randziffer oder Randnote zitiert. Bei Zeitschriften werden zusätzlich deren Bezeichnung und das Jahr der entsprechenden Ausgabe angeführt; bei Beiträgen in Festschriften deren Bezeichnung. Bei mehreren Werken desselben Autors wird ein präzisierender Zusatz verwendet.

- ABELE-BREHM ANDREA E./GENDOLLA GUIDO H. E., Motivation und Emotion, in: OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ (Hrsg.), Emotionspsychologie. Ein Handbuch, Weinheim 2000, 297-305
- ACUNZO DAVID J./HENDERSON JOHN M., No Emotional “Pop-Out” Effect in Natural Scene Viewing, *Emotion* 2011, 1134-1143
- ADOLPHS RALPH/ACKERMANN HERMANN, Physiologie und Anatomie der Emotionen, in: KARNATH HANS OTTO/THIER PETER (Hrsg.), Kognitive Neurowissenschaften, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2012, 627-634
- AFFOLTER-EIJSTEN HEIDI, Die Absicht im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Willensmomentes und des Motives, Diss., Zürich 1983
- ALBRECHT PETER, Neue Wege der Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten?, *ZStrR* 1998, 418-430 (zit. ALBRECHT, *ZStrR* 1998)
- Ein Strafzumessungsmodell für die Drogenjustiz? : kritische Anmerkungen zum Aufsatz "Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel" von Peter Frei und Carlo Ranzoni in *AJP/PJA* 1995, S. 1439ff., *AJP* 1996, 369-370 (zit. ALBRECHT, *AJP* 1996)
 - Die Strafzumessung im Spannungsfeld von Theorie und Praxis, *ZStrR* 1991, 45-62 (zit. ALBRECHT, *ZStrR* 1991)
- AMBRUS J./BERNHEIM J./BOVET J./CALANCA A./CHERPILLOD C./DELAITE F./DELALOYE R./FISCHER W./GILLIÉRON E./MIÉVILLE C./MONTANDON C., Psychiatrie und Strafrecht. Überlegungen und Vorschläge einer Arbeitsgruppe, *ZStrR* 1983, 72-81
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 5. Aufl., Arlington 2013 (zit. DSM-5)
- ANDERSON CRAIG A./BUSHMAN BRAD J., Human Aggression, *Annual Review of Psychology* 2002, 27-51

- ANTOGNINI CATERINA, L'appréciation des expertises scientifiques, Jusletter vom 6. Juni 2011
- ARMBRUSTER THOMAS/VERGÈRES OLIVIER, Sachverständige (Art. 182-191), in: ALBERTINI GIANFRANCO/FEHR BRUNO/VOSER BEAT (Hrsg.), Polizeiliche Ermittlung. Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2008, 277-290
- ARNOLD MAGDA B., Emotion and personality, New York 1960
- ARZT GUNTHER, Strafzumessung – Revolution in der Sackgasse, recht 1994, 141-155
- AVERILL JAMES R., Anger and Aggression. An Essay on Emotion, New York 1982
- BAIER DIRK/PFEIFFER CHRISTIAN, Türkische Kinder und Jugendliche als Täter und Opfer von Gewalt, in: BRUMLIK MICHA (Hrsg.), Ab nach Sibirien? Wie gefährlich ist unsere Jugend?, Weinheim/Basel 2008, 62-104
- BANSE RAINER, Soziale Interaktion und Emotion, in: OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ (Hrsg.), Emotionspsychologie. Ein Handbuch, Weinheim 2000, 360-369
- BÄNZIGER CHRISTIAN, Sterbehilfe für Neugeborene aus strafrechtlicher Sicht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2006
- BARNOW SVEN, Emotionsregulation und Psychopathologie. Ein Überblick, Psychologische Rundschau 2012, 111–124
- BATSON C. DANIEL/SHAW LAURA L./OLESON KATHRYN C., Differentiating Affect, Mood, and Emotion, in: CLARK MARGARET S. (Hrsg.), Emotion. Review of Personality and Social Psychology, Newbury Park/London/New Delhi 1992, 294-326
- BAUMANN JOLIE/DESTENO DAVID, Emotion Guided Threat Detection: Expecting Guns Where There Are None, Journal of Personality and Social Psychology 2010, 595-610
- BEHRENDT HANS-JOACHIM, Affekt und Vorverschulden. Eine Untersuchung zur strafrechtlichen Differenzierung von Struktur und Funktion menschlicher Selbststeuerung, Baden-Baden 1983
- BERKOWITZ LEONARD, Towards a general theory of anger and emotional aggression: Implications of the cognitive-neoassociationistic perspective for the analysis of anger and other emotions, in: WYER JR. ROBERT S./SRULL THOMAS (Hrsg.), Perspectives on Anger and Emotion. Advances in Social Cognition, Volume VI, Hillsdale 1993, 1-46

- BERNARD STEPHAN, Sicherheitsgesellschaft und psychiatrische Begutachtungspraxis in Strafverfahren, Jusletter vom 13. Februar 2012
- BERNARD STEPHAN/STUDER RAFAEL, Psychiatrische Gutachter ohne strafprozessuale Kontrolle?, ZStrR 2015, 76-100
- BERNSMANN KLAUS, Affekt und Opferverhalten, NStZ 1989, 160-166
- BERTSCHI MARCEL, Probleme der strafrechtlichen Begutachtung aus juristischer und forensisch-psychiatrischer Sicht. Welche Fragen stellen sich den Untersuchungsbehörden?, ZStrR 1980, 353-362
- BETTEX BJÖRN, L'expertise judiciaire. Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, Diss. Lausanne 2004, Bern 2006
- BINDER HANS, Der juristische und der psychiatrische Massstab bei der Beurteilung der Tötungsdelikte, ZStrR 1952, 307-339 (zit. BINDER, ZStrR 1952)
- Die Geisteskrankheit im Recht. Ein Beitrag zur Klärung der grundlegenden Begriffe für geistige Störungen im Schweizerischen Zivilgesetzbuch und Strafgesetzbuch, Zürich 1995 (zit. BINDER, Geisteskrankheit)
- BIRBAUMER NIELS/SCHMIDT ROBERT F., Biologische Psychologie, 7. Aufl., Heidelberg 2010
- BIRKLBAUER ALOIS/HILF MARIANNE JOHANNA/TIPOLD ALEXANDER, Strafrecht. Besonderer Teil I. §§ 75-168b StGB, 3. Aufl., Wien 2015
- BISHOP SONIA J./DUNCAN JOHN/LAWRENCE ANDREW D., State Anxiety Modulation of the Amygdala Response to Unattended Threat-Related Stimuli, The Journal of Neuroscience 2004, 10364-10368
- BLANCHETTE ISABELLE/RICHARDS ANNE, The influence of affect on higher level cognition: A review of research on interpretation, judgement, decision making and reasoning, Cognition and Emotion 2009, 561-595
- BLAU GÜNTER, Die Affekttat zwischen Empirie und normativer Bewertung, in: JESCHECK HANS-HEINRICH/VOGLER THEO (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, Berlin/New York 1989, 109-124
- BLEUER MANFRED, Richter und Arzt, ZStrR 1944, 1-23
- BOATMAN JEFFREY A./KIM JEANSOK J., A thalamo-cortico-amygdala pathway mediates auditory fear conditioning in the intact brain, EJN 2006, 894-900
- BOETTICHER AXEL/NEDOPIL NORBERT/BOSINSKI HARTMUT A. G./SAB HENNING, Mindestanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten, NStZ 2005, 57-62

- BOMMER FELIX, Bemerkungen zur Wiedergutmachung (Art. 53 StGB), forum-poenale 2008, 171-177
- BÖSIGER MARKUS, Der Ehrbegriff im schweizerischen Strafrecht, Diss., Zürich 1990
- BOTTENBERG ERNST HEINRICH/DASSLER HENNING, Einführung in die Emotionspsychologie, Regensburg 2002
- BRÄGGER BENJAMIN F./GRAF MARC, Gefährlichkeitsbeurteilung von psychisch kranken Straftätern. Eine Analyse des bestehenden rechtlichen Rahmens und der Praxis der Strafvollzugsbehörden, Jusletter vom 27. April 2015
- BRANDENBERGER WERNER, Was erwartet der Richter vom forensisch-psychiatrischen Gutachten?, in: REHBERG JÖRG (Hrsg.), Probleme des gerichtopsychiatrischen und -psychologischen Gutachtens, Diessenhofen 1976, 5-11
- BRANDSTÄTTER VERONIKA/SCHÜLER JULIA/PUCA ROSA MARIA/LOZO LJUBICA, Motivation und Emotion. Allgemeine Psychologie für Bachelor, Berlin/Heidelberg 2013
- BREHM JACK W., The Intensity of Emotion, Personality and Social Psychology Review 1999, 2-22
- BRUNNER MATTHIAS, Die Verlässlichkeit von psychiatrischen Gutachten. Aspekte der Verteidigung, in: CAPUS NADJA/BACHER JEAN-LUC (Hrsg.), Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit. Le système de justice pénale: ambitions et résultats, Bern 2010, 303-314 (zit. BRUNNER, Verlässlichkeit)
- Psychiatrische Begutachtung. Aspekte der Verteidigung, in: HEER MARIANNE/SCHÖBI CHRISTIAN (Hrsg.), Gericht und Expertise. La justice et l'expertise, Bern 2005, 185-203 (zit. BRUNNER, Begutachtung)
 - Psychiatrische Gutachter agieren im rechtsfreien Raum, plädoyer 3/2005, 36-44 (zit. BRUNNER, plädoyer 3/2005)
- BÜHLER ALFRED, Erwartungen des Richters an den Sachverständigen, AJP 1999, 567-574
- CAHILL LARRY/UNCAPHER MELINA/KILPATRICK LISA/ALKIRE MIKE T./TURNER JESSICA, Sex-Related Hemispheric Lateralization of Amygdala Function in Emotionally Influenced Memory: An fMRI Investigation, Learning & Memory 2004, 261-266

- CANLI TURHAN/AMIN ZENAB, Neuroimaging of emotion and personality: Scientific evidence and ethical considerations, *Brain and Cognition* 2002, 414-431
- CANNON WALTER B., Again the James Lange and the thalamic theories of emotion, *Psychological Review* 1931, 281-295
- CHUAH LISA Y. M./DOLCOS FLORIN/CHEN ANNETTE K./ZHENG HUI/PARIMAL SARAYU/CHEE MICHAEL W. L., Sleep Deprivation and Interference by Emotional Distracters, *SLEEP* 2010, 1305-1313
- CIOMPI LUC, Die emotionalen Grundlagen des Denkens. Entwurf einer fraktalen Affektlogik, Göttingen 1997
- COMPANY XAVIER/CAPT GLORIA, Exigences et pratique judiciaire de l'expertise de crédibilité, Jusletter vom 27. April 2015
- CORBOZ BERNARD, Les infractions en droit suisse. Volume I, 3. Aufl., Bern 2010 (zit. CORBOZ, Volume I, Art. N)
- Les infractions en droit suisse. Volume II, 3. Aufl., Bern 2010 (zit. CORBOZ, Volume II, Art. N)
 - Introduction à la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, SJ 2006, 319-356 (zit. CORBOZ, SJ 2006)
- CORBOZ BERNARD/WURZBURGER ALAIN/FERRARI PIERRE/FRÉSARD JEAN-MAURICE/AUBRY GIRARDIN FLORENCE (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 2. Aufl., Bern 2014 (zit. Commentaire LTF-BEARBEITER/IN)
- CORNU PIERRE, Exemption de peine et classement – absence d'intérêt à punir, réparation et atteinte subie par l'auteur du fait de son acte (art. 52-54 CP), ZStrR 2009, 393-419
- COTTER GUIDO, Vollenweider. Das letzte Todesurteil in der Schweiz. Die Urteile des Kantonsgerichts und des Obergerichts des Kantons Obwalden vom 20. September 1940 und 12. Oktober 1940, ZStrR 2004, 346-385
- CRAWFORD JUNE/KIPPAX SUSAN/ONYX JENNY/GAULT UNA/BENTON PAM, Emotion and Gender. Constructing Meaning from Memory, London 1992
- CURTIS GUY J./LOCKE VANCE, The effect of anxiety on impression formation: Affect-congruent or stereotypic biases?, *British Journal of Social Psychology* 2005, 65–83
- DAPHINOFF MICHAEL, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Fribourg, Zürich/Basel/Genf 2012
- DELNON VERA/RÜDY BERNHARD, *Zurechtgerichtet*, in: DONATSCH ANDREAS/FINGERHUTH THOMAS/LIEBER VIKTOR/REHBERG JÖRG/WALDER-

- RICHLI HANS ULRICH (Hrsg.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, 347-361
- DEMBO TAMARA, Der Ärger als dynamisches Problem, Psychologische Forschung 1931, 1–144
- DIESINGER INGRID, Der Affekttäter, Berlin/New York 1977
- DISCH STEFAN, L'homicide intentionnel (étude des art. 111, 112, 113, 114 et 116 du Code pénal suisse), Diss. 1998, Lausanne 1999
- DITTMANN VOLKER, Qualitätskriterien psychiatrischer Gutachten. Was darf der Jurist vom psychiatrischen Gutachter erwarten?, in: EBER GERHARD/DITTMANN VOLKER/GRAVIER BRUNO/HOFFMANN KLAUS/RAGGENBASS RENÉ (Hrsg.), Psychiatrie und Recht. Psychiatrie et Droit, Zürich/Basel/Genf 2005, 141-157
- DITTMANN VOLKER/GRAF MARC, Forensische Psychiatrie in der Schweiz, in: NEDOPIL NORBERT/MÜLLER JÜRGEN LEO (Hrsg.), Forensische Psychiatrie. Klinik, Begutachtung und Behandlung zwischen Psychiatrie und Recht, unter Mitarbeit von DITTMANN VOLKER/FREISLEDER FRANZ JOSEPH/HALLER REINHARD, 4. Aufl., Stuttgart/New York 2012, 462-474 (zit. DITTMANN/GRAF, Forensische Psychiatrie)
- Strafrechtliche Aspekte der forensischen Psychiatrie in der Schweiz, in: KRÖBER HANS-LUDWIG/DÖLLING DIETER/LEYGRAF NORBERT/SAB HENNING (Hrsg.), Handbuch der Forensischen Psychiatrie. Band 2. Psychopathologische Grundlagen und Praxis der Forensischen Psychiatrie im Strafrecht, Berlin/Heidelberg 2010, 691-701 (zit. DITTMANN/GRAF, Aspekte)
- DIXON-GORDON KATHERINE L./ALDAOB AMELIA/DE LOS REYES ANDRES, Emotion regulation in context: Examining the spontaneous use of strategies across emotional intensity and type of emotion, Personality and Individual Differences 2015, 271–276
- DOLCOS FLORIN/IORDAN ALEXANDRU D./DOLCOS SANDA, Neural correlates of emotion-cognition interactions: A review of evidence from brain imaging investigations, Journal of Cognitive Psychology 2011, 669-694
- DONATSCH ANDREAS (Hrsg.), StGB Kommentar. Schweizerisches Strafgesetzbuch mit JStG, Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG sowie weiteren einschlägigen Erlassen, 19. Aufl., Zürich 2013 (zit. StGB Kommentar-BEARBEITER/IN, Art. N)
- Strafrecht III. Delikte gegen den Einzelnen, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. DONATSCH, SR III)
 - Der Sachverständige im Strafverfahrensrecht, unter besonderer Berücksichtigung seiner Unabhängigkeit sowie des Privatgutachters. Am Beispiel des

- Strafprozessrechts des Kantons Zürich sowie des Entwurfs für eine eidgenössische Strafprozessordnung, Jusletter vom 14. Mai 2007 (zit. DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007)
- Der amtliche Sachverständige und der Privatgutachter im Zürcher Strafprozess, in: DONATSCH ANDREAS/FINGERHUTH THOMAS/LIEBER VIKTOR/REHBERG JÖRG/WALDER-RICHLI HANS ULRICH (Hrsg.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, 363-376 (zit. DONATSCH, FS-KassGer)
 - Zur Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Sachverständigen, in: LIEBER VIKTOR/REHBERG JÖRG/WALDER HANS/WEGMANN PAUL (Hrsg.), Rechtsschutz. Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, 39-50 (zit. DONATSCH, FS-Castelberg)
 - Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt, Habil., Zürich 1987 (zit. DONATSCH, Sorgfaltsbemessung)
- DONATSCH ANDREAS/STOFFEL SARA, Entwicklungen im Strafrecht/Le point sur le droit pénal, SJZ 2014, 578-582
- DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I. Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV. Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011
- DONATSCH ANDREAS/ZUBERBÜHLER SIMONE, Die Nutzung von Expertenwissen im Strafverfahren – am Beispiel des Strafprozessrechts des Kantons Zürich sowie des Entwurfs für eine eidgenössische Strafprozessordnung, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HURTADO POZO JOSÉ/QUELOZ NICOLAS (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin. Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag am 8. September 2007, Zürich 2007, 337-349
- DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. StPO Kommentar-BEARBEITER/IN, Art. N)
- DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014
- DONZALLAZ YVES, Loi sur le Tribunal fédéral. Commentaire, Bern 2008
- DOUGOUD CARLOS, Die vorsätzlichen Tötungsdelikte im schweizerischen und im spanischen Strafrecht vergleichend dargestellt, Diss., Freiburg 1957
- DUBS HANS, Zur Stellung und Aufgabe des Psychiaters im Strafverfahren, ZStrR 1989, 337-344 (zit. DUBS, ZStrR 1989)

- Grundprobleme des Strafzumessungsrechts in der Schweiz, ZStW 1982, 161-172 (zit. DUBS, ZStW 1982)
 - Notwehr. Bemerkungen zu StrGB Art. 33 anhand von sieben Fällen, ZStrR 1973, 337-357 (zit. DUBS, ZStrR 1973)
 - Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht, ZStrR 1962, 31-49 (zit. DUBS, ZStrR 1962)
- DUKOR BENNO, Die Zurechnungsfähigkeit der Psychopathen, ZStrR 1951, 418-439
- DUPUIS MICHEL/GELLER BERNARD/MONNIER GILLES/MOREILLON LAURENT/PIGUET CHRISTOPHE/BETTEX CHRISTIAN/STOLL DANIEL (Hrsg.), Code pénal. Petit commentaire, Basel 2012 (zit. DUPUIS et al., Art. N)
- EGE GIAN, Berücksichtigung von diskriminierenden Motiven im Strafrecht, ZStrR 2012, 276-310 (zit. EGE, ZStrR 2012)
- Will ein Raser töten? Eventualvorsätzliche Tötung im Strassenverkehr – eine juristische Bestandsaufnahme, in: SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/NÄGELI ROLF (Hrsg.), Fünftes Zürcher Präventionsforum – Raser, Risikofahrer und andere kriminelle Verkehrsteilnehmer, Zürich/Basel/Genf 2012, 75-119 (zit. EGE, Raser)
- EGETER ISTOK, Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt, Diss., Zürich 2002
- EISNER MANUEL/RIBEAUD DENIS/LOCHER RAHEL, Prävention von Jugendgewalt, Bern 2008
- EKMAN PAUL, Basic Emotions, in: DALGLEISH TIM/POWER MICK J. (Hrsg.), Handbook of Cognition and Emotion, Chichester 1999, 45-60 (zit. EKMAN, Basic Emotions)
- An argument for basic emotions, Cognition and Emotion 1992, 169-200 (zit. EKMAN, Cognition and Emotion 1992)
- ELLGRING HEINER, Ausdruckstheoretische Ansätze, in: OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ (Hrsg.), Emotionspsychologie. Ein Handbuch, Weinheim 2000, 85-94
- ENDRES JOHANN, Affekttaten. Heat of the Moment Crimes, in: VOLBERT RENATE/STELLER MAX (Hrsg.), Handbuch der Rechtspsychologie, Göttingen usw. 2008, 412-420
- ENGELMANN BERNHARD, Neuronales Selbst und szenischer Affekt. Grundriss einer neurobiologisch und psychodynamisch angelegten Emotionsforschung, Diss. Hamburg 1996, Frankfurt am Main 1997
- ERNST KLAUS, Was antwortet der Psychiater dem Strafrichter?, ZStrR 1979, 45-66

- ETKIN AMIT/EGNER TOBIAS/KALISCH RAFFAEL, Emotional processing in anterior cingulate and medial prefrontal cortex, *Trends in Cognitive Science* 2011, 85-93
- EUGÈNE FANNY/LÉVESQUE JOHANNE/MENSOUR BOUALEM/LEROUX JEAN-MAXIME/BEAUDOIN GILLES/BOURGOUIN PIERRE/BEAUREGARD MARIO, The impact of individual differences on the neural circuitry underlying sadness, *NeuroImage* 2003, 354-364
- EUGSTER LUZIUS/FRISCHKNECHT TOM, Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, *AJP* 2014, 327-341
- EULER HARALD A., Evolutionstheoretische Ansätze, in: OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ (Hrsg.), *Emotionspsychologie. Ein Handbuch*, Weinheim 2000, 45-63
- EWBANK MICHAEL P./LAWRENCE ANDREW D./PASSAMONTIA LUCA/KEANE JILL/PEERS POLLY V./CALDER ANDREW J., Anxiety predicts a differential neural response to attended and unattended facial signals of anger and fear, *NeuroImage* 2009, 1144-1151
- FABRIZY ERNST EUGEN, *Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, 12. Aufl., Wien 2016
- FEHR BEVERLY/RUSSELL JAMES A., Concept of emotion viewed from a prototype perspective, *Journal of Experimental Psychology: General* 1984, 464-486
- FELBER TOM, Bezirksgericht Meilen: Zwanzig Jahre für brutalen Elternmord in Zollikon. Freiheitsstrafe zugunsten von stationärer Massnahme aufgeschoben – mittelgradige Verminderung der Schuldfähigkeit des 32-jährigen Täters, *NZZ* vom 9. Juli 2016, 19
- FICHTEN WOLFGANG, Bewältigung und Therapie von Ärger, in: MEES ULRICH (Hrsg.), *Psychologie des Ärgers*, Göttingen 1992, 219-284
- FINGERHUTH THOMAS, *BGE-Praxis II/2014*, *forum* 2014, 362-368
- FINK PETER, Was erwartet der Strafrichter vom Psychiater?, *ZStrR* 1979, 37-44
- FINK-EITEL HINRICH, Affekte. Versuch einer philosophischen Bestandsaufnahme, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 1986, 520-542
- FIOLKA GERHARD, Äusserungsdelikte: Die strafrechtliche Regulierung von Kommunikation im Lichte der Sprachphilosophie Wittgensteins, *Jusletter* vom 24. Juli 2009 (zit. FIOLKA, *Jusletter* vom 24. Juli 2009)
- Das Rechtsgut als Massstab des Verschuldens in Art. 47 StGB, *ZStrR* 2007, 133-156 (zit. FIOLKA, *ZStrR* 2007)

- FISCHER THOMAS, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen. Beck'scher Kurz-Kommentar, 61. Aufl., München 2014 (zit. FISCHER, § N)
- FLÜCKIGER SILVAN, Art. 66bis StGB /Art. 54 f. StGBneu – Betroffenheit durch Tatfolgen. Straftatfolgen als Einstellungsgrund und Strafersatz?, Diss., Bern 2006
- FOERSTER KLAUS/DREBING HARALD, Die Erstattung des Gutachtens, in: FOERSTER KLAUS/VENZLAFF ULRICH (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 5. Aufl., München 2009, 43-54
- FOERSTER KLAUS/VENZLAFF ULRICH, Affektive Ausnahmezustände, in: FOERSTER KLAUS/VENZLAFF ULRICH (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 5. Aufl., München 2009, 281-293
- FOERSTER KLAUS/WINCKLER PETER, Forensisch-psychiatrische Untersuchung, in: FOERSTER KLAUS/VENZLAFF ULRICH (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 5. Aufl., München 2009, 17-34
- FORNI MIRIAM, Strafverfahren und Psychiatrie: Berührungspunkte und Reibungsflächen, ZStrR 2004, 209-224
- FORSTER MARC, Positionen der schweizerischen Lehre in der Diskussion um die Straftheorien (Versuch einer Integration), ZStrR 1984, 242-263
- FRANK REINHARD, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, in: FRANK REINHARD (Hrsg.), Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum, Giessen 1907, 521-547 (zit. FRANK, FS-Juristische Fakultät Giessen)
- FRANK WOLFGANG, Psychiatrie, 15. Aufl., München 2007 (zit. FRANK, Psychiatrie)
- FREI LIONEL, Der Entlastungsbeweis nach Art. 173 Ziff. 2 und 3 StGB und sein Verhältnis zu den Rechtfertigungsgründen, Diss. 1975, Bern 1976 (zit. FREI, Entlastungsbeweis)
- FREI MIRJAM ANNIKA, Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht. Adäquate Kausalität und Voraussehbarkeit, Gefahrschaffung, Risikoverringerung, erlaubtes Risiko, Vertrauensgrundsatz, rechtmässiges Alternativverhalten, Schutzzweck der Norm, eigenverantwortliche Selbstgefährdung / Handeln auf eigene Gefahr, allgemeines Lebensrisiko und Sozialadäquanz, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. FREI, Kausalzusammenhang)

- FREI PETER/RANZONI CARLO, Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, AJP 1995, 1439-1444
- FRIJDA NICO H., The Emotions, Cambridge usw. 1986
- FRISCH WOLFGANG, Grundprobleme der Bestrafung „verschuldeter“ Affekttaten. Eine dogmatische Zwischenbilanz aus Anlass neuerer Entwicklungen, ZStW 1989, 538-610
- FRISCHKNECHT TOM, «Kultureller Rabatt». Überlegungen zu Strafausschluss und Strafermässigung bei kultureller Differenz, Diss. Bern 2008, Bern/Stuttgart/Wien 2009 (zit. FRISCHKNECHT, Diss.)
- Zumutbarkeit, Näheverhältnis und der Wille des Gesetzgebers – zur Auslegung des Art. 18 StGB, entschuldbarer Notstand, recht 2008, 186-191 (zit. FRISCHKNECHT, recht 2008)
- FRISCHKNECHT TOM/SCHNEIDER ELIANE/SCHMALBACH STEFAN, Welcher Psy-Experte darf's denn sein? Kritische Überlegungen zur Auswahl von psychiatrischen und psychologischen Sachverständigen im Strafverfahren, Jusletter vom 21. Mai 2012
- FRÖHLICH WERNER D., Wörterbuch Psychologie, 26. Aufl., München 2008
- FUCHS HELMUT, Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat, 9. Aufl., Wien 2016
- FUCHS HELMUT/REINDL-KRAUSKOPF SUSANNE, Strafrecht. Besonderer Teil I. Delikte gegen den Einzelnen (Leib und Leben, Freiheit, Ehre, Privatsphäre, Vermögen), 5. Aufl., Wien 2015
- FURGER RONALD, Aufgaben, Möglichkeiten und Grenzen der Psychiatrie im Strafverfahren, AJP 1992, 1120-1126 (zit. FURGER, AJP 1992)
- Hinweise zum kritischen Umgang mit psychiatrischen Gutachten, ZStrR 1988, 385-405 (zit. FURGER, ZStrR 1988)
- GALLIKER MARK, Psychologie der Gefühle und Bedürfnisse. Theorien, Erfahrungen, Kompetenzen. Stuttgart 2009
- GARBIEC PAULINA, Le recours à une expertise privée dans le cadre d'une procédure pénale: un risque accru d'erreurs judiciaires?, Jusletter vom 10. August 2015
- GEHRIG BERNHARD, Probleme der strafrechtlichen Begutachtung aus juristischer und forensisch-psychiatrischer Sicht. Die Sicht des Verteidigers, ZStrR 1980, 362-369
- GEILEN GERD, Zur Problematik des schuldausschliessenden Affekts, in: SCHROEDER FRIEDRICH-CHRISTIAN/ZIPF HEINZ (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, 173-195

- GEISER WALTER, Die Bedeutung der Provokation im bernischen Strafrecht. Ein Beitrag zur Lehre über den Urhab, Diss., Bern 1933
- GERMANN OSCAR ADOLF, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942
- GLENN ANDREA L./RAINE ADRIAN, Neurocriminology: implications for the punishment, prediction and prevention of criminal behavior, Nature Reviews Neuroscience 2014, 54-63
- GMÜR MARIO, Die Anforderungen an psychiatrische Gutachten, plädoyer 4/1999, 28-44
- GOLDSCHMID PETER/MAURER THOMAS/SOLLBERGER JÜRIG (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008 (zit. Textausgabe StPO-BEARBEITER/IN, S.)
- GRAF DAMIAN, Praxisänderung im Strafrecht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. GRAF, Diss.)
- GRAF MARC, Missbrauch des psychiatrischen Gutachters bei der Rechtsfindung, in: BRÄGGER BENJAMIN F./STEINER SILVIA/VUILLE JOËLLE (Hrsg.), Bedrohte oder bedrohende Sicherheit. Une sécurité menacée ou menaçante?, Bern 2012, 141-150 (zit. GRAF, Missbrauch)
- GRAVEN JEAN, La répression de l'homicide en droit suisse, RSC 1966, 233-293 (zit. GRAVEN, RSC 1966)
- Les Problèmes d'application des dispositions légales au «meurtre par passion» en droit suisse, ZStrR 1960, 124-152 (zit. GRAVEN, ZStrR 1960)
 - Meurtre, assassinat, ou meurtre par passion? (L'application des art. 111 à 113 CP). L'affaire Reymond, ZStrR 1946, Festgabe zum 70. Geburtstag von Ernst Hafter, 347-396 (zit. GRAVEN, ZStrR 1946)
- GRAVEN PHILIPPE, L'infraction pénale punissable, 2. Aufl., Bern 1995 (zit. GRAVEN, infraction)
- «Si j'étais flic...», ZStrR 1990, 190-201 (zit. GRAVEN, ZStrR 1990)
- GRAY JEFFREY A., Brain Systems that Mediate both Emotion and Cognition, Cognition and Emotion 1990, 269-288
- GRECO MONICA/STENNER PAUL, Introduction: Emotion and Social Science, in: GRECO MONICA/STENNER PAUL (Hrsg.), Emotions. A Social Science Reader, London/New York, 2008, 1-21
- GREINER GEORGES, Bedingte und teilbedingte Strafe, Strafzumessung, in: HUBSCHMIED ANNEMARIE/SOLLBERGER JÜRIG (Hrsg.), Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, Bern 2004, 71-110

- GREUEL LUISE, Eskalationsdynamik in Paarbeziehungen – Sind Intimidide präventabel?, in: SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/NÄGELI ROLF (Hrsg.), 7. Zürcher Präventionsforum – Häusliche Gewalt, Zürich/Basel/Genf 2015, 133-155 (zit. GREUEL, Eskalationsdynamik)
- Schuldfähigkeitsbegutachtung, in: STELLER MAX/VOLBERT RENATE (Hrsg.), Psychologie im Strafverfahren. Ein Handbuch, Bern 1997 (zit. GREUEL, Schuldfähigkeitsbegutachtung)
- GRIFFITHS PAUL E., What Emotions Really Are. The Problem of Psychological Categories, Chicago 1997
- GROSS JAMES J., The Emerging Field of Emotion Regulation: An Integrative Review, *Review of General Psychology* 1998, 271-299
- GRÜTTER KARIN, „Weil ich fuerchtete, aus der Stadt entfernt zu werden...“ Kindstötungen in Basel um 1850, in: RYTER ANNAMARIE/WECKER REGINA/BURGHARTZ SUSANNE (Hrsg.), Auf den Spuren weiblicher Vergangenheit, Bericht des Zweiten Schweizerischen Historikerinnentreffens in Basel, Oktober 1984, Basel 1985, 106-119
- GSCHWEND LUKAS, Über den Schuldbegriff in der älteren Literatur zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, in: ACKERMANN JÜRIG-BEAT (Hrsg.), Strafecht als Herausforderung. Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich. Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid, Zürich 1999, 13-28
- GSCHWIND MARTIN, Zur Kriminologie des Vorsatzes, in: NOLL PETER/STRATENWERTH GÜNTER (Hrsg.), Rechtsfindung. Beiträge zur juristischen Methodenlehre. Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag, Bern 1969, 59-74
- HABERMEYER ELMAR/SACHS JOSEF, Aufgaben und Rolle der forensischen Psychiatrie, Jusletter vom 27. April 2015
- HABERMEYER ELMAR/GRAF MARC/NOLL THOMAS/URBANIÖK FRANK, Psychologen als Gutachter in Strafverfahren, *AJP* 2016, 127-134
- HAFTER ERNST, Normale Menschen? Zurechnungsfähigkeit, Zurechnungsunfähigkeit, *ZStrR* 1951, 1-21 (zit. HAFTER, *ZStrR* 1951)
- Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946 (zit. HAFTER, AT)
- Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil. Erste Hälfte: Delikte gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit, gegen das Geschlechtsleben, gegen die Ehre, gegen das Vermögen, Berlin 1937 (zit. HAFTER, BT I)
- Psychoanalyse und Strafrecht, *ZStrR* 1930, 1-18 (zit. HAFTER, *ZStrR* 1930)

- HAMAKER ELLEN L./NESSELROADE JOHN R./MOLENAAR PETER C. M., The integrated trait–state model, *Journal of Research in Personality* 2007, 295-315
- HAMM ALFONS O., Psychologie der Emotionen, in: KARNATH HANS OTTO/THIER PETER (Hrsg.), *Kognitive Neurowissenschaften*, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2012, 627-634.
- HANDKE HILDEGARD, *Die Kindestötung. Rechtshistorisch und rechtsvergleichend*, Breslau-Neukirch 1937
- HANSJAKOB THOMAS, Geheime Erhebung von Beweisen nach StPO, *forum-poenale* 2011, 299-309 (zit. HANSJAKOB, *forum-poenale* 2011)
- Zur Strafzumessung in Betäubungsmittel-Straffällen, *SJZ* 1994, 57-61 (zit. HANSJAKOB, *SJZ* 1994)
- HARDER ANTON, Was erwartet der Psychiater vom Juristen?, *SJZ* 1973, 373-378
- HÄRRI MATTHIAS, Folgenberücksichtigung bei der Strafzumessung, *ZStrR* 1998, 212-222
- HAUSER ROBERT/REHBERG JÖRG, *Strafrecht I. Verbrechenslehre*, 1. Aufl., Zürich 1976
- HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/HARTMANN KARL, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6. Aufl., Basel 2005
- HEER MARIANNE, Die psychiatrische Begutachtung unter dem Einfluss des Strafprozessrechts, in: HEER MARIANNE/HEIMGARTNER STEFAN/NIGGLI MARCEL ALEXANDER/THOMMEN MARC (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu». *Festschrift für Hans Wiprächtiger*, Basel 2011, 177-205 (zit. HEER, *FS-Wiprächtiger*)
- Psychiatrische Gutachten im Strafverfahren – eine Herausforderung für Juristen, in: RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/GFELLER DIEGO R. (Hrsg.), *Liber amicorum für Marcel Alexander Niggli. Von Lemuren, Igel und anderen strafrechtlichen Themen*, Basel 2010, 101-117 (zit. HEER, *FS-Niggli*)
- HEIERLI MATTHIAS RICHARD, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips im Straßenverkehr und für das Fahrlässigkeitsdelikt*, Diss., Zürich 1996
- HEINE GÜNTER, *StGB AT-neu: Tour d'Horizon und ausgewählte Vertiefungen (lex mitior, internationales Strafrecht, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe)*, *recht* 2008, 250-60
- HELFENSTEIN MARC, *Der Sachverständigenbeweis im schweizerischen Strafprozess*, Diss., Zürich 1978

- HENSLER BEAT, Die Alltagsarbeit der Polizei zwischen Legalität und Opportunität, *forumpoenale* 2013, 45-50
- HEMERT DIANNE A. VAN/POORTINGA YPE H./VIJVER FONS J. R. VAN DE, Emotion and culture: A meta-analysis, *Cognition and Emotion* 2007, 913-943
- HERREN RÜDIGER, Die Gesinnung im Rahmen der vorsätzlichen Tötungsdelikte insbesondere beim Mord, Basel 1966
- HETTINGER MICHAEL, Die „actio libera in causa“: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit? Eine historisch-dogmatische Untersuchung, *Habil. Heidelberg* 1987, *Berlin* 1988
- HODAPP VOLKER, Ärger, in: OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ (Hrsg.), *Emotionspsychologie. Ein Handbuch*, Weinheim 2000, 199-208
- HOFF PAUL, Vorgestalten und Selbstkorrumpierung auf dem Weg zum Affektdelikt, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 2010, 240-247 (zit. HOFF, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 2010)
- Vorgestalten, in: SAB HENNING (Hrsg.), *Affektdelikte. Interdisziplinäre Beiträge zur Beurteilung von affektiv akzentuierten Straftaten*, Berlin/Heidelberg 1993, 95-113 (zit. HOFF, *Vorgestalten*)
- HOFF PAUL/SAB HENNING, Psychopathologische Grundlagen der forensischen Psychiatrie, in: KRÖBER HANS-LUDWIG/DÖLLING DIETER/LEYGRAF NORBERT/SAB HENNING (Hrsg.), *Handbuch der Forensischen Psychiatrie. Band 2. Psychopathologische Grundlagen und Praxis der Forensischen Psychiatrie im Strafrecht*, Berlin/Heidelberg 2010, 1-156
- HOFMANN PETER/EBNER CHRISTOPH, Affekt im Recht. Bewertung des Affekts bei schizophrenen Psychosen in der Forensik, *Psychiatrie & Psychotherapie* 2010, 151-153
- HÖPFEL FRANK/RATZ ECKART, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., *Loseblattsammlung (bis. 154 Lfg.)*, Wien 2016 (zit. WK-BEARBEITER/IN, § N)
- HORN HANS-JÜRGEN, Die Beurteilung der Amnesie bei Affekttaten, in: SAB HENNING (Hrsg.), *Affektdelikte. Interdisziplinäre Beiträge zur Beurteilung von affektiv akzentuierten Straftaten*, Berlin/Heidelberg 1993, 163-179
- HRUSCHKA JOACHIM, Probleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters. Zugleich eine Apologie des Art. 12 SchwStrGB, *ZStrR* 1974, 48-77

- HUG MARKUS, Der Trend des Bundesgerichtes zu härteren Strafen, insbesondere im Lichte von BGE 136 IV 55 zur verminderten Schuldfähigkeit, forumpoenale 2011, 361-366
- HÜLSHOFF THOMAS, Emotionen. Eine Einführung für beratende, therapeutische, pädagogische und soziale Berufe, 4. Aufl., München, Basel 2012
- HUPKA RALPH B./OTTO JÜRGEN H., Neid und Eifersucht, in: OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ (Hrsg.), Emotionspsychologie. Ein Handbuch, Weinheim 2000, 272-283
- HURTADO POZO JOSÉ, Droit pénal. Partie spéciale, Nouvelle édition refondue et augmentée, Genf/Zürich/Basel 2009 (zit. HURTADO POZO, Partie spéciale)
- Droit pénal. Partie générale, Nouvelle édition refondue et augmentée, Genf/Zürich/Basel 2008 (zit. HURTADO POZO, Partie générale)
- ISEN ALICE M., An Influence of Positive Affect on Decision Making in Complex Situations: Theoretical Issues With Practical Implications, JCP 2001, 75-85
- ISEN ALICE M./MEANS BARBARA/PATRICK ROBERT/NOWICKI GARY, Some Factors Influencing Decision-Making Strategy and Risk Taking, in: SYDNOR CLARK MARGARET/FISKE SUSAN T. (Hrsg.), Affect and Cognition. The Seventeenth Annual Carnegie Symposium on Cognition, Hillsdale/New Jersey/London 1982, 243-261
- IZARD CARROL E., Die Emotionen des Menschen. Eine Einführung in die Grundlagen der Emotionspsychologie, 4. Aufl., Weinheim 1999
- JAKOBS GÜNTHER, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zu-rechnungslehre, 2. Aufl., Berlin/New York 1991
- JANKE WILHELM/KALLUS KONRAD WOLFGANG, Emotionale Reaktivität, in: JANKE WILHELM/SCHMIDT-DAFFY MARTIN/DEBUS GÜNTER (Hrsg.), Experimentelle Emotionspsychologie. Methodische Ansätze. Probleme. Ergebnisse, Lengerich 2008, 137-178
- JANKE WILHELM/DEBUS GÜNTER/SCHMIDT-DAFFY MARTIN, Experimentelle Emotionspsychologie: Einführung und Übersicht, in: JANKE WILHELM/SCHMIDT-DAFFY MARTIN/DEBUS GÜNTER (Hrsg.), Experimentelle Emotionspsychologie. Methodische Ansätze. Probleme. Ergebnisse, Lengerich 2008, 15-46
- JANZARIK WERNER, Steuerung und Entscheidung, deviante Strukturierung und Selbstkorrumpierung im Vorfeld affektiv akzentuierter Delikte, in: SAß HENNING (Hrsg.), Affektdelikte. Interdisziplinäre Beiträge zur Beurteilung von affektiv akzentuierten Straftaten, Berlin/Heidelberg 1993, 57-76

- JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL MARC, Das Desorganisationsdelikt. Art. 102 Abs. 2 StGB im internationalen Kontext, Habil. Zürich 2013, Zürich/St. Gallen 2013
- JOACHIM HANS, Alkohol und Affekte, in: SAß HENNING (Hrsg.), Affektdelikte. Interdisziplinäre Beiträge zur Beurteilung von affektiv akzentuierten Straftaten, Berlin/Heidelberg 1993, 180-199
- JOECKS WOLFGANG/MIEBACH KLAUS (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1: §§ 1-37 StGB (zit. MK-BEARBEITER/IN, § N)
- JOSITSCH DANIEL, Strafbefreiung gemäss Art. 52 ff. StGBneu und prozessrechtliche Umsetzung, SJZ 2004, 2-10
- KADEČKA FERDINAND, Noch ein Wort über Schuld und Strafe, Moral und Recht, ZStrR 1937, 170-180 (zit. KADEČKA, ZStrR 1937)
- Von der Schädlichkeit zur Schuld und von der Schuld zur Schädlichkeit, ZStrR 1936, 343-368 (zit. KADEČKA, ZStrR 1936)
- KANT IMMANUEL, Anthropologie in pragmatischer Hinsicht, 4. Aufl., Leipzig 1833
- KELAVA AUGUSTIN/SCHERMELLEH-ENGEL KARIN, Latent-State-Trait-Theorie (LST-Theorie), in: MOOSBRUGGER HELFRIED/KELAVA AUGUSTIN (Hrsg.), Testtheorie und Fragebogenkonstruktion, Heidelberg 2008, 343-360
- KELLER THEODOR, Probleme der strafrechtlichen Begutachtung aus juristischer und forensisch-psychiatrischer Sicht. Der Standpunkt des Richters, ZStrR 1980, 362-376
- KELTNER DACHER/HAIDT JONATHAN, Social Functions of Emotions at Four Levels of Analysis, Cognition and Emotion 1999, 505-521
- KELTNER DACHER/LERNER JENNIFER S., Emotion, in: FISKE SUSAN T./GILBERT DANIEL T./LINDZEY GARDNER (Hrsg.), Handbook of Social Psychology, 5. Aufl., New Jersey 2010, 317-352
- KERNBERG OTTO F., Wut und Hass. Über die Bedeutung von Aggression bei Persönlichkeitsstörungen und sexuellen Perversionen, Stuttgart 1997
- KIENAPFEL DIETHELM/SCHROLL HANS VALENTIN, Strafrecht. Besonderer Teil I. Delikte gegen Personenwerte, 3. Aufl., Wien 2012
- KIENER HANSPETER, Den Tarif durchgeben? Die zahlenmässige Gewichtung von Strafzumessungsfaktoren als Mittel zur Herstellung von Vergleichbarkeit und Transparenz, dargestellt anhand ausgewählter Delikte mittlerer und schwerer Kriminalität, ZStrR 2007, 351-382
- KIESEWETTER MARTIN, Schuld, Delinquenz und forensische Psychiatrie, ZStrR 2010, 318-332

- KILLIAS MARTIN, De la difficulté de quantifier la fixation de la peine. Ou en quoi le droit pénal pourrait s'inspirer des acquis du droit civil et du droit fiscal, in: SCHMID NIKLAUS/KILLIAS MARTIN (HRSG.), *Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit: mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier*, Bern 1996, 33-53
- KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/DONGOIS NATHALIE/AEBI MARCELO F., *Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Bern 2009
- KINDHÄUSER URS, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 6. Aufl., Baden-Baden 2015
- KLEINGINNA JR. PAUL R./KLEINGINNA ANNE M., A Categorized List of Emotion Definitions, with Suggestions for a Consensual Definition, *Motivation and Emotion* 1981, 345-379
- KLESCZEWSKI DIETHELM, Affektbefangenes Handeln als Unrechts- und Schuldunterscheidungsgrund im Besonderen Teil des StGB, in: KLESCZEWSKI DIETHELM (Hrsg.), *Affekt und Strafrecht. Erstes interdisziplinäres Symposium der Juristenfakultät Leipzig 15. Juni 2002*, Leipzig 2004, 57-98
- KOCH SONJA, *Asperationsprinzip und retrospektive Konkurrenz*. Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2013
- KÖHLER MICHAEL, Zur Zurechnung von Affekt und Leidenschaft – Gesichtspunkte der praktischen Philosophie –, in: KLESCZEWSKI DIETHELM (Hrsg.), *Affekt und Strafrecht. Erstes interdisziplinäres Symposium der Juristenfakultät Leipzig 15. Juni 2002*, Leipzig 2004, 9-21
- KONRAD NORBERT/RASCH WILFRIED, *Forensische Psychiatrie. Rechtsgrundlagen, Begutachtung und Praxis*, 4. Aufl., Stuttgart 2014
- KRAUSKOPF LUTZ, *Die Kindestötung in Deutschland, Frankreich und der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Teilnahme an diesem Delikt*, Diss. Freiburg, Köniz 1971
- KRÖBER HANS-LUDWIG, *Praxis der psychiatrischen und psychologischen Begutachtung*, in: KRÖBER HANS-LUDWIG/DÖLLING DIETER/LEYGRAF NORBERT/SAB HENNING (Hrsg.), *Handbuch der Forensischen Psychiatrie. Band 2. Psychopathologische Grundlagen und Praxis der Forensischen Psychiatrie im Strafrecht*, Berlin/Heidelberg 2010, 157-184 (zit. KRÖBER, Praxis)
- *Psychologische und psychiatrische Begutachtung im Strafrecht*, in: KRÖBER HANS-LUDWIG/STELLER MAX (Hrsg.), *Psychologische Begutach-*

- tung im Strafverfahren. Indikationen, Methoden und Qualitätsstandards, 2. Aufl., Darmstadt 2005, 204-219 (zit. KRÖBER, Begutachtung)
- Qualitätssicherung bei der Schuldfähigkeitsbegutachtung, in: KRÖBER HANS-LUDWIG/STELLER MAX (Hrsg.), Psychologische Begutachtung im Strafverfahren. Indikationen, Methoden und Qualitätsstandards, 2. Aufl., Darmstadt 2005, 20-37 (zit. KRÖBER, Qualitätsstandards)
 - Persönlichkeit, konstellative Faktoren und die Bereitschaft zum „Affektdelikt“, in: SAB HENNING (Hrsg.), Affektdelikte. Interdisziplinäre Beiträge zur Beurteilung von affektiv akzentuierten Straftaten, Berlin/Heidelberg 1993, 77-94 (zit. KRÖBER, Affektdelikt)
- KROHNE HEINZ WALTER/TAUSCH ANJA P., Persönlichkeit und Emotionen. Individuelle Unterschiede im emotionalen Erleben und Verhalten, Stuttgart 2014
- KRÜMPELMANN JUSTUS, Die strafrechtliche Beurteilung der sog. Affekttaten, in: SAB HENNING (Hrsg.), Affektdelikte. Interdisziplinäre Beiträge zur Beurteilung von affektiv akzentuierten Straftaten, Berlin/Heidelberg 1993, 18-42 (zit. KRÜMPELMANN, Strafrechtliche Beurteilung)
- Affekt und Schuldfähigkeit, Habil. Freiburg 1972, Mainz 1988 (zit. KRÜMPELMANN, Affekt und Schuldfähigkeit)
 - Motivation und Handlung im Affekt, in: STRATENWERTH GÜNTER/KAUFMANN ARMIN/GEILEN GERD/HIRSCH HANS JOACHIM/SCHREIBER HANS-LUDWIG/JAKOBS GÜNTER/LOOS FRITZ (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin/New York 1974, 327-341 (zit. KRÜMPELMANN, FS-Welzel)
- KRUSE OTTO, Psychoanalytische Ansätze, in: OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ (Hrsg.), Emotionspsychologie. Ein Handbuch, Weinheim 2000, 64-74
- KUHL JULIUS, Der Wille ist frei und determiniert: Funktionsanalyse und Diagnostik von Selbstbestimmung und Verantwortlichkeit, in: LAMPE ERNST-JOACHIM/PAUEN MICHAEL/ROTH GERHARD (Hrsg.), Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, Frankfurt am Main 2008, 99-125
- KÜHL KRISTIAN, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München 2012
- KUHN ANDRÉ, La fixation de la peine, RJJ 2006, 237-268
- KUHN ANDRÉ/JEANNERET YVAN (Hrsg.), Code de procédure pénale suisse. Commentaire Romand. Basel 2011 (zit. CR CPP-BEARBEITER/IN)
- KUNZ KARL-LUDWIG, Zur Herstellung des strafrechtlichen Schuld- oder Freispruchs, ZStrR 2014, 47-60 (zit. KUNZ, ZStrR 2014)

- Der Umfang der Notwehrbefugnis in vergleichender Betrachtung, in: JENNY GUIDO/KÄLIN WALTER (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen. Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988, Bern 1988, 161-175 (zit. KUNZ, Umfang)
- KUONEN SANDRINE, L'irresponsabilité et la responsabilité restreinte, in: KUHN ANDRÉ/MOREILLON LAURENT/VIREDAZ BAPTISTE/BICHOVSKY AUDE (Hrsg.), La nouvelle partie générale du Code pénal suisse, Bern 2006, 71-87
- LACKNER KARL/KÜHL KRISTIAN, Strafgesetzbuch. Kommentar, 28. Aufl., München 2014
- LAEMMEL KLAUS, Der psychiatrische Gutachter im Spannungsfeld zwischen Richter, Anklage und Verteidigung, SJZ 1994, 245-254
- LAMBERTI GEORG, Der Beitrag der klinischen Neuropsychologie bei der Begutachtung von Affekttätern, Zeitschrift für Neuropsychologie 2009, 219-225
- LANTERMANN ERNST-DIETER, Handlung und Emotion, in: OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ (Hrsg.), Emotionspsychologie. Ein Handbuch, Weinheim 2000, 381-394 (zit. LANTERMANN, Handlung und Emotion)
- Kognitive und emotionale Prozesse beim Handeln, in: MANDL HEINZ/HUBER GÜNTER L. (Hrsg.), Emotion und Kognition, München 1983, 248-281 (zit. LANTERMANN, Prozesse)
- LARSEN RANDY J., Toward a Science of Mood Regulation, Psychological Inquiry 2000, 129-141
- LAUX GERD, Affektive Störungen, in: SCHÖLMEIRICH JÜRGEN (Hrsg.), Medizinische Therapie 2007/2008, 3. Aufl., Heidelberg 2007, 1497-1507
- LEDOUX JOSEPH, The slippery slope of fear, Trends in Cognitive Sciences 2013, 155-156 (zit. LEDOUX, Trends in Cognitive Sciences 2013)
- Rethinking the Emotional Brain, Neuron 2012, 653-676 (zit. LEDOUX, Neuron 2012)
- The Emotional Brain, Fear, and the Amygdala, Cellular and Molecular Neurobiology 2003, 727-738 (zit. LEDOUX, Cellular and Molecular Neurobiology 2003)
- The Emotional Brain, London 1999 (zit. LEDOUX, Emotional Brain)
- LEIBUNDGUT HANS-WERNER, Der Stellenwert des psychiatrischen Gutachtens im Strafverfahren und seine kriminalprognostischen Möglichkeiten, ZStrR 1982, 159-173

- LEMPPE REINHARD, Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden, Bern 1977
- LENZ ADOLF, Die biologische Vertiefung des Schuldproblems, ZStrR 1928, 165-192
- LEYGRAF NORBERT, Tötungsdelikte in und nach intimen Beziehungen, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2015, 211-219
- LITTMANN EKHard, Forensische Neuropsychologie – Aufgaben, Anwendungsfelder und Methoden, in: KRÖBER HANS-LUDWIG/STELLER MAX (Hrsg.), Psychologische Begutachtung im Strafverfahren. Indikationen, Methoden und Qualitätsstandards, 2. Aufl., Darmstadt 2005, 61-117
- LOGOZ PAUL, Commentaire du Code pénal suisse. Partie spéciale I (Art. 111-212), Neuchâtel 1956
- LOWE ROBERT/ZIEMKE TOM, The feeling of action tendencies: on the emotional regulation of goal-directed behavior, *Frontiers in Psychology* 2/2011, 1-24
- MAATZ KURT RÜDIGER, Der alkoholisierte Affekttöter – Bedeutung für die Schuldfähigkeit. Eine Juristische Betrachtung, *Nervenarzt* 2005, 1389-1401
- MACLEAN PAUL, Some psychiatric implications of physiological studies on frontotemporal portion of limbic system (Visceral brain), *Electroencephalography and Clinical Neurophysiology* 1952, 407-418 (zit. MACLEAN, *Electroencephalography and Clinical Neurophysiology* 1952)
- Psychosomatic Disease and the "Visceral Brain". Recent Developments Bearing on the Papez Theory of Emotion, *Psychosomatic Medicine* 1949, 338-353 (zit. MACLEAN, *Psychosomatic Medicine* 1949)
- MAHAIM RAPHAËL, La fixation de la peine, in: KUHN ANDRÉ/MOREILLON LAURENT/VIREDAZ BAPTISTE/BICHOVSKY AUDE (Hrsg.): *La nouvelle partie générale du Code pénal suisse*, Bern 2006, 233-253
- MAIER PHILIPP/MÖLLER ARNULF, Das gericht psychiatrische Gutachten gemäss Art. 13 StGB, Zürich 1999
- MAIHOLD HARALD, «auß lieb der gerechtigkeit vnd umb gemeynes nutz willen» – Die Constitutio Criminalis Carolina von 1532, *ius.full* 2006, 76-86
- MAIO GREGORY R./ESSES VICTORIA M., The Need for Affect: Individual Differences in the Motivation to Approach or Avoid Emotions, *Journal of Personality* 2001, 583-615
- MALECZKY OSKAR, Strafrecht. Allgemeiner Teil II. Lehre von den Verbrechensfolgen, 16. Aufl., Wien 2014

- MANDL HEINZ/REISERER MARKUS, Kognitionstheoretische Ansätze, in: OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ (Hrsg.), Emotionspsychologie. Ein Handbuch, Weinheim 2000, 95-105
- MANZONI PATRIK, Der Zyklus der Gewalt – der Zusammenhang zwischen häuslicher Gewalt gegen Kinder und späterer Delinquenz, in: SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/NÄGELI ROLF (Hrsg.), Achtes Zürcher Präventionsforum – Kinder als Opfer von Kriminalität – Aktuelle kriminalpräventive Ansätze, Zürich/Basel/Genf 2015, 25-49
- MARKWALDER NORA, Robbery Homicide – A Swiss and International Perspective, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2012
- MARNEROS ANDREAS, Affekttaten und Impulstaten, in: YUNDINA ELENA/STÜBNER SUSANNE/HOLLWEG MATTHIAS/STADTLAND CORNELIS (Hrsg.), Forensische Psychiatrie als interdisziplinäre Wissenschaft. Festschrift zum Geburtstag von Norbert Nedopil, Berlin 2012, 139-149 (zit. MARNEROS, FS-Nedopil)
- Intimidid. Die Tötung des Intimpartners. Ursachen, Tatsituationen und forensische Beurteilung, Stuttgart 2008 (zit. MARNEROS, Intimidid)
 - Affekttaten und Impulstaten. Forensische Beurteilung von Affektdelikten, Stuttgart 2007 (zit. MARNEROS, Affekttaten)
 - Zur Abgrenzung von Affekttaten und Impulstaten, Nervenarzt 2007, 1283–1289 (zit. MARNEROS, Nervenarzt 2007)
- MARQUES LOPES CAROLINA ISABEL, La participation de la défense aux expertises pénales, Jusletter vom 6. Januar 2014
- MARTIN GIAN, Defensivnotstand unter besonderer Berücksichtigung der „Haustyrannentötung“, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2010
- MATHYS HANS, Leitfaden Strafzumessung, Basel 2016 (zit. MATHYS, Leitfaden)
- Zur Technik der Strafzumessung, SJZ 2004, 173-182 (zit. MATHYS, SJZ 2004)
- MAUSBACH JULIAN, Provokation im Strafrecht, Jusletter vom 11. Juli 2016 (zit. MAUSBACH, Jusletter vom 11. Juli 2016)
- Gutachten und Zwang in der (forensischen) Psychiatrie, Jusletter vom 27. April 2015 (zit. MAUSBACH, Jusletter vom 27. April 2015)
- MCDUGALL WILLIAM, An outline of psychology, 13. Aufl., London 1949
- MCRAE KATERI/OCHSNER KEVIN N./MAUSS IRIS B./GABRIELI JOHN J. D./GROSS JAMES J., Gender Differences in Emotion Regulation: An

- fMRI Study of Cognitive Reappraisal, Group Processes & Intergroup Relations 2008, 143-162
- MEES ULRICH, Ärger-, Vorwurf- und verwandte Emotionen, in: MEES ULRICH (Hrsg.), Psychologie des Ärgers, Göttingen 1992, 30-87 (zit. MEES, Ärger)
- Die Struktur der Emotionen, in: MEES ULRICH (Hrsg.), Psychologie des Ärgers, Göttingen 1992, 1-29 (zit. MEES, Struktur)
- MERTEN JÖRG, Einführung in die Emotionspsychologie, Stuttgart 2003
- MEYER WALTER, Die Schuld (Art. 18-20) nach schweizerischem Strafgesetzbuch, ZStrR 1943, 70-80 (zit. MEYER, ZStrR 1943)
- MEYER WULF-UWE, Attributionstheoretische Ansätze, in: OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ (Hrsg.), Emotionspsychologie. Ein Handbuch, Weinheim 2000, 106-116 (zit. MEYER, Attributionstheoretische Ansätze)
- MEYER WULF-UWE/REISENZEIN RAINER/SCHÜTZWOHL ACHIM, Einführung in die Emotionspsychologie. Band I: Die Emotionstheorien von Watson James und Schachter, 2. Aufl., Bern 2001
- MEZGER EDMUND, Strafzumessung im Entwurf, ZStW 1931, 855-877
- MICHOD PATRICK, Le rôle de l'avocat dans les différentes étapes de mise en œuvre d'une expertise psychiatrique en procédure pénale, Jusletter 27. April 2015
- MINELLI LUDWIG A., Zum Entlastungsbeweis bei der Ehrverletzung, ZStrR 1991, 452-455
- MITMANSGRUBER HORST, Kognition und Emotion. Die Regulation von Gefühlen im Alltag und bei psychischen Störungen, Bern 2003
- MOOS REINHARD, Die Tötung im Affekt im neuen Österreichischen Strafrecht, ZStW 1977, 796-848
- MOREILLON LAURENT/BICHOVSKY AUDE, Fixation de la peine. Peine pécuniaire, travail d'intérêt général, sursis et sursis partiel: 3 ans de jurisprudence, ZStrR 2010, 233-257
- MOREILLON LAURENT/MAIRE VIRGINIE, La réforme de la partie générale du Code pénal suisse et ses conséquences en droit vaudois, JdT 2006, 107-164
- MOSER WERNER, Die Beschimpfung nach schweizerischem Strafrecht, Diss. Zürich, Rapperswil 1953
- MÜLLER ANSELM WINFRIED, Die Vernunft der Gefühle. Zur Philosophie der Emotionen, in: MÜLLER ANSELM WINFRIED/REISENZEIN RAINER (Hrsg.), Emotionen – Natur und Funktion. Philosophie und Psychologie im Dialog, Göttingen 2013, 7-71 (zit. MÜLLER, Vernunft der Gefühle)

- MÜLLER KURT, Notwehr und Notwehrexzess nach dem neuen Schweizerischen Strafgesetz, Diss. Bern 1945, Sulgen 1948 (zit. MÜLLER, Notwehr)
- MÜLLER MAX, Die Abgrenzung von Mord und Totschlag im schweizerischen Strafgesetzentwurf in ihrem historisch-dogmatischen Zusammenhang betrachtet, Diss. 1919, Zürich 1920 (zit. MÜLLER, Mord und Totschlag)
- NAU HEINZ, Die Bewusstseinsform bei normalpsychologischen Affekttaten: Ein Vorsatzproblem?, Diss. Tübingen, Frankfurt am Main usw. 2001
- NAY GIUSEP, Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des Kassationshofes des Bundesgerichts, ZStrR 1994, 170-193
- NEDOPIL NORBERT/MÜLLER JÜRGEN LEO, Forensische Psychiatrie. Klinik, Begutachtung und Behandlung zwischen Psychiatrie und Recht, unter Mitarbeit von DITTMANN VOLKER/FREISLEDER FRANZ JOSEPH/HALLER REINHARD, 4. Aufl., Stuttgart/New York 2012
- NEDOPIL NORBERT/DITTMANN VOLKER/KIESEWETTER MARTIN, Qualitätsanforderungen an psychiatrische Gutachten, ZStrR 2005, 127-143
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, BGE 6S.357/1994, vom 6. März 1995. Strafzumessung, Berücksichtigung entfernter Vorstrafen, AJP 1995, 943-945
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Eventualvorsatz und Taterfolg, AJP 2016, 589-595
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Strafrecht I. Art. 1-110 StGB. Jugendstrafgesetz. Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB I-BEARBEITER/IN, Art. N)
- Strafrecht II. Art. 111-392 StGB. Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB II-BEARBEITER/IN, Art. N)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Art. 1-195 StPO. Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO I-BEARBEITER/IN, Art. N)
- Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Art. 196-457 StPO. Art. 1-54 JStPO. Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO II-BEARBEITER/IN, Art. N)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz. Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK BGG-BEARBEITER/IN, Art. N)
- NIVEAU GÉRARD, L'expertise psychiatrique pénale de l'adulte, Jusletter vom 27. April 2015

- NOLEN-HOEKSEMA SUSAN, Emotion Regulation and Psychopathology: The Role of Gender, *Annual Review of Clinical Psychology* 2012, 161-187
- NOLL PETER, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I. Delikte gegen den Einzelnen, Zürich 1983 (zit. NOLL, BT I)
- Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 1. Aufl., Zürich 1981 (zit. NOLL, AT I)
 - Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, in: FRIEDRICH GEERDS/NAUCKE WOLFGANG (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, 219-233 (zit. NOLL, FS-Mayer)
 - Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, *ZStrR* 1964, 160-197 (zit. NOLL, ZStrR 1964)
- NOWAKOWSKI FRIEDRICH, Das Ausmass der Schuld, *ZStrR* 1950, 301-331
- OCHSNER KEVIN N./SILVERS JENNIFER A./BUHLE JASON T., Functional imaging studies of emotion regulation: A synthetic review and evolving model of the cognitive control of emotion, *Annals of the New York Academy of Sciences* März 2012, E1-E24
- OEFELE KONRAD VON, Forensische Psychiatrie. Lehrbuch für die klinische und gutachtliche Praxis, Freiburg 2011
- OEHEN FERDINAND, Die Entwicklung der strafrechtlichen Schuldlehre in der schweizerischen Literatur seit 1890, Diss. Freiburg, Hochdorf 1960
- OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ, Emotionspsychologie. Ein Handbuch, Weinheim 2000
- OVERBECK ALFRED VON, Verminderte Zurechnungsfähigkeit, *ZStrR* 1927, 49-57
- PAHUD DE MORTANGES RENÉ, Entstehung und Fortentwicklung von Art. 113 StGB. Oder: Vom leichtfertigen Umgang mit der Rechtsgeschichte, in: BAUR FRANÇOIS/BAUR GEORGES (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen 1996. Liber amicorum zum sechzigsten Geburtstag von Theodor Bühler, Zürich 1996, 3-26
- PARREIN LOÏC, La fixation de la peine. De l'homme coupable à l'homme capable, Diss. Lausanne, Basel 2010
- PARROTT GERROD W., The Nature of Emotion, in: BREWER MARILYNN B./HEWSTONE MILES (Hrsg.), Emotion and Motivation, Malden/Oxford/Victoria 2004, 5-20

- PAUEN MICHAEL/ROTH GERHARD, Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit, Frankfurt am Main 2008
- PAULI PAUL/BIRBAUMER NIELS, Psychophysiologische Ansätze, in: OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ (Hrsg.), Emotionspsychologie. Ein Handbuch, Weinheim 2000, 75-84
- PEDRAZZI FRANCESCA, L'expertise privée au regard du CPP, Jusletter vom 25. August 2014
- PELLET MARC, La liberté d'appréciation du juge face au psychiatre, ZStrR 2004, 225-233
- PETZILKA WERNER, Zürcher Erläuterungen zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Winterthur 1942
- PFANDER HELENE, ... und von der Schuld zur Schädlichkeit? Eine Entgegnung, ZStrR 1937, 152-169
- PIEFKE MARTINA/MARKOWITSCH HANS J., Neuroanatomische und neurofunktionelle Grundlagen gestörter kognitiv-emotionaler Verarbeitungsprozesse bei Straftätern, in: GRÜN KLAUS-JÜRGEN/FRIEDMAN MICHAEL/ROTH GERHARD (Hrsg.), Entmoralisierung des Rechts. Massstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht, Göttingen 2008, 96-130
- PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016 (zit. PIETH, Strafprozessrecht)
- Wirtschaftsstrafrecht, Basel 2016 (zit. PIETH, Wirtschaftsstrafrecht)
 - Strafrecht Besonderer Teil, Basel 2014 (zit. PIETH, BT)
- PIGNAT CÉDRIC, La fixation de la peine avant et après la révision de 2002, in: KUHN ANDRÉ/MOREILLON LAURENT/VIREDAZ BAPTISTE/WILLI-JAYET ALINE (Hrsg.), Droit des sanctions, de l'ancien au nouveau droit, Bern 2004, 11-48
- PIGNAT CÉDRIC/KUHN ANDRÉ, Les nouvelles règles de la fixation de la peine: une révolution de velours, ZStrR 2004, 251-266
- PIQUEREZ GÉRARD/MACALUSO ALAIN, Procédure pénale suisse, 3. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2011
- PITTELOU JO, Code de procédure pénale suisse. Commentaire à l'usage des praticiens, Zürich/St. Gallen 2012
- PLATE JÜRGEN, Psyche, Unrecht und Schuld. Die Bedeutung der psychischen Verfassung des Täters für die allgemeinen Voraussetzungen der Strafbarkeit, München 2002

- PLATZGUMMER WINFRIED, Die Bewusstseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage, Wien 1964
- PRITTWITZ CORNELIUS, Dolus eventualis und Affekt. Ein Beitrag zur Kriminologie des Allgemeinen Teils des StGB, GA 1994, 454-471
- QUELOZ NICOLAS, Prise en charge des condamnés souffrant de troubles psychiques: perspectives d'avenir et défis à relever en Suisse, in: QUELOZ NICOLAS/SENN ARIANE/BROSSARD RAPHAËL (Hrsg.), Gefängnis als Klinik? Zur Problematik psychisch auffälliger Insassen im Freiheitsentzug. Prison – asile? La problématique des détenus souffrant de troubles psychiques, Bern 2008, 101-113 (zit. QUELOZ, Prise en charge)
- Commentaire de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de fixation et de motivation de la peine, ZStrR 1998, 136-173 (zit. QUELOZ, ZstrR 1998)
- RADTKE MARGARETE, Emotion und Entscheidung. Eine theoretische Aufarbeitung und Umsetzung in ein Simulationsmodell, Diss. Tübingen, Frankfurt am Main 1988
- RAINE ADRIAN, The Anatomy of Violence. The Biological Roots of Crime, New York 2013
- RASCH WILFRIED, Tötung des Intimpartners, Stuttgart 1964
- RAUCH HANS-JOACHIM, Über die Schuldfähigkeit von Affekttätern, in: SAß HENNING (Hrsg.), Affektdelikte. Interdisziplinäre Beiträge zur Beurteilung von affektiv akzentuierten Straftaten, Berlin/Heidelberg 1993, 200-212
- REHBERG JÖRG, Neuere Bundesgerichtsentscheide zum Thema «Alkohol am Steuer», recht 1996, 81-88 (zit. REHBERG, recht 1996)
- Die strafrechtliche Bedeutung der Alkoholisierung, Kriminalistik 1983, 507-512 (zit. REHBERG, Kriminalistik 1983)
- REICHERTS MICHAEL/KAISER SUSANNE/GENOUD PHILIPPE A./ZIMMERMANN GRÉGOIRE, Emotionale Offenheit: Ein neuer Ansatz zum Erleben und Verarbeiten von Emotionen. Konzept und theoretisches Modell, in: REICHERTS MICHAEL/GENOUD PHILIPPE A./ZIMMERMANN GRÉGOIRE (Hrsg.), Emotionale Offenheit. Eine neues Modell in Forschung und Praxis, Bern 2011, 9-30
- REISENZEIN RAINER, Die Berechnung der Gefühle. Skizze eines komputationalen Modells der Emotionen, in: MÜLLER ANSELM WINFRIED/REISENZEIN RAINER (Hrsg.), Emotionen – Natur und Funktion. Philosophie und Psychologie im Dialog, Göttingen 2013, 72-116 (zit. REISENZEIN, Skizze)

- Einschätzungstheoretische Ansätze, in: OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ (Hrsg.), Emotionspsychologie. Ein Handbuch, Weinheim 2000, 117-138 (zit. REISENZEIN, Einschätzungstheoretische Ansätze)
- REISENZEIN RAINER/HORSTMANN GERNOT, Emotion, in: SPADA HANS (Hrsg.), Lehrbuch. Allgemeine Psychologie, 3. Aufl., Bern 2006, 435-500
- RIEDO CHRISTOF, Der Strafantrag, Diss. Freiburg, Basel 2004
- RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011
- RIEG ALFRED, L'infanticide, ZStrR 1956, 292-302
- RIKLIN FRANZ, StPO Kommentar. Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. RIKLIN, StPO Kommentar, Art. N)
- Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Verbrechenlehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. RIKLIN, AT I)
- Der straf- und zivilrechtliche Ehrenschatz im Vergleich, ZStrR 1983, 29-56 (zit. RIKLIN, ZStrR 1983)
- ROBINSON DANIEL N., Aristotle on the Emotions, in: HARRÉ ROM/PARROTT GERROD W. (Hrsg.), The Emotions. Social, Cultural and Biological Dimensions, London usw. 1996, 21-23
- ROHRACHER HUBERT, Einführung in die Psychologie, 13. Aufl., München/Weinheim 1988
- ROLLS EDMUND T., Précis of The Brain and Emotion, Behavioral and Brain Sciences 2000, 177-234
- ROSCH DANIEL, Tötung des Intimpartners durch die Frau in lange andauernden gewalttätigen Beziehungen aus psychologischer und strafrechtlicher Perspektive, AJP 2003, 549-566
- RÖSLER M./HOFFMANN W./KLASEN J./HENGESCH G., Tiefgreifende Bewusstseinsstörungen: Reliabilität diagnostischer Merkmale, Validität syndromatologischer Muster, in: SAß HENNING (Hrsg.), Affektdelikte. Interdisziplinäre Beiträge zur Beurteilung von affektiv akzentuierten Straftaten, Berlin/Heidelberg 1993, 114-131
- ROST WOLFGANG, Emotionen. Elexiere des Lebens, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2001
- ROTH GERHARD, Aus Sicht des Gehirns, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2009 (zit. ROTH, Aus Sicht des Gehirns)
- Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert, Frankfurt am Main 2003 (zit. ROTH, Fühlen, Denken, Handeln)

- ROTH ROBERT/MOREILLON LAURENT, Commentaire Romand. Code pénal I. Art. 1-110 CP, Basel 2009 (zit. CR CP I-BEARBEITER/IN)
- ROXIN CLAUDIUS, Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1, 4. Aufl., München 2006 (zit. ROXIN, AT I)
- RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMANN VOLKER/ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich/Basel/Genf 2011
- RUDOLPHI HANS-JOACHIM, Affekt und Schuld, in: ROXIN CLAUDIUS/BRUNS HANS-JÜRGEN/JÄGER HERBERT (HRSG.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, Berlin/New York 1974, 199-214
- RÜPING HINRICH/JEROUSCHEK GÜNTER, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl., München 2011
- RYSER BÜSCHI NADINE, Familiäre Gewalt an Kindern: Eine Untersuchung der Umsetzung der staatlichen Schutzpflichten im Strafrecht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2012
- SACHS JOSEF, Immer mehr, immer aufwändigere und teurere forensisch-psychiatrische Gutachten: Welcher Aufwand ist wirklich notwendig? Die Sicht des Psychiaters, in: CAPUS NADJA/BACHER JEAN-LUC (Hrsg.), Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit. Le système de justice pénale: ambitions et résultats, Bern 2010, 287-302
- SALGER HANNSKARL, Zur forensischen Beurteilung der Affekttat im Hinblick auf eine erheblich verminderte Schuldfähigkeit, in: JESCHECK HANS-HEINRICH/VOGLER THEO (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, Berlin/New York 1989, 201-218
- SALGER HANNSKARL/MUTZBAUER NORBERT, Die actio libera in causa - eine rechtswidrige Rechtsfigur, NStZ 1993, 561-565
- SANER ALAIN, Das Teilnahmerecht der Verteidigung bei der psychiatrischen Exploration der beschuldigten Person, ZStrR 2014, 121-142
- SAB HENNING, Tödliche Gewalt gegen die Partnerin. Zur Bedeutung der Tatbereitschaft bei Affektdelikten, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2012, 186-192 (zit. SAB, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2012)
- Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, in: KRÖBER HANS-LUDWIG/DÖLLING DIETER/LEYGRAF NORBERT/SAB HENNING (Hrsg.), Handbuch der Forensischen Psychiatrie. Band 2. Psychopathologische Grundlagen und Praxis der

- Forensischen Psychiatrie im Strafrecht, Berlin/Heidelberg 2010, 343-372 (zit. SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung)
- Affekt und Schuldfähigkeit: ein psychopathologischer Lösungsvorschlag, in: SAB HENNING (Hrsg.), Affektdelikte. Interdisziplinäre Beiträge zur Beurteilung von affektiv akzentuierten Straftaten, Berlin/Heidelberg 1993, 214-231 (zit. SAB, Affekt und Schuldfähigkeit)
 - Handelt es sich bei der Beurteilung von Affektdelikten um ein psychopathologisches Problem?, Fortschritte der Neurologie Psychiatrie 1985, 55-62 (zit. SAB, Fortschritte der Neurologie Psychiatrie 1985)
 - Affektdelikte, Nervenarzt 1983, 557-572 (zit. SAB, Nervenarzt 1983)
- SATZGER HELMUTH/SCHLUCKEBIER WILHELM/WIDMAIER GUNTER (Hrsg.), StGB Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., Köln 2014 (zit. SSW StGB-BEARBEITER/IN, § N)
- SCHAAD PIERLUIGI, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im schweizerischen Strafrecht: mit Berücksichtigung des deutschen und des österreichischen Rechts, Diss. Zürich 1963, Winterthur 1964
- SCHENKER FABIENNE, Die Problematik der Verschuldensklausel bei der Anordnung einer teilbedingten Freiheitsstrafe – im geltenden Recht und im Hinblick auf erneute StGB-Revisionen, ZStrR 2012, 229-245
- SCHERER KLAUS R., Theorien und aktuelle Probleme der Emotionspsychologie, in: SCHERER KLAUS R. (Hrsg.), Psychologie der Emotion, Göttingen 1990, 1-38
- SCHEWE GÜNTER, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz. Strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems aus medizinisch-psychologischer Sicht, Lübeck 1972
- SCHMID DANIEL, Krank oder böse? Die Schuldfähigkeit und die Sanktionenindikation dissozial persönlichkeitsgestörter Straftäter und delinquenter „Psychopaths“ sowie die Zusammenarbeit von Jurisprudenz und Psychiatrie bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit, Diss. 2008, Basel 2009 (zit. SCHMID, Diss.)
- SCHMID NIKLAUS, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. SCHMID, Handbuch)
- Schweizerische Strafprozessordnung. Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. N)
 - Einige Aspekte der naturwissenschaftlichen Gutachten aus der Sicht der Schweizerischen Strafprozessordnung, AJP 2010, 819-833 (zit. SCHMID, AJP 2010)

- SCHMIDT-ATZERT LOTHAR, Klassifikation von Emotionen, in: JANKE WILHELM/SCHMIDT-DAFFY MARTIN/DEBUS GÜNTER (Hrsg.), Experimentelle Emotionspsychologie. Methodische Ansätze. Probleme. Ergebnisse, Lengerich, 2008, 179-191 (zit. SCHMIDT-ATZERT, Klassifikation)
- Struktur der Emotionen, in: OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ (Hrsg.), Emotionspsychologie. Ein Handbuch, Weinheim 2000, 30-44 (zit. SCHMIDT-ATZERT, Struktur)
- SCHMIDT-ATZERT LOTHAR/PEPER MARTIN/STEMMLER GERHARD, Emotionspsychologie. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Stuttgart, 2014
- SCHMOLLER KURT, Abschaffung der Sonderregelung für „Kindestötung“?, in: DÖLLING DIETER/ERB VOLKER (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2002, 369-382
- SCHOENMAKERS PETRA, Das Verhältnis des abgekürzten Verfahrens zur Einstellung durch Wiedergutmachung, recht 2011, 20-40
- SCHÖNKE ADOLF/SCHRÖDER HORST, Strafgesetzbuch. Kommentar, 29. Aufl., München 2014 (zit. SCHÖNKE/SCHRÖDER-BEARBEITER/IN, § N)
- SCHÖNPFLUG WOLFGANG, Geschichte der Emotionskonzepte, in: OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ (Hrsg.), Emotionspsychologie. Ein Handbuch, Weinheim 2000, 19-29
- SCHUBARTH MARTIN, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht. Schweizerisches Strafgesetzbuch Besonderer Teil. 3. Band: Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit. Art. 173-186 StGB, Bern 1984 (zit. SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art. N)
- Kommentar zum schweizerischen Strafrecht. Schweizerisches Strafgesetzbuch Besonderer Teil. 1. Band: Delikte gegen Leib und Leben. Art. 111-136 StGB, Bern 1982 (zit. SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. N)
- SCHULTZ HANS, Die Delikte gegen Leib und Leben nach der Novelle 1989, ZStrR 1991, 395-416 (zit. SCHULTZ, ZStrR 1991)
- Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buchs. «Einführung und Anwendung des Gesetzes» des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1987 (zit. SCHULTZ, Vorentwurf)
- Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts. Erster Band. Die allgemeinen Voraussetzungen der kriminalrechtlichen Sanktionen, 4. Aufl., Bern 1982 (zit. SCHULTZ, AT)
- SCHWANDER VITAL, Das Schweizerische Strafgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2. Aufl., Zürich 1964

SCHWARZ NORBERT, Emotion, cognition, and decision making, *Cognition and Emotion* 2000, 433-440

SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Die Sanktionsfolgenbestimmung und der Anwendungsbereich des Asperationsprinzips bei der Konkurrenz (Art. 49 Abs. 1 StGB), in: HEER MARIANNE/HEIMGARTNER STEFAN/NIGGLI MARCEL ALEXANDER/THOMMEN MARC (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu». Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 37-54 (zit. SCHWARZENEGGER, FS-Wiprächtiger)

– «L'uomo delinquente» – aus aktueller kriminologischer Sicht, in: BRÄGGER BENJAMIN/CAPUS NADJA/CIMICHELLA SANDRO/MAAG RENIE/QUELOZ NICOLAS/SCHMID GEORG (Hrsg.), *Kriminologie – Wissenschaftliche und praktische Entwicklungen: gestern, heute, morgen*, Chur/Zürich 2004, 113-134 (zit. SCHWARZENEGGER, L'uomo delinquente)

– Skrupellos und verwerflich! Über Emotionen und unbestimmte Rechtsbegriffe im Strafrecht, *ZStrR* 2000, 349-377 (zit. SCHWARZENEGGER, *ZStrR* 2000)

SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/HUG MARKUS/JOSITSCH DANIEL, *Strafrecht II. Strafen und Massnahmen*, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007

SEELMANN KURT, Personalität und Zurechnung von der Aufklärung bis zur Philosophie des Idealismus, in: HEER MARIANNE/HEIMGARTNER STEFAN/NIGGLI MARCEL ALEXANDER/THOMMEN MARC (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu». Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 575-585

SEELMANN KURT/GETH CHRISTOPHER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Basel 2016

SELG HERBERT, Ärger und Aggression, in: MEES ULRICH (Hrsg.), *Psychologie des Ärgers*, Göttingen 1992, 190-205

SHAW KATHLEEN/LIEN MEI-CHING/RUTHRUFF ERIC/ALLEN PHILIP A., Electrophysiological evidence of emotion perception without central attention, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 695-708

SIX JANN C., Die Beschimpfung im Internet, in: ACKERMANN JÜRIG-BEAT (Hrsg.), *Strafrecht als Herausforderung. Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich*, Zürich 1999, 313-331

SOKOLOWSKI KURT, Emotion, in: MÜSELER JOCHEN (Hrsg.), *Allgemeine Psychologie*, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2008, 295-333

SPIRIG EUGEN, Zum psychiatrischen Gerichtsgutachten, *ZSR* I/1990, 415-438

- SPÜHLER KARL, Prozessuale Probleme bei Prozessen mit wissenschaftlich und technisch komplexen Fragestellungen, in: ACKERMANN JÜRGEN-BEAT/DONATSCH ANDREAS/REHBERG JÖRG (Hrsg.), *Wirtschaft und Strafrecht. Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag*, Zürich 2001, 713-728 (zit. SPÜHLER, FS-Schmid)
- Richtermacht und richterliche Unabhängigkeit, in: DONATSCH ANDREAS/FINGERHUTH THOMAS/LIEBER VIKTOR/REHBERG JÖRG/WALDER-RICHLI HANS ULRICH (Hrsg.), *Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich*, Zürich 2000, 107-116 (zit. SPÜHLER, FS-KassGer)
- SPÜHLER KARL/AEMISEGGER HEINZ/DOLGE ANNETTE/VOCK DOMINIK (Hrsg.), *Bundesgerichtsgesetz. Praxiskommentar*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. BGG-Praxiskommentar-BEARBEITER/IN)
- STELLER MAX, Psychodiagnostik bei Affekttaten – Methodik und Theorie der Begutachtung affektbedingter Bewusstseinsstörungen, in: SAß HENNING (Hrsg.), *Affektdelikte. Interdisziplinäre Beiträge zur Beurteilung von affektiv akzentuierten Straftaten*, Berlin/Heidelberg 1993, 132-146
- STEYER ROLF/SCHMITT MANFRED/EID MICHAEL, Latent State-Trait Theory and Research in Personality and Individual Differences, *European Journal of Personality* 1999, 389-408
- ST. JACQUES PEGGY/DOLCOS FLORIN/CABEZA ROBERTO, Effects of aging on functional connectivity of the amygdala during negative evaluation: A network analysis of fMRI data, *Neurobiology of Aging* 2010, 315–327
- STÖBER JOACHIM/SCHWARZER RALF, Angst, in: OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ (Hrsg.), *Emotionspsychologie. Ein Handbuch*, Weinheim 2000, 189-198
- STOOSS CARL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Vorentwurf mit Motiven*, Basel/Genf 1894 (zit. STOOSS, Vorentwurf mit Motiven)
- Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil. Im Auftrag des Bundesrates, Basel/Genf 1893 (zit. STOOSS, Motive AT)
 - Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil, Basel/Genf 1893 (zit. STOOSS, Vorentwurf AT)
 - Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts. Erster Band, Basel/Genf 1892 (zit. STOOSS, Grundzüge)
 - Die Schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung, Basel/Genf 1890 (zit. STOOSS, Strafgesetzbücher)

STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011 (zit. STRATENWERTH, AT I)

- Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006 (zit. STRATENWERTH, AT II)
- Vermeidbarer Schuldausschluss, in: DORNSEIFER GERHARD/HORN ECKHARD/SCHILLING GEORG/SCHÖNE WOLFGANG/STRUENSEE EBERHARD/ZIELINSKI DIETHART (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln usw. 1989, 485-499 (zit. STRATENWERTH, Schuldausschluss)
- Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, Heidelberg/Karlsruhe 1977 (zit. STRATENWERTH, Zukunft)
- Unbewusste Finalität?, in: STRATENWERTH GÜNTER/KAUFMANN ARMIN/GEILEN GERD/HIRSCH HANS JOACHIM/SCHREIBER HANS-LUDWIG/JAKOBS GÜNTER/LOOS FRITZ (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin/New York 1974, 289-305 (zit. STRATENWERTH, FS-Welzel)
- Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht, ZStrR 1965, 179-209 (zit. STRATENWERTH, ZStrR 1965)

STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013

STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafrecht. Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013

STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010

STREBEL HANS, Praktische Fragen über die Behandlung der Unzurechnungsfähigen und vermindert Zurechnungsfähigen nach schweiz. Strafrechtsgesetz (Art. 10-17 und 263 StGB), ZStrR 1947, 216-235

SUMMERS SARAH, Strafbefreiung und Einstellung des Verfahrens: Gedanken zu Art. 52 bis Art. 55a StGB aus der Perspektive des Common Law, ZStrR 2010, 1-21

SUTTON TINA M./ALTARRIBA JEANETTE, The automatic activation and perception of emotion in word processing: Evidence from a modified dot probe paradigm, Journal of Cognitive Psychology 2011, 736-747

TAG BRIGITTE, Schnittstellen zwischen Recht, Gehirn und Technik, in: RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ZÜRICH (Hrsg.), Hirnforschung – Chancen und Risiken für das Recht. Recht, Ethik,

- Naturwissenschaften, Zürich/Basel/Genf 2008, 51-63 (zit. TAG, Schnittstellen)
- Die Strafbarkeitsvoraussetzungen des StGB AT nach der Revision – Teil I, in: TAG BRIGITTE/HAURI MAX (Hrsg.), Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, Zürich/St. Gallen 2006, 9-42 (zit. TAG, Strafbarkeitsvoraussetzungen)
 - Emotionen und Affekte. Ethisch-rechtliche Perspektiven und ihre praktische rechtliche Relevanz, in: KICK HERMES ANDREAS/TAUPITZ JOCHEN (Hrsg), Affekte und konstruktive Gestaltung in Psychotherapie, Medien und Politik. Ethische Herausforderung für Wissenschaften und Künste, Berlin 2006, 69-85 (zit. TAG, Emotionen)
- TAG BRIGITTE/GRUBMILLER PETER, Vom alten zum neuen Strafrecht. Allgemeiner Teil. Synoptische Darstellung, Zürich/St. Gallen 2007
- THEUNE WERNER, Auswirkungen des normalpsychologischen (psychogenen) Affekts auf die Schuldfähigkeit sowie den Schuld- und Rechtsfolgenanspruch, NStZ 1999, 273-280
- THOMMEN MARC, Nur noch Psychiater als Gutachter (BGE 140 IV 49), forumpoenale 2015, 14-19 (zit. THOMMEN, forumpoenale 2015)
- Art. 333 Abs. 7 StGB. Grenzenlose Fahrlässigkeit im Nebenstrafrecht?, recht 2013, 276-288 (zit. THOMMEN, recht 2013)
- THORMANN PHILIPP/OVERBECK ALFRED VON, Das Schweizerische Strafgesetzbuch. Zweiter Band. Besondere Bestimmungen Art. 111-332. Einführung und Anwendung des Gesetzes Art. 333-401, Zürich 1941 (zit. THORMANN/OVERBECK, Zweiter Band, Art. N)
- Das Schweizerische Strafgesetzbuch. Erster Band. Allgemeine Bestimmungen Art. 1-110, Zürich 1940 (zit. THORMANN/OVERBECK, Erster Band, Art. N)
- TICE DIANNE M./BRATSLAVSKY ELLEN, Giving in to Feel Good: The Place of Emotion Regulation in the Context of General Self-Control, Psychological Inquiry 2000, 149-159
- TRECHSEL STEFAN, Das unbewusste Motiv im Strafrecht. Bemerkungen zur tiefenpsychologischen Strafrechtskritik, ZStW 1981, 397-424 (zit. TRECHSEL, ZStW 1981)
- Vorlesung zur Lehre vom Verbrechen (Strafrecht, Allgemeiner Teil I), Freiburg 1976 (zit. TRECHSEL, AT I)

- TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004
- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. StGB-Praxiskommentar-BEARBEITER/IN, Art. N)
- TRIFFTERER OTTO/ROSBAUD CHRISTIAN/HINTERHOFER HUBERT, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Loseblattsammlung (bis 35. Lfg.), Wien 2016 (zit. SbgK-BEARBEITER/IN, § N)
- TSCHUOR-NAYDOWSKI MICHAELA, Der Spätabbruch in der Schweiz. Eine rechtswissenschaftliche und medizinethische Betrachtung, Diss., Zürich 2014
- ULICH DIETER, Das Gefühl. Eine Einführung in die Emotionspsychologie, 2. Aufl., München 1989
- URBANIOK FRANK, Was sind das für Menschen – was können wir tun. Nachdenken über Straftäter, Bern 2003
- VENZLAFF ULRICH, Über zweiphasig ablaufende Affekttaten, in: SAB HENNING (Hrsg.), Affektdelikte. Interdisziplinäre Beiträge zur Beurteilung von affektiv akzentuierten Straftaten, Berlin/Heidelberg 1993, 147-162
- VEST HANS/FREI SONJA/MONTERO SABRINA, Betriebsanleitung zum Schweizerischen Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil, Bern 2015
- VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999
- VOGEL STEPHAN, Emotionspsychologie. Grundriss einer exakten Wissenschaft der Gefühle, 1996 Opladen
- VOSSEN RAINER, Probleme der strafrechtlichen Begutachtung aus juristischer und forensisch-psychiatrischer Sicht. Die Auffassung des Psychiaters, ZStrR 1980, 376-385 (zit. VOSSEN, ZStrR 1980)
- Möglichkeiten und Grenzen des forensisch-psychiatrischen Gutachtens, in: REHBERG JÖRG (Hrsg.), Probleme des gericht psychiatrischen und -psychologischen Gutachtens, Diessenhofen 1976, 13-26 (zit. VOSSEN, Möglichkeiten und Grenzen)
- WALDER HANS, Vorsätzliche Tötung, Mord und Totschlag, StrGB Art. 111-113, ZStrR 1979, 117-166 (zit. WALDER, ZstrR 1979)
- Die Kausalität im Strafrecht, ZStrR 1977, 113-163 (zit. WALDER, ZstrR 1977)

-
- Der Affekt und seine Bedeutung im Schweizerischen Strafrecht, ZStrR 1965, 24-67 (zit. WALDER, ZstrR 1965)
 - WEBB THOMAS L./MILES ELEANOR/SHEERAN PASCHAL, Dealing With Feeling: A Meta-Analysis of the Effectiveness of Strategies Derived From the Process Model of Emotion Regulation, Psychological Bulletin 2012, 775–808
 - WEBB THOMAS L./SCHWEIGER GALLO INGE/MILES ELEANOR/GOLLWITZER PETER M./SHEERAN PASCHAL, Effective regulation of affect: An action control perspective on emotion regulation, European Review of Social Psychology 2012, 143-186
 - WEBER HANNELORE, Sozial-konstruktivistische Ansätze, in: OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ (Hrsg.), Emotionspsychologie. Ein Handbuch, Weinheim 2000, 139-150
 - WEDER ULRICH, Die gefährliche beschuldigte Person und die Wiederholungs- und Ausführungsgefahr, ZStrR 2014, 367-382
 - WEISSENBERGER PHILIPPE, Bedingtes Verfalldatum für psychiatrische Gutachten?, ZBJV 1998, 725-727
 - WEISSENBERGER PHILIPPE/HIRZEL ASTRID, Persilschein oder ewiges Gedächtnis? Zur Regelung des Strafregisters und zur (Un-)Verwertbarkeit entfernter Strafregistereinträge, in: KUHN ANDRÉ/MARGOT PIERRE/AEBI MARCELO F./SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/JOSITSCH DANIEL/DONATSCH ANDREAS (Hrsg.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive. Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, 911-940
 - WELZEL HANS, Vom Bleibenden und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, in: WELZEL HANS (Hrsg.), Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin/New York 1975, 345-365 (zit. WELZEL, Vom Bleibenden)
 - Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969 (zit. WELZEL, Strafrecht)
 - WENT FLORIAAN H., Das Opportunitätsprinzip im niederländischen und schweizerischen Strafverfahren. Eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsgeschichte und des internationalen Rechts. Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2012
 - WIPRÄCHTIGER HANS, Aussagepsychologische Begutachtung im Strafrecht, forumpoenale 2010, 40-45 (zit. WIPRÄCHTIGER, forumpoenale 2010)
 - Die Unabhängigkeit des Richters nach der neuen Eidgenössischen StPO, in: RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/GFELLER DIEGO R. (Hrsg.), Liber amicorum für Marcel Alexander Niggli. Von Lemuren, Igel und anderen

- strafrechtlichen Themen, Basel 2010, 43-57 (zit. WIPRÄCHTIGER, FS-Niggli)
- Immer mehr, immer aufwändigere und teurere forensisch-psychiatrische Gutachten: Welcher Aufwand ist wirklich notwendig? Die Sicht des Richters, in: CAPUS NADJA/BACHER JEAN-LUC (Hrsg.), Strafrecht zwischen Anspruch und Wirklichkeit. Le système de justice pénale: ambitions et résultats, Bern 2010, 315-324 (zit. WIPRÄCHTIGER, Gutachten)
 - Welche qualitativen Verbesserungen hat die Revision bei den Sanktionen und beim Vollzug gebracht? Der neue Allgemeine Teil des Strafrechtzbuches in der Praxis - eine Zwischenbilanz, AJP 2009, 1503-1517 (zit. WIPRÄCHTIGER, AJP 2009)
 - Revision des Allgemeinen Teils des StGB. Die übrigen Neuerungen – ein Sammelsurium, in: HEER-HENSLER MARIANNE (Hrsg.), Revision des Allgemeinen Teils des Strafrechtzbuches, Bern 2007, 137-173 (zit. WIPRÄCHTIGER, Revision)
 - Psychiatrie und Strafrecht – Was erwartet der Jurist?, in: EBER GERHARD/DITTMANN VOLKER/GRAVIER BRUNO/HOFFMANN KLAUS/RAGGENBASS RENÉ (Hrsg.), Psychiatrie und Recht. Psychiatrie et Droit, Zürich/Basel/Genf 2005, 199-226 (zit. WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie)
 - Der Verzicht auf Weiterverfolgung und Strafbefreiung nach Art. 66bis StGB - ein Weg zu mehr Einzelfallgerechtigkeit?, ZStrR 2003, 141-171 (zit. WIPRÄCHTIGER, ZStrR 2003)
 - Strafzumessung und bedingter Strafvollzug – eine Herausforderung für die Strafbehörden, ZStrR 1996, 422-468 (zit. WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996)
- WITTER HERMANN, Affekt und Schuldfähigkeit, MschrKrim 1960, 20-31
- WOHLERS WOLFGANG, Einschränkungen des Notwehrrechts innerhalb sozialer Näheverhältnisse, JZ 1999, 434-442
- WOLLHEIM RICHARD, Emotionen. Eine Philosophie der Gefühle, München 2001
- WYRSCH JAKOB, Stellungnahme des Psychiaters zu den Massnahmen des schweizerischen Strafrechtzbuches, ZStrR 1945, 1-31
- WUNDT WILHELM, Grundriss der Psychologie, 13. Aufl., Leipzig 1918
- ZABEL BENNO, Der Affekt als Schuld minderungs-, Strafausschliessungs- bzw. Strafzumessungsgrund und seine Typisierung im Rahmen des Allgemeinen Teils – zur Klarstellung der Begründungsstruktur sowie der verbrechenssystematischen Einordnung, in: KLESCZEWSKI DIETHELM (Hrsg.), Affekt

- und Strafrecht. Erstes interdisziplinäres Symposium der Juristenfakultät Leipzig 15. Juni 2002, Leipzig 2004, 23-55
- ZEELLENBERG MARCEL, Anticipated Regret, Expected Feedback and Behavioral Decision Making, *Journal of Behavioral Decision Making* 1999, 93-106
- ZENTNER MARCEL R./SCHERER KLAUS R., Partikuläre und integrative Ansätze, in: OTTO JÜRGEN H./EULER HARALD A./MANDL HEINZ (Hrsg.), *Emotionspsychologie. Ein Handbuch*, Weinheim 2000, 151-164
- ZERBES INGEBORT, Zurechnungsfähigkeit bei reaktiven Affekten. Eine Präzisierung des Schuldausschlusses, Diss., Wien 1998
- ZIEGERT ULRICH, Die Affekttat zwischen Wertung und Willkür, in: SAß HENNING (Hrsg.), *Affektdelikte. Interdisziplinäre Beiträge zur Beurteilung von affektiv akzentuierten Straftaten*, Berlin/Heidelberg 1993, 43-56 (zit. ZIEGERT, Affekttat)
- Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, Diss. München 1986, Berlin 1987 (zit. ZIEGERT, Diss.)
- ZIMMERLIN SVEN, Strafzumessung im Kulturkonflikt. Zur Beurteilung des Verschuldens bei fremder Herkunft des Täters, in: LUGINBÜHL BEATRICE/SCHMIDT JUANA (Hrsg.), *Diskriminierung und Integration. (Rechts-) Geschichten in einem sozialen System. Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich und Beiträge von ausgewählten Freunden zum 60. Geburtstag von Frau Professor Marie Theres Fögen*, Zürich 2006, 261-291
- ZÜRCHER EMIL, Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908 sowie zum Vorentwurf für ein Einführungsgesetz, Bern 1914

Materialienverzeichnis

Amtliches Bulletin des National- und Ständerates (zit. *Name* [sofern eine Wortmeldung als Quelle dient], Amtl. Bull. NR bzw. SR, Jahr, Seitenzahl)

Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, 96.464 Parlamentarische Initiative Gewalt gegen Frauen als Officialdelikt Revision von Artikel 123 StGB, 96.465 Parlamentarische Initiative Sexuelle Gewalt in der Ehe als Officialdelikt Revision von Artikel 189 und 190 StGB, vom 28. Oktober 2002, BBl 2002, 1909 ff. (zit. Bericht der Kommission für Rechtsfragen NR 2002)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23. Juli 1918, BBl 1918, 1 ff. (zit. Botschaft StGB 1918)

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie) vom 26. Juni 1985, BBl 1985, 1009 ff. (zit. Botschaft StGB 1985)

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999, 1979 ff. (zit. Botschaft StGB 1998)

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2005, 1085 ff. (zit. Botschaft StPO 2005)

Bundesministerium für Justiz der Republik Österreich, Erlass vom 25. Jänner 2010 über den Totschlag des § 76 StGB („Totschlag“). Auslegung des Begriffs „allgemein begreifliche heftige Gemütsbewegung“ (zit. BJ Ö, Erlass)

Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/strafrahmenharmonisierung/vn-ber-d.pdf> (zuletzt abgerufen am 18. Juli 2016) (zit. Bericht Harmonisierung)

Schweizerisches Strafgesetzbuch, Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band II, September-Oktober 1912, Luzern 1913 (zit. Prot. 1912)

Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, abrufbar

unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/strafrahmenharmonisierung/entw-d.pdf> (zuletzt abgerufen am 18. Juli 2016) (zit. VE Harmonisierung)

Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch. Fassung der zweiten Expertenkommission, Oktober 1916 (zit. VE StGB 1916)

Abkürzungsverzeichnis

a	alt (frühere Fassung eines Erlasses [CH])
a.A.	anderer Ansicht
AbR	Amtsbericht über die Rechtspflege des Kantons Obwalden
Abs.	Absatz
AG	Aargau
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift CH)
a.M.	anderer Meinung
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin des National- und Ständerates
AR	Appenzell Ausserrhoden
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)
BBl	Bundesblatt
BE	Bern
BezGer	Bezirksgericht
BFS	Bundesamt für Statistik
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	(Nicht publizierter Entscheid des) Bundesgerichts
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (SR 173.110)
BGG-Praxis-kommentar	SPÜHLER et al., Bundesgerichtsgesetz. Praxiskommentar
BGH	Bundesgerichtshof (D)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BL	Basel-Landschaft
BSK	Basler Kommentar, <i>siehe</i> Literaturverzeichnis bei NIGGLI

BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
CH	Schweizerische Eidgenossenschaft
Commentaire LTF	CORBOZ et al., Commentaire de la LTF
CP	Code pénal suisse, <i>siehe</i> StGB
CPP	Code de procédure pénale suisse, <i>siehe</i> StPO
CR	Commentaire Romand, <i>siehe</i> im Literaturverzeichnis bei KUHN und ROTH
d/D	deutsch/e/en/er/es, Deutschland
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DNA	Deoxyribonucleic acid (Desoxyribonukleinsäure)
DSM	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders
D-StGB	(deutsches) Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322)
E	Entwurf
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJN	European Journal of Neuroscience
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (SR 0.101)
et al.	et alii/et aliae/et alia (und andere)
etc.	et cetera
f./ff.	folgende
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (Zeitschrift D)
GeschwGer	Geschworenengericht

GR	Graubünden
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
Habil.	Habilitationsschrift
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	<i>in casu</i>
ICD-10	Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, 10. Version (2013)
i.d.R.	in der Regel
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
JCP	Journal of Consumer Psychology (Zeitschrift USA)
JdT	Journal des Tribunaux (Zeitschrift CH)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift D)
JU	Jura
Jusletter	http://jusletter.weblaw.ch/ (Zeitschrift CH)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift D)
Kap.	Kapitel
KantGer	Kantonsgericht
KassGer	Kassationsgericht
KrimGer	Kriminalgericht
Lfg.	Lieferung
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	litera
LS ZH	Loseblattsammlung (Zürich)
LU	Luzern
MAOA	Monoaminoxidase-A

MK	Münchener Kommentar, <i>siehe</i> Literaturverzeichnis bei JOECKS/MIEBACH
MschKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (Zeitschrift D)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnote
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer(n)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift D)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OGer	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht
Ö-StGB	(österreichisches) Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB) (BGBl. 60/1974)
OW	Obwalden
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden
PNAS	Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America (Zeitschrift USA)
PPGV	Verordnung über psychiatrische und psychologische Gutachten in Straf- und Zivilverfahren vom 1./8. September 2010 mit Änderungen vom 26. November 2014 / 3. Dezember 2014, LS ZH 321.4
Prot.	Protokoll
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kanton Thurgau
recht	recht: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Zeitschrift CH)
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (Zeitschrift F)
S.	Seite(n)

SbgK	Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, siehe Literaturverzeichnis bei TRIFFTERER/ROSBAUD/HINTERHOFER
SG	St. Gallen
SJ	La Semaine Judiciaire (Zeitschrift CH)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
sog.	so genannt(en)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SR	Ständerat
SSW StGB	SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, StGB Strafgesetzbuch Kommentar
StGB	Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StGB Kommentar	DONATSCH, StGB Kommentar
StGB-Praxiskommentar	Trechsel/Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar,
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
StPO Kommentar	DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)
StrafGer	Strafgericht
SZK	Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie (Zeitschrift CH)
Textausgabe StPO	GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung
TG	Thurgau
u.a.	unter anderem
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
usw.	und so weiter
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
VOSTRA	Verordnung über das Strafregister (AS 2006 4503)
VS	Wallis
vs.	versus

WK	Wiener Kommentar, <i>siehe</i> Literaturverzeichnis bei HÖPFEL/RATZ
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Zeitschrift CH)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift CH)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Zeitschrift D)
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung

Einleitung: Gegenstand und Gang der Untersuchung

Ein Mann wird von einem stärkeren Kontrahenten angegriffen und hat das Gefühl die zwei weiteren Personen, welche tatsächlich nur schlichten wollen, greifen ihn ebenso an. Er greift sein Messer und ersticht den Angreifer.¹ Ein älteres Ehepaar gerät in einen heftigen Streit; die Frau beginnt den Mann zu beschimpfen, ihm mit der Scheidung zu drohen und einige seiner Besitztümer zu zerstören. Voller Zorn greift er einen Hammer und erschlägt seine Frau.² Ein anderer Mann lässt sich von seiner Ehepartnerin scheiden, worauf er von Kollegen beschimpft wird. Gekränkt und provoziert bezeichnet er diese als „Schufte“.³

Bei allen diesen einleitenden Beispielen folgte die Handlung des Täters, so unterschiedlich sie auch sein mag, einem emotionalen Impuls. Aus alltäglichen Erfahrungen sind uns verschiedene Emotionen geläufig, welche sich auf unser Befinden und Verhalten auswirken können. Dazu zählen insbesondere Wut, Zorn, Kränkung, Trauer oder Angst. Derartige Gefühle sind grundsätzlich allen Menschen bekannt und können sich entscheidend auswirken. Durch eine heftige emotionale Erregung können etwa aggressive Handlungstendenzen hervorgerufen werden.⁴ Diese erschöpfen sich meistens in einem Schlag auf das Steuerrad bei Ärger über andere Verkehrsteilnehmer, verbalen Ausrutschern gegen eine andere Person oder einem heftigen Zuknallen der Türe. Gelegentlich entstehen sogar emotional bedingte Wünsche, eine andere Person zu schütteln, zu schlagen oder gar anzugreifen.

Wenn schon alltägliche Überreaktionen entscheidend vom emotionalen Befinden der betreffenden Person beeinflusst sind, so liegt der Schluss nahe, dass dies entsprechend für Straftaten gilt. Demnach ist anerkannt, dass heftige Gemütsbewegungen vor allem bei Aggressions- und Beleidigungsdelikten von grosser praktischer Relevanz sind.⁵ Gleichzeitig besteht die Vermutung, dass eine starke Gefühlsregung die Fähigkeit zur Selbstbeherrschung erheblich

¹ BGer, Urteil vom 30. August 2012, 6B_810/2011 und 6B_811/2011.

² BGer, Urteil vom 27. April 2011, 6B_31/2011.

³ BGE 83 IV 151.

⁴ SAß, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 343.

⁵ KONRAD/RASCH, 373.

einschränken kann.⁶ Daraus folgt die Frage, wie ein Affekt des Täters im Rahmen der strafrechtlichen Beurteilung seines Delikts zu berücksichtigen ist.

Dass Affekte bei der Beurteilung von Straftaten eine Rolle spielen, ist keine neue Erkenntnis. Sie lässt sich in der Rechtsgeschichte bis ins römische Recht zurückverfolgen. Bereits damals wurden Gewalttaten milder bestraft, wenn sie in einem Affekt begangen wurden.⁷ Auch in den ersten grossen Kodifikationen, insbesondere in der *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532, findet sich die strafmildernde Wirkung des Affekts.⁸ Auf dieser und anderer Grundlage wurde die heftige Gemütsbewegung in vielen Rechtsgemeinschaften zum Strafmilderungsgrund erhoben.⁹

Dies führt zur Forschungsfrage der vorliegenden Arbeit. Wenn starke Gefühls-erregungen die Kontrollfähigkeit eines Straftäters einschränken können, so ist dies im Rahmen des geltenden Schuldprinzips entscheidend und kann zur Verminderung der Schuld führen. Die affektbedingte Einschränkung der persönlichen Freiheit kann sich allerdings auf verschiedenster Ebene manifestieren. Dabei liegt ein Hauptproblem darin, dass die Frage, welche Intensität und welche Konstellationen des Affekts sich wie auswirken, im Grenzgebiet zwischen empirisch-wissenschaftlicher Sachverhaltserfassung und normativ-juristischer Wertung liegt.¹⁰ Ziel dieser Arbeit ist es, genau aufzuzeigen, wo und in welcher Art und Weise dem Affekt eines Täters im schweizerischen Strafrecht Rechnung getragen wird. Wo es notwendig erscheint, werden zudem Vorschläge gemacht, wie die Angemessenheit und die Einheitlichkeit der Affektberücksichtigung gewährleistet werden kann.

A. Aufbau der Arbeit

Zur Ausarbeitung der aufgestellten These werden in einem ersten Teil die Grundlagen ergründet. In einem ersten Kapitel wird der Begriff des Affekts aus verschiedenen Perspektiven beleuchtet, woraus schliesslich eine Arbeitsdefinition herausgearbeitet wird. Das zweite Kapitel des ersten Teils beinhaltet einen Überblick über die Funktion und die Wirkungsweisen von Emotionen. Diese vor allem psychologischen, neurologischen und forensischen Erkennt-

⁶ PIETH, BT, 18.

⁷ NEDOPIL/MÜLLER, 279.

⁸ WITTER, MschrKrim 1960, 20; vgl. auch MAIHOLD, ius.full 2006, 79; RÜPING/JEROU-SCHEK, 102.

⁹ SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 344.

¹⁰ Vgl. auch SAB, Nervenarzt 1983, 557.

nisse bilden eine Grundlage für die nachfolgende strafrechtliche Aufarbeitung des Affekts und werden demnach im zweiten Teil ergänzend beigezogen.

Die eigentliche strafrechtliche Untersuchung des Affekts erfolgt im zweiten Teil der Arbeit. Im ersten Kapitel wird zunächst der Allgemeine Teil des Strafrechts beleuchtet und der Affekt im klassischen Verbrechenaufbau verortet. Anschliessend wird gezeigt, wie heftige Gemütsbewegungen in der Strafzumessung berücksichtigt werden können. Der Massnahmenvollzug ist bei der Beachtung des Allgemeinen Teils ausgeklammert. Dies liegt daran, dass im Rahmen dieser Arbeit der normalpsychologische Affekt beleuchtet wird. Dabei handelt es sich um eine extreme Gefühlsregung ohne Krankheitscharakter. Dementsprechend dürfte sich für die vorliegend zu interessierenden Fälle regelmässig keine Behandlungsbedürftigkeit des Täters ergeben. Damit fehlt eine Voraussetzung der Massnahmenanordnung nach Art. 56 Abs. 1 lit. b StGB. Anderes gilt, wenn der Täter aufgrund einer psychischen Störung in den Affektzustand geraten ist oder eine krankhafte Affektstörung vorliegt.¹¹ In diesem Fall sind durchaus Behandlungsmöglichkeiten denkbar.¹² Die Behandlung der psychischen Störung kann die Affektkontrolle stärken.¹³ In der Praxis sind zum Beispiel Aggressionstrainings für jähzornige Menschen anzutreffen.¹⁴ Im zweiten Kapitel des zweiten Teils wird gezeigt, in welchen Delikten des Besonderen Teils des StGB einer Affektsituation besonders Rechnung getragen wird. Besondere Beachtung erfahren die Tötung im Affekt und die Beschimpfung. Als drittes Kapitel wird die gutachterliche Feststellung des Affekts aufgezeigt.

Die Arbeit schliesst mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse.

¹¹ Nach neusten Erkenntnissen kann eine gestörte Affektkontrolle auch neurologische Ursachen haben, insbesondere eine Beeinträchtigung des ventro-lateralen präfrontalen Kortex. In den USA wurde insb. der Fall von *Donta Page*, der in Colorado eine junge Frau vergewaltigt und getötet hatte, bekannt. Eine Untersuchung hatte Fehlfunktionen seiner Gehirnfunktion ergeben und ausserdem gezeigt, dass er verschiedenen Risikofaktoren, u.a. Vernachlässigung und Misshandlung, ausgesetzt war. Er wurde zwar von einer ersten Jury für schuldig erklärt, entging aus diesen Gründen jedoch der Todesstrafe; vgl. GLENN/RAINE, *Nature Reviews Neuroscience* 2014, 57, wo die Hirnscans ersichtlich sind; RAINE, 61 ff.

¹² Vgl. auch WALDER, *ZStrR* 1965, 67.

¹³ BGer, Urteil vom 23. Januar 2012, 6B_498/2011, E. 2.5.

¹⁴ Vgl. für die theoretische Fundierung von Ärger- bzw. Wuttherapien FICHTEN, 245 ff.

B. Beachtung fachfremder und ausländischer Literatur

Vor allem im ersten Teil der Arbeit, sowie ergänzend im zweiten, werden Erkenntnisse aus anderen Fachbereichen beigezogen. Zum Verständnis des Affekts und der Emotionen im Allgemeinen ist ein Blick in die forensische, psychologische und neurologische Literatur unerlässlich. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass der Versuch, Emotionen zu verstehen und zu erforschen, eine unüberschaubare Anzahl an wissenschaftlichen Aufarbeitungen erzeugt hat. Alleine allgemein- und neuropsychologische Abhandlungen und Studien zu diesen Themen füllen unzählige Bücher und es bestehen verschiedene Zeitschriften, welche sich auf diese Thematik fokussieren und wöchentlich Aufsätze und Beiträge dazu veröffentlichen. Im Rahmen dieser Arbeit kann das psychologische und neurologische Emotionsverständnis daher höchstens oberflächlich beigezogen werden. Dennoch ermöglicht auch ein solcher eingeschränkter interdisziplinärer Einblick einen alternativen Zugang zur Thematik und liefert Erkenntnisse für den strafrechtlichen Umgang mit dem Affekt.¹⁵

Obwohl zwischen den beiden Wissenschaftszweigen ein gespanntes Verhältnis herrscht,¹⁶ kann die psychologische Literatur wichtige Aufschlüsse bieten, wenn die Strafrechtswissenschaft mit psychologischen Begriffen arbeitet.¹⁷ Bei der Beachtung fachfremder Erkenntnisse gilt es jedoch zwischen den verschiedenen Wissenschaftszweigen zu unterscheiden. So ergeben sich gewichtige Unterschiede zwischen Strafrecht und Psychologie. Ersteres ist nach dem Grundsatz *nullum crimen sine lege* auf klare und eindeutige Begrifflichkeiten angewiesen, die Psychologie lehrt hingegen gerade die Vieldeutigkeit und Widersprüchlichkeit der Menschen.¹⁸ Ausserdem bestehen unterschiedliche Beobachtungszeiträume. Beim Strafrecht geht es grundsätzlich um Momentaufnahmen, wohingegen bei Sozialwissenschaften vielmehr der Längsschnitt interessiert.¹⁹ Man kann beziehungsweise darf aus psychologischen Erkenntnissen keine direkten Lösungen von strafrechtsdogmatischen Problemen er-

¹⁵ Vgl. auch NAU, 96.

¹⁶ HAFTER, ZStrR 1930, 1 ff.; TRECHSEL, ZStW 1981, 397 f. m.w.H.; vgl. auch PRITTWITZ, GA 1994, 455, der gar von einer bewussten Blindheit der Strafrechtspraxis gegenüber Fachwissen anderer Disziplinen spricht.

¹⁷ „[E]in Strafrecht, das seine Begriffe nach Massgabe seiner Zwecke soll bilden dürfen, erscheint von vornherein illegitim.“ PRITTWITZ, GA 1994, 459.

¹⁸ TRECHSEL, ZStW 1981, 399 ff.

¹⁹ PRITTWITZ, GA 1994, 457.

warten.²⁰ Psychologische und psychiatrische Erkenntnisse werden in der Regel nicht eins zu eins in die strafrechtliche Untersuchung übertragen. Das Strafrecht arbeitet vielmehr mit vulgärpsychologischen Fiktionen.²¹ Eine genauere psychologische Analyse der Täterpersönlichkeit ist grundsätzlich nur bei der Zurechnungsfähigkeit anerkannt.²² Dies folgt aus dem richterlichen Beizug von psychiatrischen Gutachten für die Beurteilung der Schuldfähigkeit nach Art. 20 StGB. In diesen Fällen ist darauf zu achten, dass psychologische beziehungsweise psychiatrische Kriterien nicht schematisch in die Strafrechtswissenschaften übernommen werden.²³ So dürfen psychologische Begriffe nicht eo ipso zu Rechtsbegriffen werden, sondern bedürfen der „strafrechtsdogmatischen Transformation“²⁴. Es geht mithin darum, dass die aus anderen Wissenschaftszweigen gewonnenen Erkenntnisse sauber in die bestehende strafrechtliche Dogmatik überführt werden. Daher werden die im ersten Teil der Arbeit herausgearbeiteten fachfremden Erkenntnisse im Rahmen der strafrechtlichen Bewertung des Affekts nur ausgewählt beigezogen, sofern sie dafür einen Beitrag leisten können.

Da die schweizerische Lehre und Praxis den Affekt nur sehr eingeschränkt bearbeiten, wird verschiedentlich auf ausländische Literatur zurückgegriffen. Ausländische Quellen und Ansichten können zwar nicht direkt in die Schweizer Rechtslandschaft übertragen werden. Dennoch können insbesondere Erkenntnisse aus verwandten Rechtssystemen wichtige Inputs liefern und zumindest einen Rechtsvergleich ermöglichen. Trotzdem ist es wichtig, die Herkunft der verschiedenen Meinungen auszuweisen, da sie im Kontext des jeweiligen Rechtssystems verstanden werden müssen. In der vorliegenden Arbeit wird versucht, den Ursprung der verschiedenen Meinungen jeweils klar zu benennen und weitmöglichst zu begründen, weshalb sie in einem bestimmten Kontext beigezogen werden können.

²⁰ TRECHSEL, ZStW 1981, 399 ff.; vgl. auch NAU, 35, welcher zeigt, dass diejenigen Autoren, welche von der forensischen Psychiatrie Antworten auf juristische Fragen erwarten, enttäuscht werden.

²¹ GSCHWIND, FS-Germann, 60; TRECHSEL/NOLL, 97; vgl. auch PRITTWITZ, GA 1994, 455, der von „Laienpsychologie“ spricht.

²² TRECHSEL/NOLL, 97.

²³ ZABEL, 42; vgl. auch KRÜPELMANN, FS-Welzel, 330.

²⁴ ZABEL, 42 f.

C. Terminologie

Wie im ersten Kapitel des ersten Teils gezeigt wird, wird der Affekt in der vorliegenden Arbeit als heftige Gemütsbewegung verstanden. Aus sprachästhetischer Sicht wird im weiteren Verlauf der Arbeit indes versucht, die zu häufige Wiederholung der Begriffe Affekt und heftige Gemütsbewegung zu vermeiden und mit anderen Umschreibungen das gleiche Phänomen zu bezeichnen. Wird etwa von einer emotional motivierten Tat geschrieben, so ist dies als Synonym für eine Affekttat zu verstehen. Alle derartigen Umschreibungen des Affekts beziehungsweise des Affektdelikts sind demnach so zu interpretieren, wie diese in der einleitenden Begriffsbestimmung definiert werden.

Bei der Aufarbeitung von Affektdelikten wird sich häufig virtuoser Sprachbilder bedient, die dazu dienen sollen, eine einführende Beobachtungsgabe zu vermitteln. Es wird etwa von einem höchstgradigen Affektsturm, von einer eruptiven Affektentladung, einer ins Rollen gekommenen Lawine, von Affekttunnel oder ähnlichem gesprochen.²⁵ Diese Formulierungen zeigen, dass man sich bei für Affekttaten typischen Konstellationen in einer gewissen Weise in den Täter hineinversetzen und zumindest gewisses Verständnis aufbringen kann. Man denke etwa an eine Person, die erfährt, dass sie von ihrem Partner seit langer Zeit systematisch hintergangen wird und dann „durchdreht und rot sieht“. Solche Umschreibungen sind im Hinblick auf die wissenschaftliche Aufarbeitung der dahinterstehenden Geschehnisse problematisch. Es wird ein unausweichliches, unbeherrschbares Affektgeschehen geradezu impliziert.²⁶ Richtigerweise muss man sich von derartigen Bildern lösen und die Frage, ob und wann ein Affekt un- oder nur schwer beherrschbar ist und wie er strafrechtlich zu bewerten ist, mit grösstmöglicher – auch sprachlicher – Objektivität beantworten.

Schliesslich noch ein Hinweis in sprachlicher Hinsicht. Wo es aus sprachästhetischer Sicht ohne Weiteres möglich ist, wird in der vorliegenden Arbeit versucht, eine geschlechtsneutrale Formulierung zu verwenden. In den übrigen Fällen wird nur die männliche Form benutzt, um die sprachliche Klarheit des

²⁵ Aufzählung nach SAB, Nervenarzt 1983, 559 m.w.H.; vgl. auch BGer, Urteil vom 26. August 2015, 6B_271/2015, E. 5.2: „Affektüberflutung“; GREUEL, Schuldfähigkeitsbegutachtung, 111; JANZARIK, 61; RUDOLPHI, FS-Henkel, 202 f.; VENZLAFF, 146.

²⁶ SAB, Nervenarzt 1983, 559; vgl. auch JANZARIK, 61; KONRAD/RASCH, 373; NEDOPIL/MÜLLER, 280.

Textes zu wahren. Selbstverständlich sind jeweils alle Geschlechter damit gemeint.

Erster Teil: Grundlagen

1. Kapitel: Begriffsbestimmung

Am Ausgang jeglicher wissenschaftlicher Fragestellung steht in der Regel eine Begriffsbestimmung. Es geht darum, zu definieren, was unter den Untersuchungsgegenständen zu verstehen ist.²⁷ Diese Suche nach der genauen Definition ist bereits ein gewichtiger Teil der Untersuchung selbst. So beeinflusst das Verständnis eines Begriffs dessen weitere Aufarbeitung elementar. Erst mit der Definition wird der Bedeutungsgehalt eines Begriffs festgelegt und dessen Verwendung im wissenschaftlichen Kontext ermöglicht.²⁸ Ist die Begriffsbestimmung der eigentlichen wissenschaftlichen Untersuchung vorangestellt, kann keine exakte Definition, sondern bloss eine Arbeitsdefinition herausgearbeitet werden. Das exakte Verständnis lässt sich schliesslich erst nach gründlicher Beschäftigung mit der Thematik ergründen.²⁹

Gerade für die juristische Aufarbeitung des Affekts ist es zentral, was genau darunter verstanden wird. In diesem Zusammenhang gibt es allerdings keine Einheitlichkeit und es werden unterschiedliche Begrifflichkeiten und Definitionen verwendet.³⁰ Im Folgenden wird das Begriffsverständnis aus verschiedener Sicht dargestellt, woraus schliesslich eine Arbeitsdefinition gewonnen werden kann.

A. Allgemeines Sprachverständnis

Schon aus dem allgemeinen Sprachverständnis geht hervor, dass es sich beim Affekt um einen bestimmten psychischen Zustand eines Menschen handelt. So wird ein Affekt im Duden und der Brockhaus-Enzyklopädie als heftige Erregung, Gemütsbewegung beziehungsweise ein Zustand aussergewöhnlicher psychischer Angespanntheit definiert.³¹ Etymologisch geht der Begriff auf das lateinische Wort *affectus* (2. Partizip *affectum* = in Stimmung versetzen) zurück.³² Beim Affekt geht es also um Gemütszustände, Gefühle und Emotionen eines Menschen.³³ Diese Begriffe wiederum sind ebenfalls unklar, lassen sich

²⁷ RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 1199; vgl. auch KROHNE/TAUSCH, 9.

²⁸ BOTTENBERG/DASSLER, 12.

²⁹ KROHNE/TAUSCH, 9; OTTO/EULER/MANDL, 11; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 23; vgl. auch REISENZEIN, Skizze, 77.

³⁰ NAU, 5 ff.

³¹ Die Brockhaus Enzyklopädie Online, Affekt; Duden-Online, Affekt; vgl. auch TAG, Emotionen, 69.

³² Die Brockhaus Enzyklopädie Online, Affekt; vgl. auch FRÖHLICH, 43.

³³ Vgl. auch KÖHLER, 11; SALGER, FS-Tröndle, 204.

nur schwer voneinander abgrenzen und werden teilweise synonym gebraucht.³⁴ Allen Bezeichnungen ist immerhin gemeinsam, dass es um eine psychische Reaktion einer Person zu seiner Umwelt geht.³⁵

Aus dem allgemeinen Sprachgebrauch kann man erkennen, dass es sich beim Affekt um ein psychologisches³⁶ beziehungsweise psychobiologisches³⁷ Phänomen handelt. Er kann Emotionen und Gefühlen zugeordnet werden, welche wiederum als Grundphänomene des Seelischen betrachtet werden.³⁸ Die Schwierigkeit der genauen Begriffsbestimmung ergibt sich nun daraus, dass es sich bei Gefühlen und Emotionen um Vorgänge handelt, die grundsätzlich jeder Mensch erlebt, die jedoch nur schwer allgemein begrifflich umschrieben werden können.³⁹ So steht jeder Versuch, psychische Zustände näher zu definieren, vor dem Problem, dass es um die Beschreibung und Erklärung einer inneren Tatsache geht; also letztlich um etwas nicht direkt Feststellbares.⁴⁰ So wird in diesem Zusammenhang oft folgende auf WILLAM JAMES zurückgehende Aussage wiederholt: „*Everyone knows what an emotion is [...] until one is asked to give a definition.*“⁴¹

Solchen Schwierigkeiten zum Trotz muss im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit versucht werden, die Begriffsbestimmung einzugrenzen. Dies ist aus mehreren Gründen zentral. Erstens ist die Affektproblematik interdisziplinär; stark betroffen durch Strafrecht, Forensik, Psychologie und Psychiatrie.⁴² Infolgedessen ist aufzuzeigen, wo sich die einzelnen Wissenschaftszweige überschneiden, wo es Differenzen gibt und welchem Verständnis die weiteren Ausführungen dieser Arbeit folgen. Zweitens werden nicht nur zwischen den verschiedenen Disziplinen, sondern auch innerhalb einzelner Wissenschaftszweige unterschiedliche Phänomene mit dem

³⁴ CIOMPI, 62; ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 285; vgl. auch TAG, Emotionen, 69; WOLLHEIM, 15.

³⁵ SOKOLOWSKI, 299.

³⁶ KRÜPELMANN, Affekt und Schuldfähigkeit, 4.

³⁷ CIOMPI, 63.

³⁸ WALDER, ZStrR 1965, 26; vgl. auch TAG, Emotionen, 69.

³⁹ BRANDSTÄTTER et al., 130; WALDER, ZStrR 1965, 26; vgl. auch JANZARIK, 59; MÜLLER, Vernunft der Gefühle, 7; ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 285; ULICH, 4 ff.

⁴⁰ WALDER, 25.

⁴¹ Zitiert nach FEHR/RUSSELS, Journal of Experimental Psychology: General, 464; vgl. auch HAMM, 628; OTTO/EULER/MANDL, 11; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 20.

⁴² KÖHLER, 9; vgl. auch NEDOPIL/MÜLLER, 18; REISENZEIN, Skizze, 73, der aufzeigt, dass auch verschiedene andere Wissenschaftszweige begonnen haben, sich mit Emotionen zu beschäftigen; etwa die Wirtschaftswissenschaften, die Soziologie, die Literaturwissenschaft und andere.

Begriff Affekt assoziiert.⁴³ Mit der einleitenden Begriffsbestimmung ist demzufolge einzugrenzen, welche Phänomene im Rahmen dieser Arbeit aufgearbeitet werden.

B. Strafrechtliches Begriffsverständnis

I. Allgemeine Affektdefinition

In strafrechtlichen Abhandlungen⁴⁴ zur Thematik wird oft von Affekten gesprochen, ohne dass genauer bezeichnet wird, was darunter verstanden wird. In der Regel werden lediglich die durch den Affekteinfluss entstehenden juristischen Probleme – wie etwa die Frage nach der Schuldunfähigkeit – bearbeitet, ohne sich mit der terminologischen Problematik auseinanderzusetzen.⁴⁵ Teilweise wird sogar davon ausgegangen, dass eine genauere Definition des Begriffs im juristischen Kontext nicht notwendig sei.⁴⁶ Oder es wird sich mit ganz einfachen und rudimentären Umschreibungen begnügt. WITTER etwa versteht Affekte als „Gefühlserregungen, die ihren Träger irgendwie mit dem Strafgesetz in Konflikt bringen“⁴⁷. Das Bundesgericht bezeichnet den Affekt als intensive und heftige Gemütsbewegung,⁴⁸ was keine über den allgemeinen Sprachgebrauch hinausgehende Erkenntnis liefert.

Wird der Affekt im Strafrecht behandelt, so drehen sich die Ausführungen stets um ein Affektdelikt – eine unter Einfluss eines Affekts begangene strafbare Handlung. Das heisst, der Affekt ist in diesem Kontext ein mit der Tatbege-

⁴³ Vgl. auch KRÜPELMANN, FS-Welzel, 329.

⁴⁴ Da die juristische Auseinandersetzung mit dem Affekt insgesamt und insbesondere im Hinblick auf dessen Begriffsbestimmung in der Schweiz nur sehr beschränkt stattfindet, wird im Rahmen des begriffsbestimmenden Teils neben der schweizerischen Literatur auch die übrige deutschsprachige Literatur aus Deutschland und Österreich ergänzend beigezogen.

⁴⁵ Vgl. statt vieler BGE 108 IV 99, E. 2 f.; 107 IV 103, E. 2b; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER, Art. 48 N 23; ROXIN, AT I, § 20 N 13 ff.; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 20 f.

⁴⁶ WITTER, MschrKrim 1960, 20. Daneben gibt es auch juristische Lehrmeinungen, welche eine allgemeine Affektdefinition als sinnlos erachten, da eine solche die Mannigfaltigkeit des Begriffes verdecken könnte; so etwa KRÜPELMANN, FS-Welzel, 329. Es wird dementsprechend die Terminologie an sich abgelehnt; vgl. DIESINGER, 173; andeutungsweise ebenso KRÜPELMANN, Strafrechtliche Beurteilung, 18, 39 f.

⁴⁷ WITTER, MschrKrim 1960, 20.

⁴⁸ BGE 98 IV 153, E. 3b.

hung in engem Zusammenhang stehendes Element.⁴⁹ Gelegentlich wird daher versucht, direkt den Begriff des Affektdelikts zu definieren. Als solches gelten Straftaten, bei denen der Täter seine Handlung, aufgrund einer heftigen Gemütsbewegung, nur noch eingeschränkt willentlich steuern kann.⁵⁰ Dieser Umschreibung entsprechend, wird der Affekt als heftige Gemütsbewegung verstanden, welche die Beherrschungsfähigkeit des Täters beeinträchtigt.⁵¹ Mit dieser Aufnahme der Beschränkung der Beherrschungsfähigkeit als Wesensmerkmal wird der Affektbegriff eingeschränkt. Daran anschliessend wird die heftige Gemütsbewegung als normal-psychologisch bedingte Einengung des Bewusstseins, nicht krankhafter Art bezeichnet.⁵² Der Affekt ist demnach die „Höchstform der Erregung“⁵³, bei welcher kein besonnenes Abwägen von Handlungsgründen mehr stattfindet.⁵⁴

Noch etwas genauer wird der Affekt als starke Gefühlsregung, die rasch entsteht, relativ schnell wieder abklingt, meistens von körperlichen-vegetativen Veränderungen begleitet ist und die Urteilskraft und Selbstbeherrschung der betroffenen Person mindern oder ganz ausschalten kann, beschrieben.⁵⁵ Selbst mit dieser Begrifflichkeit ist indes noch nicht restlos geklärt, was der Affekt genau ist. Um eine detaillierte Aufarbeitung des Affektbegriffs anzustreben, muss sich mit psychologischen und psychiatrischen Werken befasst werden. Der Affekt ist ein Phänomen des Gefühlslebens beziehungsweise der Emotionen des Menschen und diese werden vorwiegend durch diese Wissenschaftszweige untersucht. Dementsprechend wird in rechtlichen Abhandlungen zum Affektbegriff verschiedentlich direkt auf Ausführungen aus Psychiatrie und Psychologie verwiesen oder mit solchen Quellen gearbeitet, ohne das eine eigene juristische Definition gegeben wird.⁵⁶

⁴⁹ Vgl. ZERBES, 80 ff., die darauf hinweist, dass der Affekt „eine der intensivsten und energischsten Formen der Motivation“ darstellt und darum wesentlich ist für die Tatbegehung.

⁵⁰ BSK Strafrecht I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 70.

⁵¹ StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 113 N 2; SSW StGB-KASPAR, § 20 N 56; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 113 N 4; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 113 N 2.

⁵² BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 6.

⁵³ So bereits BGH, Urteil vom 10.10.1957, 4 StR 21/57.

⁵⁴ GEILEN, FS-Maurach, 175 f.; SCHÖNKE/SCHRÖDER-PERRON/WEIBER, § 20 N 15.

⁵⁵ THEUNE, NStZ 1999, 273; ähnlich TAG, Emotionen, 69.

⁵⁶ BEHRENDT, 13 ff.; BERNSMANN, NStZ 1989, 160; BLAU, FS-Tröndle, 110 ff.; KRÜMPELMANN, Affekt und Schuldfähigkeit, 17 ff.; KRÜMPELMANN, FS-Welzel, 330 ff.; RUDOLPHI, FS-Henkel, 199 ff.; SALGER, FS-Tröndle, 204; SCHÖNKE/SCHRÖDER-PERRON/WEIBER, § 20 N 15; WALDER, ZStrR 1965, 24 ff; vgl. auch TAG, Emotionen, 69 f.

II. Häufig verwendete Begrifflichkeiten

Fehlt in der juristischen Auseinandersetzung mit dem Affekt zwar häufig eine allgemeine Begriffsbestimmung, so werden immerhin die einzelnen Affektelelemente, welche in einer spezifischen Vorschrift gesetzlich verankert sind, genauer untersucht und definiert. Das schweizerische Strafgesetz verwendet in verschiedenen Bestimmungen den Begriff der *heftigen Gemütsbewegung*.⁵⁷ Als solche gilt ein besonderer psychologischer Zustand, der dadurch gekennzeichnet ist, dass der Täter von einer starken Gefühlsregung übermannt wird, welche seine Fähigkeit zur Einschätzung der Situation oder seine Beherrschungsfähigkeit einschränkt.⁵⁸ Es handelt sich um einen sehr weitreichenden Gemütsbegriff; ein ganzes Gefüge von Strebungen, Gefühlen und Emotionen fällt darunter.⁵⁹ Mit dieser Definition wird einmal mehr verdeutlicht, dass es beim Affekt um innere Erfahrungen eines Menschen von bestimmter Qualität geht.

Überschreitet jemand in entschuldbarer *Aufregung* die Grenzen der eigentlich zulässigen Notwehrhandlung, so handelt er gemäss Art. 16 Abs. 2 StGB nicht schuldhaft. Bei der entschuldbaren Aufregung beziehungsweise Bestürzung über den Angriff handelt es sich um bestimmte Formen des Affekts.⁶⁰ In deren Aufarbeitung wird in der Regel nur auf andere Formen des Affekts, insbesondere die heftige Gemütsbewegung, verwiesen, ohne diese Terminologie gesondert zu definieren.⁶¹

Werden Affekte im Rahmen der Schuldfähigkeit des Täters behandelt, so werden sie als Anwendungsbeispiel einer *schweren Bewusstseinsstörung* ge-

⁵⁷ Art. 48 lit. c und Art. 113 StGB. Vgl. zur genauen Definition hinten Zweiter Teil 1. Kap. B. II. 3. und Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) aa). Die gleiche Terminologie ist im österreichischen Strafrecht bekannt und wird in § 34 Abs. 1 Ziff. 8 (Strafmilderung) und § 76 Ö-StGB (Totschlag) verwendet. In Übereinstimmung damit wird der Affekt in der deutschen Strafrechtslehre vereinzelt als „besonders hochrangige Gefühlsregung“ beschrieben; vgl. etwa GEILEN, FS-Maurach, 175; ähnlich FRISCH, ZStW 1989, 540; RUDOLPHI, FS-Henkel, 201; vgl. auch BLAU, FS-Tröndle, 109, der auch in Deutschland die Begrifflichkeit „heftige Gemütsbewegung“ verwendet.

⁵⁸ BGE 119 IV 202, E. 2a; HURTADO POZO, *Partie générale*, 1533; MATHYS, Leitfaden, 177; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 82.

⁵⁹ WALDER, ZStrR 1979, 159.

⁶⁰ BSK StGB I-SEELMANN, Art. 16 N 3; DONATSCH/TAG, 284; SEELMANN/GETH, 252; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 87.

⁶¹ BSK StGB I-SEELMANN, Art. 16 N 3; vgl. zur entschuldbaren Aufregung auch hinten Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. b) cc).

nannt.⁶² Im deutschen Schrifttum wird demgegenüber der Begriff der „tiefgreifenden Bewusstseinsstörung“ verwendet.⁶³ Als solche gelten nicht krankhafte, normalpsychologische Bewusstseinsstörungen.⁶⁴ Es sind nicht mehr im Bereich des Normalen liegende Beeinträchtigungen des intellektuellen und emotionalen Erlebens der Aussenwelt.⁶⁵

Die bisherigen Ausführungen legen nahe, dass es sich beim Affekt um eine starke Gefühlsregung handelt. Dieser Einschätzung folgt die juristische Lehre, allerdings nicht geschlossen. Der Affekt beziehungsweise das Affektdelikt sind im juristischen Schrifttum nicht einheitlich verwendete Begriffe.⁶⁶ Teilweise werden unter dem Oberbegriff des Affekts etwa Zustände beschrieben, die nicht als heftige Gemütsbewegung, sondern eher als langandauernde und schwere psychische Belastung erscheinen. So wird der Affekt etwa als fortschreitende seelische Zermürbung beschrieben.⁶⁷ Demzufolge wird etwa die vom Gesetz verwendete Terminologie der *schweren psychischen Belastung*⁶⁸ teilweise als Affekt betrachtet.⁶⁹

All diese verschiedenen Begrifflichkeiten und Terminologien werden zwar genauer umschrieben, liefern aber keinen wirklichen Aufschluss über ein allgemeines Affektverständnis. Sie geben nur Aufschluss darüber, was unter einem bestimmten Teil des Affekts zu verstehen und wie dieser strafrechtlich zu beurteilen ist.

⁶² Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) cc) (2).

⁶³ ROXIN, AT I, § 20 N 13; THEUNE, NStZ 1999, 273; vgl. auch KRÖBER, Praxis, 162.

⁶⁴ ROXIN, AT I, § 20 N 13.

⁶⁵ SCHÖNKE/SCHRÖDER-PERRON/WEIBER, § 20 N, § 20 N 12.

⁶⁶ DIESINGER, 173; KRÜPELMANN, Strafrechtliche Beurteilung, 18, 39.

⁶⁷ KRÜPELMANN, FS-Welzel, 329; vgl. auch KRÜPELMANN, Strafrechtliche Beurteilung, 18 ff., wo er sich auf Straftaten im Rahmen eines lang andauernden Beziehungskonflikts bezieht.

⁶⁸ Art. 48 lit. c und Art. 113 StGB.

⁶⁹ StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 113 N 2, 5; SCHULTZ, ZStrR 1991, 402; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 113 N 2, 4; vgl. auch BGer, Urteil vom 22. August 2000, 6S.94/2000/gnd, E. 2c.

C. Psychologisches Begriffsverständnis

I. Definitionsprobleme

In der strafrechtlichen Literatur zum Affekt wird häufig auf psychologische Erkenntnisse verwiesen oder es werden psychologische Begrifflichkeiten verwendet. Folglich soll ein Überblick über die Definitionen von Affekten und die verwandten Phänomene in der Psychologie⁷⁰ gegeben werden. Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass auch das psychologische Schrifttum vor dem Problem vielfältiger, unterschiedlicher Begrifflichkeiten steht. Die psychologische Wissenschaft ist diesbezüglich (noch) nicht zu einem Konsens gelangt.⁷¹ Gerade die Begriffe Emotion und Gefühl, aber ebenso Affekt, werden verschiedentlich synonym verwendet, zum Teil hingegen klar unterschieden.⁷²

Ein wesentlicher Aspekt der Definitionsproblematik liegt im Umstand, dass es sich bei Emotionen und dergleichen um alltagspsychologische Konstrukte handelt. Sie werden von jedermann erlebt und sind dementsprechend auch ohne spezifische wissenschaftliche Vorkenntnisse oder Vokabular der Diskussion zugänglich.⁷³ Gerade weil die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Thematik erst relativ spät begann, sind viele Begrifflichkeiten durch ein alltagssprachliches Verständnis geprägt.⁷⁴ Nach diesem werden alle im vorliegenden Kontext interessierenden Phänomene als vorübergehende mentale Zustände einer Person beschrieben.⁷⁵ Die einzelnen Überbegriffe selber – insbesondere Emotionen, Gefühle und Affekte – werden nicht speziell umschrieben oder beachtet. Vielmehr stehen die einzelnen Zustände wie Freude, Trauer, Zorn, Ärger, Mitleid oder Schuld im Vordergrund. Die Emotionspsychologie

⁷⁰ Da sich die Aussagen ergänzen, werden hier die Erkenntnisse verschiedener Wissenschaftszweige zusammengefasst. Neben rein psychologischen werden etwa auch psychiatrische und neuropsychologische Ansätze miteinbezogen.

⁷¹ BRANDSTÄTTER et al., 130; GALLIKER, 15; KROHNE/TAUSCH, 9; MERTEN, 12; OTTO/EULER/MANDL, 11, 14; PARROTT, 5; SCHERER, 8; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 20; SCHÖNPFLUG, 19; VOGEL, 16 ff.

⁷² BATSON/SHAW/OLESON, 295; CIOMPI, 62; GRECO/STENNER, 10 f.; MARNEROS, Affekttaten, 25; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 23; SCHÖNPFLUG, 19; vgl. auch WOLLHEIM, 15, der Gefühl und Emotion explizit gleichsetzt; auch HÜLSHOFF, 12 ff. und ULLICH, 1 ff. verwenden Emotion und Gefühl synonym.

⁷³ GRIFFITHS, 1; VOGEL, 10; vgl. auch BOTTENBERG/DASSLER, 1; KONRAD/RASCH, 373; NEDOPIL/MÜLLER, 280; REISENZEIN, Skizze, 77; SCHMIDT-ATZERT, Struktur, 32 ff.

⁷⁴ BOTTENBERG/DASSLER, 1; VOGEL, 10 f.; vgl. auch KONRAD/RASCH, 373.

⁷⁵ REISENZEIN/HORSTMANN, 437; vgl. auch BOTTENBERG/DASSLER, 1; WOLLHEIM, 15.

nimmt diese Fokussierung auf.⁷⁶ Das heisst, die wissenschaftliche Auseinandersetzung ist häufig auf die einzelnen Gruppen der mentalen Zustände fokussiert und die nur schwer fassbaren Oberkategorien werden gewissermassen ausgeklammert.

Ein weiteres Definitions- und Aufarbeitungsproblem liegt im subjektiven Erleben der innerpsychischen Abläufe. Der Persönlichkeit des Erlebenden kommt eine erhebliche Bedeutung zu; jede Person erlebt ihr Gefühlsleben anders. Die dadurch bedingte Varietät an individuellen Emotionserfahrungen erschwert die abstrakte Aufarbeitung der Thematik.⁷⁷ Des Weiteren sind Emotionen bezüglich Erleben, Bewerten und Umgang damit kulturellen Differenzen unterworfen.⁷⁸ Zusätzlich bedingt der jeweilige Kontext das Erleben psychischer Zustände.⁷⁹ Es ist daher schwierig, über derartige Phänomene abstrakte, allgemein gültige Aussagen zu treffen.

II. Definition einzelner Begriffe

1. Emotionen

Das Wort Emotion kommt vom lateinischen *emovere*, was mit vertreiben, wegbewegen oder unterbrechen übersetzt werden kann. Als Begriff im Zusammenhang mit psychischen Zuständen wird es erst seit Beginn des 20. Jahrhunderts verwendet.⁸⁰ Nach dem heutigen Begriffsverständnis wird es gemeinhin als eigentlicher Überbegriff gebraucht. Das heisst, Emotionen umfassen mehrere Phänomene. So definieren etwa SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER: „Eine Emotion ist ein qualitativ näher beschreibbarer Zustand, der mit Veränderungen auf einer oder mehreren der folgenden Ebenen einhergeht: Gefühl, körperlicher Zustand und Ausdruck.“⁸¹ Der Terminus Emotion erfasst

⁷⁶ BOTTENBERG/DASSLER, 15; REISENZEIN, Skizze, 78, REISENZEIN/HORSTMANN, 437; ROHRACHER, 449.

⁷⁷ ROHRACHER, 449; ROST, 30; vgl. auch MEYER/REISENZEIN/SCHÜTZWOHL, 37 f., die aufzeigen, dass gerade das emotionale Erleben nur der erlebenden Person direkt zugänglich ist; ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 287; STÖBER/SCHWARZER, 192 f.

⁷⁸ Vgl. dazu BANSE, 361 ff.; BOTTENBERG/DASSLER, 2 ff. m.w.H.; BRANDSTÄTTER et al., 206 ff.; HEMERT/POORTINGA/VIJVER, 914 ff.; KELTNER/LERNER, 3331 ff.; MERTEN, 125 ff.; IZARD, 23; WEBER, 141 ff.

⁷⁹ BANSE, 360 f.

⁸⁰ SOKOLOWSKI, 296; vgl. auch HAMM, 628.

⁸¹ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 25; vgl. auch REISENZEIN/HORSTMANN, 438; ähnlich auch FRÖHLICH, 161.

neben dem gefühlsmässigen Erleben auch den körperlichen Zustand und ein dadurch bedingtes Ausdrucksverhalten.⁸²

Emotionen werden als bewusst ablaufende, psychische – beziehungsweise psychophysiologische⁸³ oder psychophysische⁸⁴ – Zustände verstanden.⁸⁵ Sie zeichnen sich durch eine Selbstbetroffenheit aus,⁸⁶ besitzen eine bestimmte Erlebnisqualität und sind oft auf bestimmte Objekte gerichtet.⁸⁷ Da es sich um Zustände handelt, haben Emotionen einen Beginn, einen spezifischen Verlauf, ein Ende und sind zeitlich begrenzt.⁸⁸ Die Dauer des Zustands ist nicht exakt definiert,⁸⁹ es handelt sich jedoch um ein relativ kurzes Zeitintervall.⁹⁰ In dieser Zeitspanne können Emotionen eine ganze Reihe von Auswirkungen haben. So können etwa Denken, Handeln oder Ausdrücke verändert werden.⁹¹ Derartige Reaktionen werden teilweise als „emotionale Erregungen“ bezeichnet.⁹² Gebräuchlich ist zudem der Begriff des „emotionalen Ausdrucks“, als solcher gilt „das beobachtbare und zeitlich befristete Verhalten einer Person, das von anderen Menschen qualitativ näher beschreibbar oder benennbar ist.“⁹³ Solche Reaktionen sind das äusserlich feststellbare Element einer Emotion, welches

⁸² OTTO/EULER/MANDL, 13 f.; vgl. auch BIRBAUMER/SCHMIDT, 712; BLANCHETTE/RICHARDS, *Cognition and Emotion* 2009, 562; ENGELMANN, 31; HAMM, 628; HÜLSHOFF, 12 f.; IZARD, 20; REISENZEIN, Skizze, 78 f.

⁸³ FRÖHLICH, 161.

⁸⁴ JANKE/DEBUS/SCHMIDT-DAFFY, 20.

⁸⁵ MEYER/REISENZEIN/SCHÜTZWOHL, 24; REISENZEIN, Skizze, 79 ff., ROHRACHER, 450; wobei er Gefühle als eigentlichen Oberbegriff verwendet und den Begriff Emotion gar nicht gebraucht; vgl. auch FRIJDA, 4.

⁸⁶ ULICH, 34 f.

⁸⁷ BRANDSTÄTTER et al., 130; KELTNER/LERNER, 318; LARSEN, *Psychological Inquiry* 2000, 130; MEYER/REISENZEIN/SCHÜTZWOHL, 24; REISENZEIN/HORSTMANN, 438; vgl. auch REISENZEIN, Skizze, 78, ROHRACHER, 450; teilweise wird auch ein Bezug zu den Werten oder Zielen einer Person beschrieben; so etwa BATSON/SHAW/OLESON, 301 m.w.H.

⁸⁸ KROHNE/TAUSCH, 9; MEYER/REISENZEIN/SCHÜTZWOHL, 24; PARROTT, 5; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 23; vgl. auch IZARD, 21 f.

⁸⁹ SOKOLOWSKI, 299.

⁹⁰ KROHNE/TAUSCH, 9.

⁹¹ LARSEN, *Psychological Inquiry* 2000, 130; PARROTT, 6; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 23 f.; ZENTNER/SCHERER, 151; vgl. zum Ausdruckselement der Emotion ausführlich ELLGRING, 85 ff.

⁹² FRÖHLICH, 161; vgl. auch SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 26, „emotionaler Ausdruck“.

⁹³ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 26.

sich insbesondere in veränderter Mimik, Gestik, Körperhaltung und Stimme ausdrückt.⁹⁴ Die emotionale Expressivität variiert je nach Person.⁹⁵

Eine Emotion wird normalerweise durch innere oder äussere Reize und/oder kognitive Prozesse – etwa Bewertungen, Vorstellungen oder Erwartungen – ausgelöst.⁹⁶ Emotionen stellen in der Regel Reaktionen auf etwas dar. Es ist allerdings davon auszugehen, dass sie teilweise auch autogen, also ohne Mitwirkung des Bewusstseins, und damit ohne eigentliche kognitive Bewertung, entstehen können.⁹⁷ So treten sie gelegentlich sogar entgegen einer bewussten Erklärung oder Ursache auf.⁹⁸

Teilweise werden gewisse Funktionsweisen von Emotionen in die Definition aufgenommen. Es wird darauf hingewiesen, dass sie dem Individuum eine spezielle Stellung zu seiner Umwelt ermöglichen: „Emotionen haben subjektive erfahrbare und objektive erfassbare Komponenten, die zielgerichtetes Verhalten begleiten bzw. fördern, das dem Organismus eine Anpassung an seine Lebensbedingungen ermöglicht.“⁹⁹

Um die Beschreibung und die Aufarbeitung einzelner Teilbereiche von Emotionen zu vereinfachen, werden diese teilweise in verschiedene Komponenten aufgeteilt: Gefühlserlebenskomponente, Ausdruckskomponente, Kognitionskomponente, Motivationskomponente, Verhaltens- beziehungsweise Handlungskomponente und somatische Komponente.¹⁰⁰ Verschiedentlich wird nicht in einzelne Komponenten geordnet, sondern zwischen verschiedenen Emotionsklassen differenziert.¹⁰¹ Ausserdem wird versucht, die gesamte Palette an

⁹⁴ ELLGRING, 85; HÜLSHOFF, 13; KELTNER/LERNER, 321 ff.; REISENZEIN/HORSTMANN, 437; vgl. auch SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 26 f.

⁹⁵ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 179 ff.

⁹⁶ FRÖHLICH, 161; KROHNE/TAUSCH, 9 f; PAULI/BIRBAUMER, 75; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 23; vgl. auch ROHRACHER, 450; ZENTNER/SCHERER, 157 ff.; vgl. auch AVERILL, 10 ff. Die Bewertung solcher Reize hängen häufig mit der Meinung bzw. Überzeugung der betroffenen Person zusammen; MEYER, Attributionstheoretische Ansätze, 106; REISENZEIN, Einschätzungstheoretische Ansätze, 117.

⁹⁷ BIRBAUMER/SCHMIDT, 717; PAULI/BIRBAUMER, 77; ROHRACHER, 450; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 23; dies ist jedoch umstritten; vgl. dazu ausführlicher Fn. 279.

⁹⁸ BIRBAUMER/SCHMIDT, 717.

⁹⁹ BRANDSTÄTTER et al., 130.

¹⁰⁰ BOTTENBERG/DASSLER, 15 f.; BRANDSTÄTTER et al., 130 f.; JANKE/DEBUS/SCHMIDT-DAFFY, 21 ff.; vgl. auch KELTNER/LERNER, 318 ff.; MERTEN, 15 ff.; MITMANSGRUBER, 17 ff.; SCHMIDT-ATZERT, Struktur, 39 ff.; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 18, 86 ff.

¹⁰¹ JANKE/DEBUS/SCHMIDT-DAFFY, 23 ff.; MERTEN, 18 ff.; vgl. auch HEMERT/POORTINGA/VIJVER, 914.

Emotionen auf einzelne Grundemotionen (auch Basis- oder Fundamentalemotionen genannt) zu reduzieren. Aus diesen sollen sich dann alle übrigen Emotionen kombinieren lassen – vergleichbar mit der Farbpalette, auf der sich alle Mischfarben aus einer kleinen Anzahl an Grundfarben mischen lassen.¹⁰² Keine dieser Einteilungsweisen oder die darin wiederum vorherrschenden Unterteilungen haben sich bisher so durchgesetzt, dass sie als vorherrschende Ansicht zu bezeichnen wären.

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass es nicht leicht ist, die Emotion auf eine kurze und prägnante Definition zu verkürzen. Insofern versuchen viele Definitionen eine Reihe der bisher beschriebenen Merkmale aufzunehmen. So etwa SCHERER: „Emotionen bestehen aus Abfolgen von aufeinander bezogenen, synchronisierten Veränderungen in den Zuständen aller fünf organismischen Subsysteme. Diese Veränderungen werden ausgelöst durch die Bewertung eines externen oder internen Reizes als bedeutsam für die zentralen Bedürfnisse und Ziele des Organismus.“¹⁰³ Eine solche umfassende Definition hat sich indes bisher nicht durchgesetzt. Der Begriff Emotion scheint keiner einheitlichen Definition zugänglich. Bereits 1981 haben KLEINGINNA/KLEINGINNA in ihrer Untersuchung 92 verschiedene Definitionen herausgearbeitet.¹⁰⁴ Terminologische Unterschiede und Auseinandersetzungen über die genaue Definition von Emotionen halten im psychologischen Schrifttum bis heute weiter an. Man ist einer einheitlichen Definition dementsprechend bisher nicht näher gekommen.¹⁰⁵ Diese Unklarheit führt dazu, dass sich die meisten Autoren mit der Angabe einer Arbeitsdefinition begnügen, die sich in der Regel aus gewissen Emotionsbestandteilen zusammensetzt, wobei diese wiederum je nach Autor in verschiedene Funktionszusammenhänge gestellt werden.¹⁰⁶ Umfassend ist die von KLEINGINNA/KLEINGINNA herausgearbeitete Definition: „Emotion ist ein komplexes Interaktionsgefüge subjektiver und objektiver Faktoren das von neuronal/humoralen Systemen vermittelt wird, die

¹⁰² BOTTENBERG/DASSLER, 17 ff.; BRANDSTÄTTER et al., 132 f.; SCHMIDT-ATZERT, Klassifikation, 180 ff.; SCHMIDT-ATZERT, Struktur, 30 ff.; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 32 ff.; SOKOLOWSKI, 299 ff.; VOGEL, 18; ZENTNER/SCHERER, 154 f.; vgl. auch HEMERT/POORTINGA/VIJVER, 914; MCDUGALL, 325 ff., der diese Unterscheidung jedoch vor allem auf die Emotionsqualität bezieht; ROHRACHER, 450 ff.; ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 293.

¹⁰³ SCHERER, 6; vgl. auch KROHNE/TAUSCH, 9 f.

¹⁰⁴ KLEINGINNA/KLEINGINNA, Motivation and Emotion 1981, 345 ff.

¹⁰⁵ Statt vieler BOTTENBERG/DASSLER, 12 m.w.H.; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 20; vgl. auch LEDOUX, Neuron 2012, 653; MEYER/REISENZEIN/SCHÜTZWOHL, 22; REISENZEIN, Skizze, 77; ROHRACHER, 449.

¹⁰⁶ JANKE/DEBUS/SCHMIDT-DAFFY, 19 f.; MERTEN, 12.

(a) affektive Erfahrungen wie Gefühle der Erregung oder Lust/Unlust bewirken können; (b) kognitive Prozesse wie emotional relevante Wahrnehmungseffekte, Bewertungen, Klassifikationsprozesse hervorrufen können; (c) ausge dehnte physiologische Anpassungen an die erregungsauslösenden Bedingungen in Gang setzen können; (c) zu Verhalten führen können, welches oft expressiv, zielgerichtet und adaptiv ist.¹⁰⁷

Aufgrund der anhaltenden Definitionsprobleme und der grossen Diversität der unter den Begriff „Emotion“ fallenden Zustände wird teilweise gefordert, von einem einheitlichen Emotionsbegriff oder -konzept Abstand zu nehmen und sich auf die einzelnen psychischen Zustände zu fokussieren.¹⁰⁸

2. Affekte

Der Begriff „Affekt“ wird in der Regel einschränkend verwendet. Nur bestimmte Erscheinungsformen von Emotionen werden darunter verstanden: kurzfristige und besonders heftige.¹⁰⁹ Es sind qualifizierte Emotionen. Der Übergang von der Emotion zum Affekt ist fließend, weshalb eine exakte Abgrenzung kaum möglich ist.¹¹⁰

Die *Intensität* des emotionalen Zustands ist das entscheidende Begriffsmerkmal.¹¹¹ Dies geht so weit, dass teilweise der durch den Gemütszustand hervorgerufene Verlust der Handlungskontrolle als Begriffselement eines Affekts aufgenommen wird.¹¹² So wird von intensiven Emotionszuständen, welche starke Verhaltenstendenzen besitzen, gesprochen.¹¹³ Mit dem Affekt gehen desorganisierende beziehungsweise einengende Wirkungen auf Erleben und Verhalten einher.¹¹⁴ Die Stärke des Emotionszustands führt dazu, dass spürbare körperliche Veränderungen wie zum Beispiel Erröten, Erblassen, Schweiss-

¹⁰⁷ KLEINGINNA/KLEINGINNA, *Motivation and Emotion* 1981, 355; Übersetzung nach MERTEN, 13.

¹⁰⁸ GRIFFITHS, 241 f.; vgl. auch RADTKE, 36; REISENZEIN, *Skizze*, 77 f.; ULICH, 31 ff.

¹⁰⁹ ENDRES, 412; FRANK, *Psychiatrie*, 10; FRÖHLICH, 161; GALLIKER, 16; MERTEN, 11; MEYER/REISENZEIN/SCHÜTZWOHL, 39; OTTO/EULER/MANDL, 13; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 30; SOKOLOWSKI, 299; vgl. auch ROTH, *Aus Sicht des Gehirns*, 167.

¹¹⁰ ROHRACHER, 460.

¹¹¹ Vgl. SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 25 f.

¹¹² ENDRES, 412; OTTO/EULER/MANDL, 13; vgl. auch GALLIKER, 16, der vom „Beiklang des Unkontrollierbaren“ spricht; ROHRACHER, 459, der von einer „Bewusstseinstrübung“ spricht.

¹¹³ FRÖHLICH, 43; SOKOLOWSKI, 299; vgl. auch MERTEN, 11, der dabei auf den juristischen Kontext hinweist.

¹¹⁴ FRÖHLICH, 161.

ausbrüche oder Knieschlottern hervorgerufen werden.¹¹⁵ Es ist jedoch nicht begriffsnotwendig, dass solche Auswirkungen äusserlich feststellbar sind. Es liegt bereits ein Affekt vor, „wenn ein Gefühl zu solcher Stärke anwächst, dass das Auftreten der Erregung und ihrer körperlichen Begleitvorgänge subjektiv spürbar wird.“¹¹⁶ Dieser Ansicht wird teilweise widersprochen, indem ein Affektkonzept vertreten wird, in welchem ausschliesslich diese verhaltens- und ausdrucksverändernden Komponenten entscheidend sind.¹¹⁷

Neben der Stärke ist mit der *Kurzfristigkeit* die zeitliche Dimension ausschlaggebend. Entsprechend zu Emotionen allgemein handelt es sich auch beim Affekt nur um einen vorübergehenden Zustand. Hier ist die zeitliche Dauer eingeschränkter, indem ein Affekt in der Regel nur für kurze Zeit anhält.¹¹⁸ Es ist jedoch nicht möglich, diese Dauer auf einen exakten Zeitraum einzugrenzen. Der Affekt entsteht regelmässig als Reaktion auf einen spezifischen Reiz. Er ist eine auf „einen situativen Reiz hin schnell anspringende, kurze und intensive emotionale Reaktion mit hoher Verhaltensbereitschaft.“¹¹⁹

Grundsätzlich können sich jegliche Emotionen in das Ausmass steigern, das sie als Affekt klassifiziert.¹²⁰ Trotzdem lässt sich schon aus persönlicher Erfahrung erkennen und zusätzlich durch psychologische Erkenntnisse stützen, dass es bei bestimmten Emotionen, insbesondere Wut und Angst, häufiger zu grossen Intensitätssteigerungen kommt. Dementsprechend gibt es Faktoren, welche die Intensität jeglicher Emotionen beeinflussen und solche, welche dies nur für bestimmte Arten von Emotionen tun.¹²¹

Auch für den Begriff des Affekts muss man konsternieren, dass in der psychologischen Literatur keine scharfe, begrifflich eindeutige Definition erarbeitet wurde,¹²² zumal der Begriff in allgemeinspsychologischen Abhandlungen keine grosse Bedeutung hat.¹²³ Ausserdem verwenden gewisse Autoren ein anderes Affektverständnis. So wird er als Oberbegriff für Emotionen und ähnliche Zustände¹²⁴ oder als Synonym für Emotion und Gefühl verwendet.¹²⁵ Gleiches

¹¹⁵ ROHRACHER, 459.

¹¹⁶ ROHRACHER, 460.

¹¹⁷ ENGELMANN, 30.

¹¹⁸ GALLIKER, 16; vgl. auch SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 30.

¹¹⁹ SOKOLOWSKI, 228; vgl. auch GALLIKER, 16.

¹²⁰ ROHRACHER, 460; vgl. auch MEES, Struktur, 19.

¹²¹ MEES, Struktur, 19 ff. m.w.H.

¹²² ROHRACHER, 458.

¹²³ ENDRES, 412; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 30.

¹²⁴ So etwa CIOMPI, 67; vgl. auch ENDRES, 412; RADTKE, 34 f.; REICHERTS et al., 11.

¹²⁵ ENDRES, 412; so etwa KERNBERG, 16 f.; SELG, 190 ff.

gilt für den englischen Begriff „*affect*“. Im Glossar des Klassifikationssystems der American Psychiatric Association wird dieser folgendermassen definiert: „A pattern of observable behaviours that is the expression of a subjectively experienced feeling state (emotion).“¹²⁶ Der Begriff wird üblicherweise als Synonym für andere Begriffe verwendet, hat also nicht die zuvor beschriebene einschränkende Bedeutung des deutschen Sprachgebrauchs.¹²⁷

3. Gefühle

Gefühle werden gemeinhin für eine engere Definition von Emotionen verwendet. Nur bestimmte Elemente des Emotionsbegriffs werden als Gefühle bezeichnet. Emotionen erfassen weitergehende Elemente und der Terminus gilt als eigentlicher Oberbegriff zum Gefühl.¹²⁸ Bei diesen wird die subjektive Erlebnisqualität in den Mittelpunkt gerückt.¹²⁹ Als Gefühl gilt dementsprechend die erlebnisbezogene Seite einer Emotion.¹³⁰ Es beschreibt, was die von der Emotion erfasste Person durch diese erlebt. Damit macht das Gefühl einen wesentlichen Aspekt der Emotion aus.¹³¹

Neben der Erlebnisqualität ist die Objektgerichtetheit ein zentrales Element des Gefühls. So beziehen sie sich in der Regel auf bestimmte Personen oder Objekte: Man fürchtet sich vor etwas oder jemandem; man ist wütend auf etwas oder jemanden und so weiter.¹³²

¹²⁶ DSM-5, Glossary; vgl. auch FRÖHLICH, 43.

¹²⁷ MEYER/REISENZEIN/SCHÜTZWOHL, 39; OTTO/EULER/MANDL, 13; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 30; SOKOLOWSKI, 299; so etwa die Verwendung bei LARSEN, *Psychological Inquiry* 2000, 130; vgl. auch BLANCHETTE/RICHARDS, *Cognition and Emotion* 2009, 562; BREHM, *Personality and Social Psychology Review* 1999, 8; GRECO/STENNER, 10 ff.; vgl. aber BATSON/SHAW/OLESON, 298 m.w.H., welche dem Begriff eine eigenständige Bedeutung zumessen, wobei sie *affect* für ein sehr generelles Konzept halten.

¹²⁸ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 23.

¹²⁹ FRÖHLICH, 161; MERTEN, 10; OTTO/EULER/MANDL, 13; REISENZEIN/HORSTMANN, 438; ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 285; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 23; anders BOTTENBERG/DASSLER, 15, die Gefühl als vorwissenschaftlichen Begriff für Emotion verwenden; ROST, 32, der Gefühl als Oberbegriff verwendet.

¹³⁰ BRANDSTÄTTER et al., 133; JANKE/DEBUS/SCHMIDT-DAFFY, 20; MITMANSGRUBER, 21; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 23; SOKOLOWSKI, 299; vgl. auch AVERILL, 13, der davon ausgeht, dass Emotionen als Gefühle interpretiert werden; HAMM, 628.

¹³¹ REISENZEIN/HORSTMANN, 438.

¹³² REISENZEIN/HORSTMANN, 438.

Gefühle werden regelmässig in verschiedene, unterscheidbare Zustände aufgeteilt.¹³³ Es besteht eine grosse Varietät solcher Zustände; dazu zählen etwa Wut, Zorn, Empörung, Hass, Angst, Furcht, Panik, Freude, Glück, Lust und viele mehr.¹³⁴ Um der Fülle an verschiedenen spezifischen Gefühlszuständen entgegenzuwirken, wird verschiedentlich versucht, Gefühle unter Oberbegriffen zusammenzufassen. Einige wenige Grundgefühle – auch Primär- oder Basisgefühle genannt – sollen ermöglichen, dass alle übrigen Zustände unter ihnen zusammengefasst werden können. Die Anzahl und die Art solcher Grundgefühle variieren je nach Autor, weshalb das Konzept umstritten ist.¹³⁵

Gefühlszustände zeichnen sich regelmässig durch spezifische, durch sie hervorgerufene Vorgänge betreffend Mimik, Verhalten, Erleben und so weiter aus. Die innere Erlebnisqualität der Emotion ist allerdings nicht zwangsweise durch die äussere Ausdrucksform beeinflusst. So ist das Gefühl selber nur der erlebenden Person direkt zugänglich und zeigt sich nicht direkt in äusserlich beobachtbaren Verhaltensreaktionen.¹³⁶ Daher ist das Gefühl grundsätzlich nur von der betroffenen Person selbst qualitativ beschreibbar.¹³⁷

4. Verwandte Begrifflichkeiten

Viele andere Begriffe liegen nahe bei den bereits beschriebenen Phänomenen. Sie sind oft nur schwer und unklar voneinander abzugrenzen.

Bei *Persönlichkeitseigenschaften* handelt es sich um Dispositionen, welche den Charakter einer Person ausmachen. Diese können sich insbesondere auf das Emotionserleben beziehen. Demnach werden Emotionen bei gewissen Personen leichter ausgelöst: die Person ist ängstlich, sensibel, jähzornig et cetera. Hauptabgrenzungskriterium zu den zuvor genannten Phänomenen ist der zeitliche Rahmen. Emotionen, Gefühle und Affekte sind Zustände und ergo zeitlich begrenzt. Persönlichkeitseigenschaften beziehen sich demgegenüber auf länger andauernde Merkmale einer Person.¹³⁸

¹³³ CIOMPI, 78 ff.; vgl. auch AVERILL, 17, der darauf hinweist, dass sich in der englischen Sprache über 500 verschiedene Begriffe finden, welche sich auf spezifische Emotionszustände beziehen; REISENZEIN/HORSTMANN, 437.

¹³⁴ Vgl. etwa die Aufzählung bei CIOMPI, 79 f.

¹³⁵ CIOMPI, 80 ff.

¹³⁶ REISENZEIN/HORSTMANN, 438.

¹³⁷ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 24.

¹³⁸ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 28; vgl. zum Verhältnis von Persönlichkeitseigenschaften und Emotionen (*state vs. trait*) beispielsweise HAMAKER/NESSERLOADE/MOLENAAR, *Journal of Research in Personality* 2007, 296 ff.; KELAVA/SCHERMELLEH-

Stimmungen unterscheiden sich von Emotionen dadurch, dass darunter schwächere und länger andauernde Zustände zu verstehen sind.¹³⁹ Sie werden als „kleine, alltägliche und low-level Emotionen“¹⁴⁰ bezeichnet. Oft fehlt ihnen ein klarer Bezug zu einem Auslöser,¹⁴¹ und damit auch die Objektgerichtetheit, wie sie für Emotionen und Gefühle üblich ist.¹⁴² Ferner sind die äusserlich wahrnehmbaren Wirkungen einer Stimmung schwächer als bei einer Emotion.¹⁴³ Die Abgrenzung zwischen den beiden Phänomenen ist häufig kaum möglich, was nicht zuletzt daran liegt, dass die Unterscheidungsmerkmale sehr vage sind.¹⁴⁴ Ausserdem werden die Begriffe nicht durchwegs voneinander abgegrenzt und teilweise synonym verwendet.¹⁴⁵

Eine etwas ältere Bezeichnung für ein emotionales Phänomen ist *Leidenschaften*. Als solche werden Handlungen bezeichnet, die von nur schwer zu zügelnden Gefühlszuständen angetrieben werden.¹⁴⁶ In der Fachliteratur findet dieser Begriff kaum mehr Verwendung.

Unter dem Begriff der *affektiven Störungen* werden nicht mit dem Affekt zu verwechselnde psychische Krankheitsbilder erfasst. Dazu gehören beispielsweise Depressionen und Manien. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass die betroffenen Personen in der Steuerung ihrer Gefühle und Emotionen beeinträchtigt sind. So reagieren Maniker häufig gereizt und aggressiv, wohingegen bei Depressionen vor allem Schuldgefühle, Angst oder wahnhaftes Verhalten im Vordergrund stehen.¹⁴⁷ Solche Störungen haben einen Einfluss auf das

ENGEL, 344 ff.; KROHNE/TAUSCH, 32 ff.; STEYER/SCHMITT/EID, *European Journal of Personality* 1999, 391 ff.

¹³⁹ BRANDSTÄTTER et al., 130; BREHM, *Personality and Social Psychology Review* 1999, 8; FRÖHLICH, 161; GALLIKER, 16; KELTNER/LERNER, 318; LARSEN, *Psychological Inquiry* 2000, 130; MERTEN, 11; MITMANSGRUBER, 30; OTTO/EULER/MANDL, 12; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 29; vgl. auch ABELE-BREHM/GENDOLLA, 299; BIRBAUMER/SCHMIDT, 712; SCHERER, 6.

¹⁴⁰ OTTO/EULER/MANDL, 12.

¹⁴¹ BIRBAUMER/SCHMIDT, 712; FRÖHLICH, 161; GALLIKER, 16; MERTEN, 11; MEYER/REISENZEIN/SCHÜTZWOHL, 40; MITMANSGRUBER, 30; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 29.

¹⁴² BRANDSTÄTTER et al., 130; KELTNER/LERNER, 318; LARSEN, *Psychological Inquiry* 2000, 130; REISENZEIN/HORSTMANN, 438.

¹⁴³ BIRBAUMER/SCHMIDT, 712; LARSEN, *Psychological Inquiry* 2000, 130.

¹⁴⁴ MITMANSGRUBER, 30.

¹⁴⁵ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 29.

¹⁴⁶ ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 285; vgl. auch *Die Brockhaus Enzyklopädie Online*, *Leidenschaft*.

¹⁴⁷ HOFF/SAB, 85 ff.; LAUX, 1497 ff. jeweils m.w.H.; vgl. auch BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 33.

emotionale Befinden des Betroffenen, dennoch sind sie im vorliegenden Kontext auszuklammern. So geht es beim Affekt um starke Emotionen ohne Krankheitscharakter. Wie in der Einleitung erwähnt, wird in dieser Arbeit nur der normalpsychologische Affekt behandelt.

III. Schlussfolgerung zum psychologischen Begriffsverständnis

In der psychologischen Literatur herrscht keine Klarheit über das begriffliche Verständnis der vorliegend zu interessierenden psychischen Zustände. Obwohl sich keine eindeutige, unumstrittene Definition finden lässt, lässt sich immerhin ein grundlegendes Verständnis von Emotionen und Affekten gewinnen:

- *Emotionen* sind in der Regel bewusst ablaufende, episodische, psychische Zustände wie beispielsweise Freude, Furcht, Hoffnung, Enttäuschung oder Ärger. Sie werden von den betroffenen Personen als Gefühl wahrgenommen und zeichnen sich durch Erlebnisqualität und Objektbezogenheit aus. Sie werden regelmässig durch emotionsspezifische physiologische Veränderungen, Ausdrucksreaktionen und Handlungen begleitet.¹⁴⁸
- Als *Affekte* gelten kurzfristige und sehr heftige Emotionen, welche ausgeprägte Verhaltensreaktionen bewirken und die Handlungskontrolle zumindest erschweren.¹⁴⁹ Dabei ist ausreichend, dass der emotionale Druckzustand und seine Auswirkungen von der betroffenen Person subjektiv wahrgenommen werden. Eine äusserlich feststellbare „makroskopische“ Auswirkung ist nicht erforderlich.¹⁵⁰

D. Forensisches Begriffsverständnis

Bei der forensischen Psychiatrie handelt es sich um ein Spezialgebiet der Psychiatrie. Sie befasst sich mit der Begutachtung und Behandlung von psychisch kranken Rechtsbrechern¹⁵¹ und bewegt sich damit im Schnittbereich zwischen Recht und Psychiatrie.¹⁵² Der Affekt als psychologisches Phänomen, welches

¹⁴⁸ Definition angelehnt an REISENZEIN/HORSTMANN, 438.

¹⁴⁹ Definition angelehnt an SOKOLOWSKI, 299.

¹⁵⁰ ROHRACHER, 460.

¹⁵¹ NEDOPIL/MÜLLER, 18; vgl. zur forensischen Psychiatrie in der Schweiz RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 1691 f.

¹⁵² NEDOPIL/MÜLLER, 18; vgl. auch OEFELE, 1 f.

auch im Strafrecht relevant ist, wird von der forensischen Psychiatrie besonders beachtet. Allerdings wird die Frage nach Begriffsdefinitionen nicht für Phänomene wie Emotionen oder Affekte aufgeworfen. Es wird vielmehr bereits ein Bezug zu den für die strafrechtliche Bewertung relevanten Umständen des Affekts getätigt. Im Fokus der Beurteilung und somit ebenso der begrifflichen Umschreibung steht die *Affekttat* beziehungsweise das *Affektdelikt*. Demzufolge ist die forensische Aufarbeitung der Thematik stark an strafrechtliche Begrifflichkeiten angelehnt. In verschiedenen Werken wird daher keine eigene Begriffsbestimmung des Affekts oder der Affekttat vorgenommen, sondern es wird lediglich – oder zumindest überwiegend – die tiefgreifende Bewusstseinsstörung¹⁵³ behandelt, die als Hauptanwendungsfall des Affekts gesehen wird.¹⁵⁴ Dieser Umstand führt insbesondere dazu, dass die Thematik in der forensischen Literatur sehr zielorientiert aufgearbeitet wird. Es wird primär untersucht, ob und wann ein Affekt als tiefgründige Bewusstseinsstörung zu behandeln ist. Auf eine vorangehende Begriffsdefinition des Affekts oder der Affekttat wird mehrheitlich verzichtet.

I. Definition der Affekttat

1. An das psychologische Begriffsverständnis angelehnte Definition

Sofern eine Affektdefinition gegeben wird, lehnt man sich in der forensischen Literatur teilweise an das psychologische Affektverständnis an. Als Affekttaten gelten demnach Delikte, bei denen eine hochgradige Erregung beziehungsweise eine gefühlsmässige Ausnahmesituation¹⁵⁵ das Handeln wesentlich beeinflussen.¹⁵⁶ Als typische Emotionen werden etwa Wut, Angst, Zorn oder Verzweiflung aufgezählt.¹⁵⁷ Unklar ist, welche Intensität die Gemütsbewegung erreichen muss, damit sie das Handeln wesentlich beeinflusst. Man geht davon aus, dass grundsätzlich bei vielen Handlungen – insbesondere bei strafbaren

¹⁵³ Dieser Terminus wird im deutschen Strafgesetzbuch zur Umschreibung der Schuldfähigkeit verwendet (§ 20 D-StGB). Vgl. zur Frage der Schuldfähigkeit bei einem Affektdelikt hinten Zweiter Teil I. Kap. A. III.

¹⁵⁴ RÖSLER et al., 114; vgl. auch FOERSTER/VENZLAFF, 282; KONRAD/RASCH, 372; NEDOPIL/MÜLLER, 279 f.

¹⁵⁵ So etwa OEFELE, 76; vgl. auch ENDRES, 412.

¹⁵⁶ ENDRES, 412; HORN, 163; NEDOPIL/MÜLLER, 279; vgl. auch GREUEL, *Schuldfähigkeitsbegutachtung*, 111; KONRAD/RASCH, 372; SAB, *Nervenarzt* 1983, 558; auch JANZARIK, 57 ff., geht in seinem Aufsatz implizit von einem solchen Begriffsverständnis aus.

¹⁵⁷ KONRAD/RASCH, 372; ähnlich HORN, 163.

Handlungen – Emotionen eine entscheidende Rolle spielen.¹⁵⁸ Bezüglich der Frage, wann eine emotionale Erregung als hochgradig zu verstehen ist und somit als Affekt gilt, folgt die forensische Literatur in der Regel dem psychologischen Begriffsverständnis. Als Affekt gilt demnach ein abrupt auftretendes, starkes Gefühl von kurzer Dauer, welches körperlich-vegetative Begleiterscheinungen hervorruft.¹⁵⁹ Gewisse Autoren sprechen diesbezüglich nicht von einem Affekt, sondern vom „affektiven Durchbruch“. Dabei handelt es sich „um kurzdauernde, meist aus einer Konflikt- oder Belastungssituation entstehende seelische Ausnahmezustände“¹⁶⁰. Zur Annahme eines Affektdelikts ist vorausgesetzt, dass die Gefühlregung des Täters eine erhebliche Intensität erreichte und seinen Handlungsentschluss wesentlich beeinflusste. Es ist indes kein heftiger Affekt zu fordern; die Heftigkeit ist bereits Wesensmerkmal des Affektbegriffs.¹⁶¹

Im forensischen Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass nur normalpsychologische Zustände als Affekt erfasst werden. So werden unter dem Begriff des Affektdelikts nur diejenigen Taten untersucht, die von psychisch nicht erheblich kranken oder abnormen Tätern, die sich jedoch in einer emotionalen Ausnahme-situation befanden, begangen wurden.¹⁶² Täter mit Affektstörungen oder anderen psychischen Krankheiten, welche zur heftigen Gemütsbewegung führen, sind psychiatrisch anders zu bewerten und werden in der Affektfrage, wo es um ansonsten psychisch gesunde Täter geht, ausgeklammert.¹⁶³ Beim Affekt handelt es sich folglich um heftige emotionale Zustände einer nicht psychisch kranken Person, welche für sich alleine nicht das Ausmass einer psychischen Störung erreichen.

Im Hinblick auf die Funktion der forensischen Psychiatrie wird zuweilen eine sehr zurückhaltende Definition gewählt. Bei Affektdelikten handle es sich um Taten, bei denen der Gutachter mit der Frage konfrontiert sei, ob die möglicherweise hohe affektive Erregung zum Tatzeitpunkt an eine De- oder Exkulpation

¹⁵⁸ KRÖBER, Affektdelikts, 77; MARNEROS, FS-Nedopil, 139; NEDOPIL/MÜLLER, 279.

¹⁵⁹ MARNEROS, FS-Nedopil, 139; RAUCH, 200; SAB, Nervenarzt 1983, 558; vgl. auch ENDRES, 412; FOERSTER/VENZLAFF, 284; KONRAD/RASCH, 372.

¹⁶⁰ FOERSTER/VENZLAFF, 284.

¹⁶¹ Vgl. MAIER/MÖLLER, 189.

¹⁶² FOERSTER/VENZLAFF, 282; KONRAD/RASCH, 372; NEDOPIL/MÜLLER, 279 f.; OEFELE, 76; SAB, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2012, 187; SAB, Fortschritte der Neurologie Psychiatrie 1985, 55; SAB, Nervenarzt 1983, 558; a.M. HORN, 163.

¹⁶³ Ähnlich SAB, Nervenarzt 1983, 558.

tion denken lasse.¹⁶⁴ Ein solches Begriffsverständnis vermag indes nicht zu überzeugen. Indem die hohe Erregung des Täters zum Tatzeitpunkt auch hier begriffsgegeben ist, grenzt es sich nur durch die Aufnahme der richterlichen Gutachtensauftragserteilung vom vorne benannten Affektverständnis ab. Die Anknüpfung an die Auftragserteilung kann dem Phänomen nicht gerecht werden. Sie alleine kann für die Behandlung einer Straftat als Affektdelikt nicht relevant sein. Der Sachverständige hat im Gutachten vielmehr zu bestimmen, ob ein Affekt tatsächlich massgebend für die Tatbegehung war.¹⁶⁵

Der Begriff der Affekttat wird im forensischen Schrifttum zuweilen kritisch betrachtet. Da Taten, die unter Einfluss affektiver Ausnahmezustände begangen werden, keinesfalls eine homogene Gruppe darstellen, ist eine Vereinheitlichung unter einem Oberbegriff sehr schwierig. Solche Delikte treten mit verschiedenem Erscheinungsbild auf und die darüber zu treffenden forensisch-psychiatrischen Folgerungen sind unterschiedlich, weshalb angeregt wird, auf den Pauschalbegriff Affekttat zu verzichten.¹⁶⁶

Nach Durchsicht der forensischen Literatur kann man feststellen, dass sich keine exakte Definition der Affekttat durchgesetzt hat.¹⁶⁷ In Übereinstimmung mit den zuvor erarbeiteten psychologischen Begrifflichkeiten überzeugt die Definition von ENDRES: „Mit «Affekttat» meint man aber üblicherweise eine Gewalttat, bei der hochgradige emotionale Reaktionen eine bestimmende Wirkung haben, also eine Tat, die nicht geplant, sondern aus einem Konflikt heraus begangen wird, im Zustand höchster emotionaler Erregung und eben nicht planvoll und aufgrund rationaler Abwägung.“¹⁶⁸ Diese Definition macht deutlich, dass sich der Täter zum Tatzeitpunkt in einer hochgradigen affektiven Erregung befand, welche entscheidend zu seinem Handlungsentschluss beigetragen hat.

¹⁶⁴ So KRÖBER, Affektdelikt, 79, der mit diesem Verständnis den Begriff „Affektdelikt“ umgehen will.

¹⁶⁵ Vgl. zur gutachterlichen Feststellung des Affekts hinten Zweiter Teil 3. Kap.

¹⁶⁶ FOERSTER/VENZLAFF, 283; kritisch auch KRÖBER, Affektdelikt, 77 ff.; vgl. auch KRÜMPPELMANN, Strafrechtliche Beurteilung, 39 f.; SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 350.

¹⁶⁷ KRÖBER, Affektdelikt, 79; vgl. auch MARNEROS, Affekttaten, 1 ff.

¹⁶⁸ ENDRES, 412.

2. Begrenzung auf schwere akute Belastungssituationen nach ICD-10

Gewisse Autoren folgern aus der Funktion der forensischen Psychiatrie, dass eine Affekttat nur dann angenommen werden kann, wenn eine psychopathologische Diagnose gestellt werden kann.¹⁶⁹ Da es bei Affekten um plötzlich auftretende Situationen ohne vorangehende Krankheitsgeschichte geht, kommt dafür insbesondere die *schwere akute Belastungssituation* nach ICD-10 in Frage.¹⁷⁰ Mit der Anknüpfung an dieses medizinische Diagnoseklassifikationssystem soll eine Loslösung von juristischen Begrifflichkeiten ermöglicht werden. So kritisiert insbesondere MARNEROS die starke Ausrichtung des forensischen Affektverständnisses an den psychopathologisch unklaren und an §§ 20 und 21 D-StGB angelehnten Begriff der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung.¹⁷¹ Das Augenmerk des Psychiaters soll mit diesem Vorgehen auf die psychophysiologischen Auswirkungen des Affekts gelenkt werden.¹⁷² Nur wenn diese eine Klassifikation nach ICD-10 ermöglichen, soll ein relevanter Affekt angenommen werden.

Als schwere akute Belastungssituation gilt nach ICD-10 „[e]ine vorübergehende Störung, die sich bei einem psychisch nicht manifest gestörten Menschen als Reaktion auf eine aussergewöhnliche physische oder psychische Belastung entwickelt, und die im allgemeinen innerhalb von Stunden oder Tagen abklingt. Die individuelle Vulnerabilität und die zur Verfügung stehenden Bewältigungsmechanismen (Coping-Strategien) spielen bei Auftreten und Schweregrad der akuten Belastungsreaktionen eine Rolle. Die Symptomatik zeigt typischerweise ein gemischtes und wechselndes Bild, beginnend mit einer Art von "Betäubung", mit einer gewissen Bewusstseinsminderung und eingeschränkter Aufmerksamkeit, einer Unfähigkeit, Reize zu verarbeiten und Desorientiertheit. Diesem Zustand kann ein weiteres Sichzurückziehen aus der Umweltsituation folgen [...] oder aber ein Unruhezustand und Überaktivität [...]. Die Symptome erscheinen im Allgemeinen innerhalb von Minuten nach dem belastenden Ereignis und gehen innerhalb von zwei oder drei Tagen, oft innerhalb von Stunden zurück. Teilweise oder vollständige Amnesie [...] kann

¹⁶⁹ MARNEROS, Affekttaten, 109; vgl. auch FOERSTER/VENZLAFF, 283; NEDOPIL/MÜLLER, 282 f.

¹⁷⁰ FOERSTER/VENZLAFF, 287; MARNEROS, Affekttaten, 110 ff.; NEDOPIL/MÜLLER, 282 f.; vgl. auch KONRAD/RASCH, 372 f.

¹⁷¹ MARNEROS, Affekttaten, 110.

¹⁷² NEDOPIL/MÜLLER, 282 f.

vorkommen. Wenn die Symptome andauern, sollte eine Änderung der Diagnose in Erwägung gezogen werden.¹⁷³

Die schwere akute Belastungssituation umfasst hiermit einige Elemente, welche dem psychologischen Affektbegriff entsprechen. So führt die belastende Situation zu einer Art Betäubung des Betroffenen, welche sich in einer dadurch ausgelösten, spezifischen Reaktion zeigt. Die Definition lässt ausserdem klar erkennen, dass nicht affektive Störungen, sondern Reaktionen einer ansonsten nicht kranken Person auf eine Belastungssituation erfasst sind. Vergleicht man die Umschreibung jedoch mit dem psychologischen Affektverständnis oder den daran orientierten Definitionen in der forensischen Literatur, fehlt klarerweise die Konzentration auf die emotionale Sondersituation, in welcher sich der Betroffene befindet. Insofern ist davon auszugehen, dass sich der Affekt im psychologisch verstandenen Sinne nicht mit der schweren akuten Belastungssituation nach ICD-10 deckt.¹⁷⁴ Ein Affekt kann unter Umständen zu einer psychischen Störung in diesem Sinne führen, kann aber ebenso unter diesem Niveau bleiben. So ist mehrheitlich anerkannt, dass es für einen Affekt keines Krankheitsbefundes bedarf. Es handelt sich um heftige Emotionsausbrüche von ansonsten gesunden Personen, die nicht spezifisch für eine psychische Störung sind.¹⁷⁵

3. Abgrenzung von Impulstaten

Vereinzelt wird der am psychologischen Verständnis angelehnte Begriff als *Affektdelikte im engeren Sinne* bezeichnet.¹⁷⁶ In einem weiteren Verständnis wird demgegenüber eine Reihe von zusätzlichen Verhaltensweisen unter den Affektbegriff gefasst. Darunter werden beispielsweise impulsive Aggressionstaten reizbarer und rücksichtsloser Menschen, der rasche Schlagabtausch in der aufgeheizten Atmosphäre einer Wirtshausprügelei, die "kopflöse" Augenblicksreaktion bei Katastrophen und in Paniksituationen, Affekthandlungen bei Versagens- und Fluchtreaktionen, sexuelle Spontanentgleisungen, Handlungen im "rational gesteuerten" oder protrahierten Affekt sowie viele weitere Vorgänge gezählt.¹⁷⁷

¹⁷³ ICD-10, F 43.0.

¹⁷⁴ Ebenso THEUNE, NStZ 1999, 274; ebenfalls kritisch SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 368.

¹⁷⁵ NEDOPIL/MÜLLER, 279 f.

¹⁷⁶ So etwa SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 350; SAB, Nervenarzt 1983, 558.

¹⁷⁷ MARNEROS, Affekttaten, 1 f.; SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 350; SAB, Nervenarzt 1983, 557 f.

Das weite Begriffsverständnis ist problematisch, da sehr viele nicht homogene Verhaltensweisen in einer Kategorie zusammengefasst werden.¹⁷⁸ MARNEROS nimmt deshalb eine explizite Unterscheidung vor und bezeichnet Affektdelikte im weiteren Sinne als *Impulstaten*.¹⁷⁹ Die Unterscheidung zum Affektdelikt umschreibt er so: „Eine Impulstat ist häufig der sprichwörtliche «Blitz aus heiterem Himmel», während das Affektdelikt bildhaft als der «Regensturm, aus seit langem am Himmel zusammengebrauten dunklen Wolken» zu bezeichnen ist. [...] Als Impulstaten werden all diejenigen impulsiv durchgeführten, nicht geplanten aggressiven Handlungen bezeichnet, bei denen keine spezifische, aus einer selbstdefinitionsrelevanten Täter-Opfer-Beziehung abgeleitete Vorgeschichte der Tat vor der aktuellen Tatsituation bestanden hat. [...] [Es] fehlt die besondere interaktionale, psychodynamische und nicht ephemere spezifische aus der selbstdefinitionsrelevanten Täter-Opfer-Beziehung abgeleitete Vorgeschichte, die für die Affektdelikte charakteristisch ist. [...] Affekttaten sind impulsiv-aggressive Handlungen, begangen im Zustand hoch gespannter Affektregung, gerichtet an einen relevanten Anderen und gekennzeichnet durch eine spezifische Vorgeschichte der Tat, abgeleitet aus der selbstdefinitionsrelevante[n] Täter-Opfer-Beziehung.“¹⁸⁰ Beiden Kategorien sei gemeinsam, dass es impulsiv-aggressive Handlungen seien, bei denen sich eine hoch gespannte Affektregung entscheidend auswirkt.¹⁸¹

Der ausschlaggebende Punkt dieser Unterscheidung besteht darin, dass Affektdelikte damit grundsätzlich auf Beziehungsdelikte reduziert werden.¹⁸² Führt ein anderer Umstand zu einer heftigen emotionalen Reaktion einer Person, welche unter diesem Einfluss eine Straftat begeht, so wäre sie als Impulstat zu verstehen. Eine solche kann indes gleichermassen dazu führen, dass die Beherrschungsfähigkeit der betroffenen Person beeinträchtigt ist. Dementsprechend geht MARNEROS davon aus, dass bei den Impulstaten die schwere Kontrollierbarkeit ebenfalls als Charakteristikum besteht und daher nicht allgemein davon ausgegangen werden kann, dass sie ausschliesslich in Ausnahmesitua-

¹⁷⁸ MARNEROS, FS-Nedopil, 139; MARNEROS, Affekttaten, 2; vgl. zur Heterogenität von Affektdelikten auch JANZARIK, 75 f.

¹⁷⁹ MARNEROS, Affekttaten, 2; MARNEROS, Nervenarzt 2007, 1283.

¹⁸⁰ MARNEROS, Affekttaten, 76 f.; vgl. auch MARNEROS, Nervenarzt 2007, 1283 ff.

¹⁸¹ MARNEROS, Affekttaten, 78 f.; vgl. auch MARNEROS, Nervenarzt 2007, 1288.

¹⁸² MARNEROS, FS-Nedopil, 140; MARNEROS, Affekttaten, 77; vgl. auch KRÖBER, Affektdelikt, 77 f. m.w.H.; MK-STRENG, § 20 N 75; ähnlich auch die Verwendung bei KRÜMPELMANN, Strafrechtliche Beurteilung, 18 ff.

tionen die Schuldfähigkeit des Täters tangieren können.¹⁸³ Folglich ist auch bei Impulstaten eine umfassende Schuldfähigkeitsprüfung vorzunehmen.¹⁸⁴

Wie bereits in der Einleitung dargelegt, geht es im vorliegenden Kontext darum, die strafrechtliche Relevanz von heftigen Gemütsbewegungen eines Täters bei der Begehung einer Straftat zu beurteilen. Somit liegt der Fokus auf dem emotionalen Zustand des Täters zum Zeitpunkt der Tatbegehung, weshalb sich die Unterscheidung in Beziehungsdelikt und Nicht-Beziehungsdelikt nicht aufdrängt, zumal sie auch nicht sinnvoll erscheint. In Anlehnung an das psychologische Affektverständnis ist einzig entscheidend, ob sich der Täter zum Tatzeitpunkt in einer emotionalen Ausnahmesituation befand, die sein Verhalten erheblich beeinflusste. Demnach wird von gewissen Vertretern der forensischen Psychiatrie nicht die Täter-Opfer-Beziehung ins Zentrum gestellt, sondern die durch eine heftige Gemütsbewegung hervorgerufenen psychopathologischen Auffälligkeiten des Täters im Umfeld der Tat, wozu insbesondere die Einengung des Bewusstseinsfelds gehört.¹⁸⁵ Die Erkenntnis, dass einige Vertreter der forensischen Psychiatrie die gerade beschriebene Unterscheidung treffen, ist dennoch entscheidend. So schwingt sie teilweise in der Beschreibung von Affektmerkmalen mit und wird in gewissen gerichtlichen Gutachten verwendet.¹⁸⁶ Ergo muss sich für jegliche Aussagen über Affektdelikte immer der Kontext und das verwendete Begriffsverständnis vergegenwärtigt werden, um die Ausführungen richtig interpretieren zu können.

II. Merkmale einer Affekttat

1. Der SAß-Katalog

Ein entscheidendes Problem des Affekts ist dessen Feststellbarkeit. So kommt es wie gezeigt grundsätzlich nicht auf eine äusserlich wahrnehmbare Wirkung der heftigen Emotion an, um einen Affekt anzunehmen. Um das emotionale Befinden eines Straftäters allerdings richterlich beurteilen zu können, muss zuerst geklärt werden, ob tatsächlich ein Affekt vorgelegen hat oder nicht. Wäre bloss die subjektive Einschätzung der jeweiligen Person entscheidend, wäre die Frage nach dem Affektdelikt richterlich nicht beantwortbar.¹⁸⁷ Um

¹⁸³ MARNEROS, Affekttaten, 2, 77.

¹⁸⁴ MARNEROS, Affekttaten, 123 ff.

¹⁸⁵ KONRAD/RASCH, 375; NEDOPIL/MÜLLER, 281; auch von juristischer Seite her wird die Unterscheidung von Impulstaten und Affekttaten hinterfragt; vgl. FISCHER, § 20 N 30.

¹⁸⁶ Vgl. OGer ZH, Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. III. 2.1.1.3.a.

¹⁸⁷ ROHRACHER, 460.

diesem Feststellungsproblem entgegenzuwirken, wurden in der forensischen Literatur verschiedene Merkmale herausgearbeitet, welche das Bestehen eines Affekts objektivieren und bei deren Vorliegen auf eine Affekttat geschlossen werden kann. Diese Beschreibungsmerkmale beeinflussen wiederum, was unter einem Affektdelikt verstanden wird.

Betrachtet man die ältere forensische Literatur zum Affektdelikt, so lassen sich keine konsistenten Beschreibungen finden.¹⁸⁸ Darum wurde versucht, die Erkenntnisse aus der früheren Literatur zusammenzutragen und daraus eine Aufstellung über die typischen Merkmale einer im Affekt begangenen Straftat zu erhalten. Am bedeutendsten und bis heute weiterhin rezipiert sind die von SAB in seinem 1983 veröffentlichten Aufsatz zu den Affektdelikten erarbeiteten Kataloge. Er analysierte die bisherige Literatur und listete die häufig anzutreffenden Merkmale, die für beziehungsweise gegen die Annahme einer affektiv motivierten Straftat sprechen, auf:

Typische Merkmale eines Affektdelikts nach SAB ¹⁸⁹

- | |
|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Spezifische Vorgeschichte der Tat 2. Affektive Ausgangssituation 3. Psychopathologische Disposition der Persönlichkeit 4. Konstellative Faktoren 5. Abrupter, elementarer Tatverlauf ohne Sicherungstendenzen 6. Charakteristischer Affektauf- und -abbau 7. Folgeverhalten mit schwerer Erschütterung 8. Einengung des Wahrnehmungsfelds und der seelischen Abläufe 9. Missverhältnis zwischen Tatanstoss und Reaktion 10. Persönlichkeitsfremdheit |
|--|

¹⁸⁸ SAB, Nervenarzt 1983, 562.

¹⁸⁹ SAB, Nervenarzt 1983, 562 ff.; vgl. auch SAB, Fortschritte der Neurologie Psychiatrie 1985, 61, wo die Liste noch leicht modifiziert wurde.

Merkmale die gegen die Annahme eines Affektdelikts sprechen nach SAB¹⁹⁰

1. Aggressive Vorgestalten in der Fantasie
2. Ankündigung der Tat
3. Aggressive Handlungen in der Tatanlaufzeit
4. Vorbereitungshandlungen für die Tat
5. Konstellierung der Tatsituation durch den Täter
6. Fehlender Zusammenhang Provokation-Erregung-Tat
7. Zielgerichtete Gestaltung des Tatablaufs vorwiegend durch den Täter
8. Lang hingezogenes Tatgeschehen
9. Komplexer Handlungsablauf in Etappen
10. Erhaltene Introspektionsfähigkeit bei der Tat
11. Exakte, detailreiche Erinnerung
12. Zustimmende Kommentierung des Tatgeschehens
13. Fehlen von vegetativen, psychomotorischen und psychischen Begleiterscheinungen heftiger Affekterregung

An SAB angelehnten Aufstellungen der typischen Affektmerkmale dominieren bis heute die forensische Diskussion.¹⁹¹ Die Liste der Merkmale hat darüber hinaus Eingang in die juristische Literatur gefunden. So wird immer wieder darauf verwiesen, um typische Erkennungszeichen einer Affekttat darzustellen. Vor allem in Deutschland wird der Katalog breit rezipiert.¹⁹² Doch auch in der Schweiz wird vereinzelt auf die Merkmale nach SAB Bezug genommen.¹⁹³

¹⁹⁰ SAB, Nervenarzt 1983, 567 ff.; vgl. auch SAB, Fortschritte der Neurologie Psychiatrie 1985, 61, wo die Liste noch leicht modifiziert wurde; kritisch zum Negativkatalog STELLER, 137.

¹⁹¹ Satt vieler FOERSTER/VENZLAFF, 290; GREUEL, Schuldfähigkeitsbegutachtung, 112 ff.; HOFMANN/EBNER, Psychiatrie & Psychotherapie 2010, 152; KONRAD/RASCH, 374; LAMBERTI, Zeitschrift für Neuropsychologie 2009, 222 f.; MARNEROS, Affekttaten, 8 ff.; NEDOPIL/MÜLLER, 282; SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 351.

¹⁹² SSW StGB-KASPAR, § 20 N 59 ff.; SALGER, FS-Tröndle, 208 f.; MK-STRENG, § 20 N 76; THEUNE, NStZ 1999, 274; ZABEL, 42; vgl. auch KONRAD/RASCH, 374; MAATZ, Nervenarzt 2005, 1394; SCHÖNKE/SCHRÖDER-PERRON/WEIBER, § 20 N 15. Auch in der österreichischen Lehre finden sich Verweise auf den SAB-Katalog; so etwa SbgK-VELTEN, § 76 N 14; vgl. auch ZERBES, 92 ff.

¹⁹³ MAIER/MÖLLER, 187 f.

2. Kurze Beschreibung der Merkmale

Im Folgenden werden die einzelnen Merkmale, welche gemäss SAB für die Annahme eines Affektdelikts sprechen, kurz erläutert. Dies ermöglicht ein vertieftes Verständnis dessen, was im forensischen Kontext als Affektdelikt bezeichnet wird.

a) Spezifische Vorgeschichte der Tat

Wie bereits bei der Abgrenzung zur Impulstat angedeutet, wird von forensischer Seite oft die Täter-Opfer-Beziehung ins Zentrum gerückt. So wird davon ausgegangen, dass Affektdelikten eine oft wochen- oder gar jahrelange Periode andauernder, innerer und äusserer Konflikte vorausgeht.¹⁹⁴ Demgemäss wird die Tötung des Intimpartners häufig als wichtigstes Beispiel für ein Affektdelikt verwendet.¹⁹⁵

Als spezifische Vorgeschichte eines Affektdelikts verweisen Vertreter der forensischen Psychiatrie häufig auf sich zuspitzende Situationen. Andauernde und sich kumulierende, traumatische Ereignisse würden zu einer chronischen Affektspannung, einem eigentlichen „Affektstau“, führen.¹⁹⁶ Die andauernde Anspannung führt zu einer spezifischen Tatanlaufzeit. Es kommt zu zunehmenden Erlebniseinengungen, Isolierung, sozialer Ausgliederung, Selbstentfremdung und Konfluenz der Antriebe.¹⁹⁷ Diese aufgestaute Anspannung entlädt sich schliesslich im Delikt.

Andere Autoren sehen die Täter-Opfer-Beziehung hingegen nicht als zwingende Voraussetzung eines Affektdelikts.¹⁹⁸ So wird darauf hingewiesen, dass es gerade im Rahmen von Schreck- oder Panikreaktionen immer wieder Delikte gibt, welche sich gegen „Zufallsopfer“ richten. Affektdelikte können also

¹⁹⁴ SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 351 f.; SAB, Nervenarzt 1983, 563; vgl. auch ZERBES, 96 ff.

¹⁹⁵ FOERSTER/VENZLAFF, 286; HOFF, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2010, 241; KONRAD/RASCH, 373; SAB, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2012, 186 ff.; SAB, Nervenarzt 1983, 562; vgl. auch LEYGRAF, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2015, 211; MAATZ, Nervenarzt 2005, 1389; ausführlich zu dieser speziellen Konstellation MARNEROS, Intimidid, 1 ff. m.w.H.; RASCH, 1 ff.

¹⁹⁶ FRANK, Psychiatrie, 11; SAB, Nervenarzt 1983, 563; ähnlich KONRAD/RASCH, 373.

¹⁹⁷ SAB, Nervenarzt 1983, 563.

¹⁹⁸ HORN, 163; KONRAD/RASCH, 373.

ohne spezifische Täter-Opfer-Konstellation auftreten.¹⁹⁹ Im Einklang mit dem psychologischen Affektverständnis wird darauf aufmerksam gemacht, dass keine spezifische Vorgeschichte vorausgesetzt ist. So handle es sich bei Affektdelikten „um in einer ganz alltäglichen Situation entstandene Aggressionstaten [...] oder um sthenische Kurzschluss- oder Explosivreaktionen ohne spezifische Vorgeschichte.“²⁰⁰

b) Affektive Ausgangssituation

Unter Berücksichtigung der gerade beschriebenen Ausgangslage wird davon ausgegangen, dass sich der Täter unmittelbar vor der Tat in einer speziellen affektiven Ausgangssituation befindet. Bildlich gesprochen, handelt es sich um den randvollen Eimer, welcher durch den letzten Tropfen zum Überlaufen gebracht wird.²⁰¹ Der Täter befindet sich aufgrund der Umstände in einer eigentlichen Tatbereitschaft.²⁰² In diesem Zustand ist die Tat die am nächsten liegende Option, um auf eine bestimmte Veränderung der Umstände zu reagieren.²⁰³ Der Täter gerät in den „Sog der Situation“.²⁰⁴ Jedoch ist zu beachten, dass praktisch jegliche Straftaten mit einem vorgängigen veränderten Motivationsgefüge einhergehen. Daher ist dieses Merkmal nicht auf Affektdelikte beschränkt.²⁰⁵

c) Täterpersönlichkeit

Viele Autoren gehen davon aus, dass sich Täter eines Affektdelikts oft durch spezielle Persönlichkeitsstrukturen auszeichnen. Es wird etwa von labilen und unsicheren Persönlichkeitszügen, Stimmungslabilität, Neigung zu dysphorischer Gereiztheit, Selbstunsicherheit sowie weichen, leicht verletzlichen und empfindsamen Persönlichkeiten gesprochen.²⁰⁶ Richtigerweise kann nicht von

¹⁹⁹ FOERSTER/VENZLAFF, 286, die explizit darauf hinweisen, dass damit das Kriterium „typische Vorgeschichte“ relativiert wird.

²⁰⁰ HORN, 163.

²⁰¹ SAB, Nervenarzt 1983, 563; vgl. auch STELLER, 137 f.; kritisch JANZARIK, 68; KRÖBER, Affektdelikt, 82.

²⁰² SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 352; SAB, Nervenarzt 1983, 563; vgl. auch RASCH, 67 f., der für die Tötung des Intimpartners von einer „homizidalen Tatbereitschaft“ spricht.

²⁰³ SAB, Nervenarzt 1983, 563.

²⁰⁴ SAB, Nervenarzt 1983, 563.

²⁰⁵ SAB, Nervenarzt 1983, 563.

²⁰⁶ SAB, Nervenarzt 1983, 563 f. m.w.H.; vgl. auch FOERSTER/VENZLAFF, 285; KONRAD/RASCH, 376; KRÖBER, Affektdelikt, 84 ff.

einem typischen Affekttäter gesprochen werden, da es keinen speziellen Persönlichkeitstypus gibt, der bei jeglichen Affektdelikten nachgewiesen werden könnte.²⁰⁷

Es ist gleichwohl zu beachten, dass emotionale Ausnahmezustände zum Tatzeitpunkt auf psychischen Krankheiten und insbesondere auf einer Persönlichkeitsstörung beruhen können. Im Rahmen einer umfassenden Persönlichkeitsanamnese ist zu klären, ob ein Affekt normalpsychologisch oder durch eine psychische Störung bedingt ist.²⁰⁸

d) **Konstellative Faktoren**

Bei Affektdelikten spielen häufig konstellative Faktoren eine wichtige Rolle. Dazu zählen etwa der Einfluss von Alkohol, Betäubungsmitteln sowie psychotropen Medikamenten, Erschöpfung, Übermüdung, vegetative Regulationsstörungen und verschiedene andere Einflussfaktoren.²⁰⁹ Solche Umstände fördern dysphorische Stimmungen, Antriebsstimulierungen sowie aggressiv-gereizte Tendenzen und begünstigen hiermit Affektdelikte.²¹⁰

e) **Abrupter, elementarer Tatverlauf ohne Sicherungstendenzen**

Affekttaten zeichnen sich durch ein impulsives Tatgeschehen aus.²¹¹ Oft handelt der Täter mit überschüssender Aggressivität, welche durch starke Emotionen, oftmals Wut oder Ärger, ausgelöst wird.²¹² Er nimmt bei seiner Handlung weder auf die äussere Situation noch auf sich selber Rücksicht.²¹³ So trifft ein Täter während der Tat regelmässig keine Vorsichtsmassnahmen, bereitet etwa keine Fluchtmöglichkeiten vor und versucht nicht, der Entdeckung entgegenzuwirken.²¹⁴ Die Anwesenheit von möglichen Zeugen hindert ihn ebenso

²⁰⁷ FOERSTER/VENZLAFF, 285; SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 352.

²⁰⁸ FOERSTER/VENZLAFF, 285; vgl. auch HOFMANN/EBNER, Psychiatrie & Psychotherapie 2010, 152.

²⁰⁹ FOERSTER/VENZLAFF, 289; JOACHIM, 183 ff.; KONRAD/RASCH, 375; KRÖBER, Affektdelikt, 89 ff.; NEDOPIL/MÜLLER, 281 f.; SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 353; SAB, Nervenarzt 1983, 564; STELLER, 136.

²¹⁰ SAB, Nervenarzt 1983, 564.

²¹¹ SAB, Nervenarzt 1983, 564.

²¹² SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 353.

²¹³ SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 353; SAB, Nervenarzt 1983, 564.

²¹⁴ SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 353; SAB, Nervenarzt 1983, 564; ähnlich FOERSTER/VENZLAFF, 288.

wenig an der Tatausführung.²¹⁵ Mit diesem Kriterium wird neben dem inneren Erleben des Täters zusätzlich der äussere Geschehnisablauf berücksichtigt.²¹⁶

f) Charakteristischer Affektauf- und -abbau

Die Gemütslage eines Affekttäters hat einen spezifischen Verlauf. Die Intensität erlebter Emotionen steigt unmittelbar vor der Tat auf ein Maximum an und flacht danach rasch wieder ab. Die heftige Gemütsbewegung setzt abrupt ein und entlädt sich mit der Tatbegehung.²¹⁷

Im Einklang mit der zuvor beschriebenen und oft angenommenen Vorgeschichte eines Affektdelikts wird teilweise ein anderer Verlauf der täterlichen Gefühlslage beschrieben. Statt des abrupten Entstehens wird ein allmähliches Aufschaukeln über längere Zeit beschrieben. Die Gemütslage steigert sich kontinuierlich, bis hin zu einer hochgradigen Erregung, welche sich in der Tat entlädt.²¹⁸

g) Folgeverhalten mit schwerer Erschütterung

Affektdelikte zeichnen sich häufig durch ein spezifisches Nachtatverhalten des Täters aus. Unmittelbar nach der Tat findet bei ihm oftmals eine schwere Erschütterung, fassungsloses Erstaunen, Weinen, Selbstvorwürfe und im Extremfall sogar ein völliger seelischer Zusammenbruch statt.²¹⁹ Die grosse Erschütterung über das eigene Handeln offenbart sich gelegentlich darin, dass der Täter unmittelbar nach der Tat selber Hilfsmassnahmen für das Opfer einleitet.²²⁰ Vereinzelt ist der psychische Zustand des Täters derart durcheinander, dass es in der Folge von Affektdelikten zu suizidalen Handlungen kommt.²²¹

²¹⁵ SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 353.

²¹⁶ FOERSTER/VENZLAFF, 288.

²¹⁷ FOERSTER/VENZLAFF, 288; KONRAD/RASCH, 375; SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 353 f.; SAB, Nervenarzt 1983, 564.

²¹⁸ RAUCH, 202 f.; vgl. auch FOERSTER/VENZLAFF, 287; SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 353 f.; SAB, Nervenarzt 1983, 564.

²¹⁹ HOFMANN/EBNER, Psychiatrie & Psychotherapie 2010, 152 f.; SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 354; SAB, Nervenarzt 1983, 564; vgl. auch NEDOPIL/MÜLLER, 281. NEDOPIL/MÜLLER, 281; SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 354.

²²¹ FOERSTER/VENZLAFF, 290; SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 354; SAB, Nervenarzt 1983, 564.

h) Einengung des Wahrnehmungsfelds

Ein stark emotional motivierter Täter befindet sich bei der Tatbegehung häufig in einer Bewusstseinsinengung. Seine Aufmerksamkeit ist bloss noch auf einzelne wenige Bewusstseinsinhalte und situative Elemente fokussiert.²²² Die übrigen Umstände werden ausgeblendet. Zudem verblasen aufgrund der heftigen Gemütsbewegung die moralisch-ethische Grundausrichtung und die rationalen Überlegungen der handelnden Person.²²³ Dieses Merkmal wird häufig bildlich umschrieben: Der Täter gerät in einen „Affekttunnel“.²²⁴

Einer solchen Bewusstseinsinengung entsprechend, geben viele Affekttäter im Nachhinein an, sich gar nicht mehr oder nur noch eingeschränkt an die Tatgeschehnisse erinnern zu können.²²⁵ Tatsächlich ist aus der psychologischen Forschung bekannt, dass es insbesondere bei hochgradigen Bedrohungserlebnissen zu durch Aufmerksamkeitseinengungen bedingten Erinnerungsausfällen kommen kann.²²⁶ Das Problem der Beurteilung einer Amnesie liegt indessen darin, dass es dafür keine verlässlichen Aussenkriterien gibt.²²⁷ Ausserdem wird das Erinnerungsbild gerade bei einschneidenden Erlebnissen in Richtung Erträglichkeit und Selbstentlastung manipuliert.²²⁸ Demnach ist die Erinnerungslücke für sich alleine kein relevantes Kriterium für die Annahme eines Affektdelikts.²²⁹

i) Missverhältnis zwischen Tatanstoss und Reaktion

Bei vielen Affektdelikten stehen der Anstoss zur Tat und die eigentliche Täterreaktion in einem Missverhältnis.²³⁰ Durch einen vermeintlich harmlosen Umstand wird eine heftige Reaktion hervorgerufen. Eine solche Diskrepanz zwischen Auslöser und Reaktion kann auf eine affektiv bedingte Orientie-

²²² NEDOPIL/MÜLLER, 281; SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 354; SAB, Nervenarzt 1983, 564.

²²³ SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 354; SAB, Nervenarzt 1983, 564.

²²⁴ SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 351; vgl. auch SAB, Nervenarzt 1983, 564 f.

²²⁵ FOERSTER/VENZLAFF, 288; HOFMANN/EBNER, *Psychiatrie & Psychotherapie* 2010, 153; KONRAD/RASCH, 375; NEDOPIL/MÜLLER, 281.

²²⁶ SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 355.

²²⁷ FOERSTER/VENZLAFF, 288; vgl. auch LAMBERTI, *Zeitschrift für Neuropsychologie* 2009, 224.

²²⁸ JANZARIK, 60; vgl. auch BERNSMANN, *NStZ* 1989, 162; LAMBERTI, *Zeitschrift für Neuropsychologie* 2009, 221; SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 355.

²²⁹ SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 355.

²³⁰ HOFF, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 2010, 241; SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 354 f.; SAB, Nervenarzt 1983, 565.

rungsstörung hindeuten.²³¹ Hier wird erneut auf das Bild des letzten kleinen Tropfens, der das Fass zum Überlaufen bringt, zurückgegriffen.²³² Dieses Merkmal kann für die Feststellung eines Affektdelikts nicht ausschlaggebend sein. So ist die Angemessenheit eines Tatanlasses beziehungsweise der Reaktion nur mit grosser Subjektivität bestimmbar und bietet kein zuverlässiges Abgrenzungskriterium.²³³

j) **Persönlichkeitsfremdheit**

Verschiedentlich wird angenommen, dass das Verhalten des Täters bei einer Affekttat persönlichkeitsfremd sei. Dem Delikt liege ein inkonsistenter Verhaltensstil zugrunde.²³⁴ Auch dies ist eine rein subjektiv geprägte Wertung, weshalb das Merkmal abzulehnen ist.²³⁵ Ausserdem gilt grundsätzlich für jegliche Straftaten, dass der Täter gerade nicht normkonform agiert.²³⁶ Ferner ist es ohnehin fraglich, ob es persönlichkeitsfremde Handlungen überhaupt geben kann, da die handelnde Person immer im Kontext ihrer Persönlichkeit agiert.²³⁷

3. **Der Wert von Kriterienkatalogen**

SAB selber warnte vor einer „Verkürzung auf einen kochbuchartigen Kriterienkatalog“²³⁸. Auch von anderen Autoren werden die Kataloge kritisiert. Es wird ausgeführt, dass die benutzten Kriterien unscharf sind und die Interpretation des Sachverhalts lediglich auf eine andere Ebene verschoben wird.²³⁹ Zusätzlich wird insbesondere bemängelt, dass bei mehreren Kriterien auf ein Verhalten des Täters abgestellt wird, welches nichts mit der Tat und der Tatzeit zu tun hat. Eine solche allgemeine Bewertung der Handlungsweise eines Täters gehö-

²³¹ SAB, Nervenarzt 1983, 565.

²³² SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 355.

²³³ SAB, Nervenarzt 1983, 565.

²³⁴ Vgl. FOERSTER/VENZLAFF, 285; SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 355; SAB, Nervenarzt 1983, 565.

²³⁵ SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 355; SAB, Nervenarzt 1983, 565; vgl. auch SbgK-VELTEN, § 76 N 17.

²³⁶ MAIER/MÖLLER, 188; SAB, Nervenarzt 1983, 565; vgl. auch SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 355 f.

²³⁷ FOERSTER/VENZLAFF, 285; RAUCH, 208 f.; ähnlich HOFMANN/EBNER, Psychiatrie & Psychotherapie 2010, 153; kritisch auch MAIER/MÖLLER, 188.

²³⁸ SAB, Affekt und Schuldfähigkeit, 216; vgl. auch KONRAD/RASCH, 374.

²³⁹ KONRAD/RASCH, 374 f.; vgl. auch MK-STRENG, § 20 N 77; SbgK-VELTEN, § 76 N 17: „Scheinobjektivität“.

re nicht zur Aufgabe des forensischen Gutachters.²⁴⁰ Grundsätzlich werden fast alle Kriterien, welche in einem Katalog zur Umschreibung von Affektdelikten enthalten sind, durch gewisse Autoren kritisiert.²⁴¹ Verschiedentlich wird das Konzept von Merkmalenkatalogen per se hinterfragt. Da es bei der Frage, ob es sich bei einer Straftat um ein Affektdelikt handelte, um eine nachträgliche Bewertung eines Verhaltens gehe, könne damit nur „ein nicht-psychologisches Konstrukt letztlich [...] per Zirkelschluss pseudo-verifiziert [werden].“²⁴²

Trotz der häufig dagegen erhobenen Kritik bezieht sich die juristische Lehre bis heute auf Elemente aus derartigen Katalogen. Sie werden immer wieder als Anhaltspunkte, die für oder gegen die Annahme eines Affektdelikts sprechen, genannt.²⁴³ Wichtig zu betonen ist, dass es sich bei den Kriterienkatalogen nicht um ein eigentliches Diagnoseinstrument handelt. Der Katalog soll lediglich eine systematische Untersuchung der wesentlichen Gesichtspunkte ermöglichen.²⁴⁴ In einem konkreten Fall ist es Aufgabe des Gerichts, die emotionale Befindlichkeit des Täters zur Tatzeit zu analysieren und dazu ergänzend die Persönlichkeit des Täters sowie gegebenenfalls die Entwicklung der Täter-Opfer-Beziehung beizuziehen.²⁴⁵ Da dem Gericht die nötige Fachkompetenz dazu fehlt, wird diese Aufgabe regelmässig an eine sachverständige Person delegiert.²⁴⁶ Für diese können die Kriterienkataloge als indizielle Merkmale fungieren.²⁴⁷ Dabei kommt es weniger auf die Vollständigkeit der einzelnen Merkmale, als vielmehr auf die Ausprägung einzelner Elemente an.²⁴⁸ Die Kriterienkataloge können die umfassende Analyse der Biographie und der Persönlichkeit des Täters, der spezifischen Vorgeschichte eines Delikts sowie des tatsächlichen Tathergangs nicht ersetzen.²⁴⁹ Es müssen jeweils die Besonderheiten des Einzelfalls beachtet werden.²⁵⁰ Die forensische Begutachtung

²⁴⁰ KONRAD/RASCH, 375.

²⁴¹ NEDOPIL/MÜLLER, 284 m.w.H.

²⁴² GREUEL, *Schuldfähigkeitsbegutachtung*, 113.

²⁴³ In eine ähnliche Richtung gehen die Kriterien bei BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 7; ähnlich bereits WALDER, ZStrR 1965, 56. Dies gilt insbesondere für Deutschland; statt vieler SSW StGB-KASPAR, § 20 N 59 ff.; SALGER, FS-Tröndle, 208 f.; SCHÖNKE/SCHRÖDER-PERRON/WEIBER, § 20 N 15; THEUNE, NSTZ 1999, 274.

²⁴⁴ SAß, *Tiefgreifende Bewusstseinsstörung*, 362.

²⁴⁵ FOERSTER/VENZLAFF, 285.

²⁴⁶ Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 3. Kap.

²⁴⁷ FOERSTER/VENZLAFF, 284 f.; ähnlich MAATZ, *Nervenarzt* 2005, 1394; SCHÖNKE/SCHRÖDER-PERRON/WEIBER, § 20 N 15; THEUNE, NSTZ 1999, 274.

²⁴⁸ MK-STRENG, § 20 N 77 m.w.H.

²⁴⁹ THEUNE, NSTZ 1999, 274; vgl. auch BLAU, FS-Tröndle, 123; SAß, *Tiefgreifende Bewusstseinsstörung*, 362.

²⁵⁰ SAß, *Tiefgreifende Bewusstseinsstörung*, 362.

muss sich von starr kriteriengebundenen Beurteilungen lösen und es ist jeweils eine Gesamtschau der Täterverfassung mit Konzentration auf den Tatzeitpunkt vorzunehmen.²⁵¹ Nur so wird eine einheitliche und auf umfassende Informationen basierende Abklärung ermöglicht.²⁵² Die Kriterienkataloge können bezüglich der Vollständigkeit der beachteten Umstände und des einheitlichen Aufbaus von Affektgutachten eine Hilfestellung leisten.²⁵³

III. Bemerkungen zum forensischen Affektverständnis

Betrachtet man die bisherigen Ausführungen so wird deutlich, dass sich das forensische vom psychologischen Affektverständnis unterscheidet. Verschiedene Elemente, insbesondere die spezifische Vorgeschichte der Tat und der sich langsam steigernde Affektaufbau, beziehen sich eher auf sich über längere Zeit anbahnende, psychische Konfliktsituationen.²⁵⁴ Es fehlt die Fokussierung auf die heftige Gemütsbewegung zum Tatzeitpunkt. Stattdessen wird häufig auf länger andauernde Störungen in der Täter-Opfer-Beziehung eingegangen.

Ein entscheidendes Problem des forensischen Affektverständnisses liegt im Wesen der forensischen Psychiatrie. Dabei handelt es sich um eine Unterdisziplin der Medizin. Bei der forensischen Beurteilung von Straftätern steht in der Regel eine medizinische Diagnose im Zentrum. Orientiert an einem internationalen Klassifikationssystem, wie etwa der ICD-10, wird eine psychische Störung des Täters diagnostiziert oder ausgeschlossen.²⁵⁵ Beim Affekt fehlt ein solches Krankheitsbild, handelt es sich doch „um Gefühlsveränderungen, die auch Gesunde betreffen können.“²⁵⁶ Der Affekt gehört somit genau genommen gar nicht zum eigentlichen Metier der forensischen Psychiatrie.²⁵⁷ Da sich die forensische Literatur dennoch mit dem normalpsychologischen Affekt befasst, werden darauf häufig Begrifflichkeiten angewandt, die dem klinisch-psychiatrischen Umgang mit psychotischen Erkrankungen entnommen sind und daher nicht wirklich auf ein nicht krankheitsbedingtes Phänomen pas-

²⁵¹ FOERSTER/VENZLAFF, 284; KONRAD/RASCH, 376; ähnlich auch NEDOPIL/MÜLLER, 285; RÖSLER et al., 124; vgl. auch BLAU, FS-Tröndle, 123.

²⁵² JANZARIK, 61.

²⁵³ Vgl. zum Inhalt von Affektgutachten hinten Zweiter Teil 3. Kap. E. V.

²⁵⁴ Vgl. auch SCHÖNKE/SCHRÖDER-PERRON/WEIBER, § 20 N 15.

²⁵⁵ RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 1695; kritisch HOFF, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2010, 241 f., der darauf hinweist, dass sich insbesondere komplexe psychopathologische Phänomene einer solchen Klassifizierung entziehen.

²⁵⁶ NEDOPIL/MÜLLER, 280.

²⁵⁷ BERNSMANN, NStZ 1989, 161.

sen.²⁵⁸ Entsprechend scheint sich die forensische Literatur eher auf die Eskalation bei einem länger andauernden, chronischen Beziehungskonflikt zu fokussieren, welche eigentlich anders zu beurteilen ist als eine emotionale „Explosionsentgleisung“.²⁵⁹

Obwohl Affektdelikte grundsätzlich nicht ein klassisches Phänomen der forensischen Psychiatrie darstellen, wird in der Praxis in der Regel eine Begutachtung durch einen forensischen Psychiater angeordnet.²⁶⁰ Deswegen ist das forensische Affektverständnis kaum theoretisch fundiert und die Begrifflichkeiten sind vielmehr in der Praxis entstanden.²⁶¹ Zunächst war das jeweilige Verständnis der einzelnen Gutachter massgebend und aus dieser Füllmenge hat sich das forensische Affektverständnis induktiv ergeben. Erst mit der Zeit wurden Versuche unternommen, eine Vereinheitlichung zu erreichen.²⁶² Trotz solcher Anstrengungen ist das forensische Affektverständnis weiterhin stark von der Strafrechtswissenschaft geprägt. Gerade die deutschsprachige forensische Literatur orientiert sich häufig an der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung im Sinne von § 20 D-StGB oder an alltagssprachlichen Begriffen, welche in der strafrechtlichen Diskussion ebenfalls geläufig sind.²⁶³ So wird das Affektdelikt als Hauptanwendungsfall der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung betrachtet und die Begriffe teilweise praktisch synonym verwendet.²⁶⁴ Mit dieser Entwicklung hat sich die forensische Begriffsdefinition in gewisser Weise vom psychologischen Affektverständnis entfernt, da sich nicht primär an der emotionalen Ausnahmesituation, sondern an juristischen Begriffen orientiert wird. Die Fokussierung auf Beziehungsdelikte ist wohl ebenso der rechtlichen Praxis geschuldet.²⁶⁵ Im Gegensatz zu anderen Konstellationen wird in derartigen Fällen regelmässig eine Begutachtung angeordnet. Dies dürfte damit zusammenhängen, dass es bei einem Beziehungskonflikt nachvollziehbarer erscheint, dass der Täter in einer psychischen Drucksituation stand, welche seine Beherrschungsfähigkeit beeinflusste.

Insgesamt ist auch für die forensische Literatur anzumerken, dass es kein konsequent verwendetes Begriffsverständnis des Affekts beziehungsweise des Af-

²⁵⁸ BERNSMANN, NStZ 1989, 162.

²⁵⁹ So auch THEUNE, NStZ 1999, 274.

²⁶⁰ Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 3. Kap. E.

²⁶¹ MAIER/MÖLLER, 186; vgl. auch STELLER, 133.

²⁶² So etwa die Bemühungen von SAB, Nervenarzt 1983, 562 ff.

²⁶³ GREUEL, Schuldfähigkeitsbegutachtung, 110; KONRAD/RASCH, 374; NEDOPIL/MÜLLER, 280; ZIEGERT, Affekttat, 47.

²⁶⁴ Vgl. etwa SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 344 ff.

²⁶⁵ ENDRES, 412.

fektdelikts gibt.²⁶⁶ Unter dem Terminus werden sehr unterschiedliche Fallgruppen zusammengefasst, insbesondere solche Fälle, welche sich nicht primär auf eine heftige Gemütsbewegung des Täters beziehen. Aus diesem Grund wird verschiedentlich der Begriff an sich in Frage gestellt.²⁶⁷

E. Interdisziplinäre Begriffsprägung

Die Frage nach der Definition von Emotionen, Gefühlen und Affekten ist nicht auf die bisher beschriebenen Wissenschaftszweige beschränkt. Die lebensprägenden Funktionsweisen und die grundsätzlich für jedermann gegebene Erlebarkeit von entsprechenden psychischen Zuständen bedingt, dass diesbezügliche Wesens- und Definitionsfragen in verschiedensten Bereichen gestellt werden.²⁶⁸ Neben den verschiedenen Teildisziplinen von Psychologie und Psychiatrie beschäftigen sich mittlerweile auch die Linguistik, Soziologie, Geschichts-, Wirtschafts- und Computerwissenschaften sowie die Biologie vermehrt mit der Thematik. Die Übergänge zwischen den einzelnen Forschungsprogrammen und den daraus gewonnenen Erkenntnissen sind fließend.²⁶⁹

Einen sehr prägenden Beitrag zur Begrifflichkeit und zum Wesen von Affekten, Gefühlen und Emotionen leistet seit jeher die Philosophie. So setzte sich bereits ARISTOTELES mit der Frage nach dem Zusammenhang von Emotionen beziehungsweise Affekten und der Zurechnung einer Handlung zu einer Person auseinander.²⁷⁰ Im Rahmen dieser Arbeit verbleibt kein Platz für eine umfassende Aufarbeitung der philosophischen Abhandlungen zur Thematik.²⁷¹ Der Hinweis darauf ist dennoch wichtig, da philosophische Ansätze und Begrifflichkeiten die Diskussion in anderen Disziplinen beeinflussen. So wird verschiedentlich auf philosophische Denkansätze Bezug genommen und sie prägen insbesondere die juristische Begriffsfindung. Verschiedene Konzepte, welche im juristischen Schrifttum bis heute verbreitet werden, haben ihre Wurzeln in philosophischen Abhandlungen.²⁷²

²⁶⁶ GREUEL, Schuldfähigkeitsbegutachtung, 110; vgl. auch SbgK-VELTEN, § 76 N 12.

²⁶⁷ HOFF, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2010, 241.

²⁶⁸ Vgl. auch REISENZEIN/HORSTMANN, 494; SCHÖNPFLUG, 19 ff.

²⁶⁹ REISENZEIN/HORSTMANN, 494; vgl. auch REISENZEIN, Skizze, 73.

²⁷⁰ Vgl. dazu KÖHLER, 12 ff.; ROBINSON, 21 f., jeweils m.w.H.

²⁷¹ Vgl. überblicksweise zu philosophischen Ansätzen z.B. FINK-EITEL, Zeitschrift für philosophische Forschung 1986, 521 ff.; KÖHLER, 11 ff.; MARNEROS, Affekttaten, 27 ff.; MERTEN, 22 ff.; MÜLLER, Vernunft der Gefühle, 7 ff.; WOLLHEIM, 11 ff.

²⁷² So geht etwa die Unterscheidung zwischen sthenischen und asthenischen Affekten auf KANT zurück; vgl. dazu auch hinten Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) cc).

Insgesamt werden die divergierenden Begrifflichkeiten in unterschiedlichen Kontexten immer wieder anders verwendet. Mithin ist es wichtig, sich jeweils die Wurzeln des gerade verwendeten Begriffsverständnisses vor Augen zu führen. Nur unter Kenntnis des jeweiligen Kontextes kann mit Aussagen zu Affekten und Emotionen gearbeitet werden.

F. Schlussfolgerung und Arbeitsdefinition

Die Ausführungen zum begrifflichen Verständnis von Affekten, Emotionen und Gefühlen haben gezeigt, dass eine grosse diesbezügliche Unklarheit herrscht. Selbst innerhalb einzelner Wissenschaftszweige unterscheiden sich die vorgebrachten Definitionen.

Im strafrechtlichen Kontext wird in der Regel darauf verwiesen, dass es sich beim Affekt um eine heftige Gemütsbewegung handelt. Zum genaueren Verständnis wird auf die psychologische Literatur verwiesen. Dort wird der Affekt übereinstimmend als Zustand heftiger Emotionalität beschrieben. Dennoch bestehen gewisse Unklarheiten. Es ist umstritten, ab welchem Grad an emotionaler Erregung man von einem Affekt ausgehen kann und ob eine mit dem Affekt einhergehende Bewusstseinsbeschränkung begriffsnotwendig ist oder nicht. Die begriffliche Unklarheit wird dadurch, dass auch die einem Affekt zugrunde liegenden Emotionen keiner einheitlichen Definition zugänglich sind, noch erhöht.

Betrachtet man die forensische Literatur, so fallen verschiedene Unterschiede zur psychologischen Literatur auf. Der Affektbegriff wird insbesondere nicht auf Zustände heftiger Emotionalität begrenzt. Es wird demgegenüber häufiger eine kontinuierlich anwachsende, psychische Drucksituation beschrieben. Damit geht das forensische Affektverständnis weg von der dieser Arbeit zugrunde liegenden Fragestellung nach der strafrechtlichen Beurteilung von Taten, welche unter dem Einfluss einer heftigen Gemütsbewegung begangen werden. Es liegt auf den ersten Blick näher an der ebenfalls im Gesetz anerkannten *schweren seelischen Belastung*.²⁷³ Bei diesem von den psychologischen Begrifflichkeiten gelösten Affektverständnis steht eher die Beachtung der Affektgenese als der eigentliche Affektdurchbruch im Zentrum.²⁷⁴ Dennoch gibt es verschiedene Elemente des forensischen Affektverständnisses,

²⁷³ Art. 48 lit. c, Art. 113 und Art. 119 Abs. 1 StGB; vgl. dazu auch hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. b).

²⁷⁴ KRÜPELMANN, FS-Welzel, 329 f.

welche im hier interessierenden Kontext zu beachten sind und daher in der vorliegenden Arbeit beigezogen werden.

Um die dieser Arbeit zugrunde liegende Frage, wie eine Tat, die unter dem Einfluss starker Emotionen begangen wurde, nach schweizerischem Strafrecht zu bewerten ist, muss sich in gewisser Weise vom forensischen Begriffsverständnis gelöst werden. Dies rechtfertigt sich nur schon mit Blick in das schweizerische Strafgesetzbuch. Dieses beinhaltet in verschiedenen Bestimmungen die *heftige Gemütsbewegung*. Auf diese Begrifflichkeit – welche es im zweiten Teil der Arbeit noch genauer zu definieren gilt²⁷⁵ – passt der an der psychologischen Literatur ausgerichtete Affektbegriff am ehesten und er soll deshalb für die folgenden Ausführungen massgebend sein. Es gelten diese Arbeitsdefinitionen:

- Als *Affekt* gilt ein Zustand heftiger Emotionalität, welcher nur für eine begrenzte Zeitspanne anhält. Die Heftigkeit zeigt sich insbesondere in einem ausgeprägten Erlebnisaspekt des Gefühls und kann unter Umständen kognitive Entscheidungs- und Steuerungsprozesse beeinträchtigen.
- Ein *Affektdelikt* ist demzufolge eine Tat, bei welcher sich der Täter zum Tatzeitpunkt in einem Zustand intensiver Emotionalität befand, welcher entscheidend auf seinen Tatentschluss oder den Tatvorgang wirkte. Der Täter hat demnach vorwiegend aufgrund des Affekts gehandelt oder aufgrund des Affekts in einer bestimmten Art und Weise gehandelt.²⁷⁶

Eine über diese Arbeitsdefinitionen hinausgehende begriffliche Klarheit kann erst die strafrechtliche Auseinandersetzung mit der Thematik bringen.

²⁷⁵ Vgl. Zweiter Teil 1. Kap. B. II. 3. und Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) aa).

²⁷⁶ In eine ähnliche Richtung geht die Definition von ENDRES, 412.

2. Kapitel: Funktion und Wirkungsweisen von heftigen Emotionen

Wie in der Einleitung beschrieben, basiert die vorliegende Untersuchung auf der Annahme, dass heftige Emotionen dazu führen können, dass die Beherrschungsfähigkeit einer Person eingeschränkt ist. Um zu überprüfen, ob diese Annahme im Hinblick auf die strafrechtliche Bewertung von Affektdelikten korrekt ist, ist es unerlässlich, vorweg zu untersuchen, wie sich heftige Gemütsbewegungen auf das menschliche Verhalten auswirken. Führen intensive Emotionen tatsächlich zur Einschränkung der Beherrschungsfähigkeit und beeinflussen menschliches Verhalten?

Um sich der Beantwortung dieser Frage anzunähern, ist das Verhältnis und Zusammenspiel zwischen intensiven Emotionszuständen und kognitiven Prozessen zu beleuchten. Dass es zwischen Gefühlen und Verstand immer wieder zu einem Spannungsverhältnis kommen kann, lässt sich bereits aus Alltagserfahrungen darlegen. So kommt es verschiedentlich vor, dass ein Gefühl – etwa die Angst respektive die Nervosität vor einer Prüfung oder die Eifersucht auf den Erfolg eines Kollegen²⁷⁷ – als irrational bewertet wird, die betroffene Person sich jedoch nicht davon lösen kann. Bisweilen sind uns zudem emotionale Handlungsimpulse bewusst, welche sich auf unsere Handlungen auswirken. Man schlägt etwa aus Wut eine Tür heftig zu oder man schreit sein Gegenüber im Streit an und schämt sich im Nachhinein für sein Verhalten. Im Folgenden soll unter Beizug von wissenschaftlichen Erkenntnissen versucht werden, die oben gestellte Frage zu beantworten. Dazu werden Erkenntnisse der Emotionswirkungsforschung aufgezeigt, wobei der Fokus auf jenen Ergebnissen liegt, die Aussagen über das Verhältnis von menschlichen Entscheidungen und Handlungen und emotionalen Prozessen ermöglichen. Von besonderem Interesse ist der Einfluss von Emotionen auf aggressives Verhalten, da dies häufig in direktem Zusammenhang mit strafbaren Handlungen steht. Wichtig ist schliesslich die Frage nach der Möglichkeit, solche Einflüsse zu steuern.

²⁷⁷ Beispiel nach ROTH, *Aus Sicht des Gehirns*, 167.

A. Erkenntnisse der Emotionspsychologie

In der Emotionspsychologie²⁷⁸ werden verschiedene Fragestellungen bearbeitet. Zunächst werden der Ursprung und die Entstehung von Emotionen und Gefühlen untersucht.²⁷⁹ Sodann werden die Beschaffenheit des menschlichen Emotionssystems, dessen Verknüpfung mit anderen psychischen Systemen und die diesbezüglichen Auswirkungen analysiert. Schliesslich werden die den Emotionen zugrunde liegenden neuralen Strukturen und Prozesse eruiert.²⁸⁰ Zur Aufarbeitung dieser Fragen oder einzelner Teilaspekte davon werden verschiedene Emotionstheorien vertreten.²⁸¹ Dazu zählen etwa evolutionstheoretische Theorien,²⁸² psychoanalytische Ansätze,²⁸³ einschätzungstheoretische Ansätze²⁸⁴ oder sozial-konstruktivistische Theorien²⁸⁵. Je nach Theorie werden

²⁷⁸ Ausführlich zu den Methoden der Emotionsforschung z.B. BRANDSTÄTTER et al., 144 ff.; IZARD, 134 ff.; MERTEN, 27 ff.; OTTO/EULER/MANDL, 395 ff.; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 37 ff.; ULICH, 56 ff.

²⁷⁹ Nicht nur bei der Frage der Auswirkungen von Emotionen steht das Verhältnis zur Kognition im Zentrum der psychologischen Diskussion. Auch die Frage nach der Bedeutung von kognitiven Prozessen bei der Entstehung von Emotionen ist Gegenstand einer fortlaufenden Kontroverse. Nach einer Meinung entstehen Emotionen autogen, also ohne Mitwirkung des Bewusstseins. Andere Autoren sehen die kognitive Bewertung eines äusseren Reizes demgegenüber als notwendige Voraussetzung für die Entstehung von Emotionen. Vgl. ausführlich zu dieser Debatte statt vieler BIRBAUMER/SCHMIDT, 717 ff.; GALLIKER, 291 ff.; MANDL/REISERER, 95 ff. m.w.H.; MERTEN, 68 ff.; PAULI/BIRBAUMER, 75 ff.; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 134 ff.; SOKOLOWSKI, 321 ff.

Gegen rein kognitive Theorien sprechen experimentelle Erfahrungen. So wurde mehrfach gezeigt, dass Gefühle sogar vor jeglicher bewussten Wahrnehmung oder Wiedererkennung der Situation auftreten können; vgl. BIRBAUMER/SCHMIDT, 718; REISENZEIN/HORSTMANN, 459 f.

Teilweise wird in diesem Zusammenhang vertreten, dass kognitive Prozesse nicht die Intensität der erlebten Emotion, jedoch deren Qualität bzw. deren Art ausmachen; vgl. MEYER, Attributionstheoretische Ansätze, 107 m.w.H.; REISENZEIN, Einschätzungstheoretische Ansätze, 117 ff.

²⁸⁰ REISENZEIN/HORSTMANN, 439; ähnlich MEYER/REISENZEIN/SCHÜTZWOHL, 40 ff.; vgl. auch ULICH, 42 ff.

²⁸¹ REISENZEIN/HORSTMANN, 440; ZENTNER/SCHERER, 151; vgl. überblicksweise zu verschiedenen Theorien REISENZEIN/HORSTMANN, 439 ff.; ROHRACHER, 487 ff.; SCHERER, 8 ff.; SOKOLOWSKI, 299 ff.

²⁸² Dazu ausführlich EULER, 45 ff. m.w.H.; GALLIKER, 79 ff.; vgl. auch LANTERMANN, Handlung und Emotion, 383; MERTEN, 35 ff.; REISENZEIN/HORSTMANN, 474 ff.; SOKOLOWSKI, 303 f.; ULICH, 102 ff.

²⁸³ Dazu ausführlich KRUSE, 64 ff. m.w.H.; GALLIKER, 105 ff.; vgl. auch IZARD, 37 ff.; ULICH, 109 f.

²⁸⁴ Dazu ausführlich REISENZEIN, Einschätzungstheoretische Ansätze, 117 ff. m.w.H.

unterschiedliche Funktionen und Wirkungsweisen von Emotionen beschrieben. So etwa eine kommunikative,²⁸⁶ eine organismische,²⁸⁷ eine informative²⁸⁸ oder die sogleich näher zu beschreibende motivationale Funktion. Es hat sich kein universelles Erklärungsmodell durchgesetzt und in verschiedenen Bereichen bestehen weiterhin Meinungsverschiedenheiten.²⁸⁹

I. Die motivationale Funktion der Emotionen

Bereits gestützt auf Alltagserfahrungen wird angenommen, dass Emotionen menschliche Entscheidungen beeinflussen.²⁹⁰ Übereinstimmend damit wird die handlungsmotivierende Funktion von der Emotionspsychologie als eine der Hauptaufgaben menschlichen Gefühlslebens betrachtet.²⁹¹ Seit den ersten Ansätzen zur Untersuchung des menschlichen Emotionserlebens wird versucht, den Einfluss von Emotionen auf die Motivationsbildung und das menschliche Verhalten experimentell zu untersuchen.²⁹²

Früher wurde angenommen, dass grundsätzlich alle menschlichen Handlungen wenigstens zu einem gewissen Grad emotional motiviert sind.²⁹³ Diese Position lässt sich in ihrer Absolutheit nicht weiter aufrechterhalten. So werden heute verschiedene Motivationstheorien vertreten, bei welchen Emotionen keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielen.²⁹⁴ Trotzdem ist berechtigterweise

²⁸⁵ Dazu ausführlich REISENZEIN/HORSTMANN, 478 ff.; WEBER, 139 ff. m.w.H.; vgl. auch KELTNER/HAIDT, *Cognition and Emotion* 1999, 507 ff. m.w.H.

²⁸⁶ BANSE, 363 ff.; BIRBAUMER/SCHMIDT, 713; BRANDSTÄTTER et al., 135; ELLGRING, 87 ff.; EULER, 47; GALLIKER, 241 ff.; SOKOLOWSKI, 312 f.; vgl. auch REISENZEIN/HORSTMANN, 470 ff., die von der Informationsfunktion sprechen; ROLLS, *Behavioral and Brain Sciences* 2000, 180.

²⁸⁷ So erleichterten beispielsweise aus Angst weit geöffnete Augen die Informationsaufnahme und der geöffnete Mund erleichtert die Atmung; vgl. EULER, 47. Solche Wirkungen wurden vor allem für einzelne Emotionen – insbesondere die Angst – untersucht; vgl. etwa STÖBER/SCHWARZER, 191 ff.

²⁸⁸ BRANDSTÄTTER et al., 135; vgl. auch IZARD, 56 f.; KELTNER/HAIDT, *Cognition and Emotion* 1999, 509 f.

²⁸⁹ REISENZEIN, Skizze, 75.

²⁹⁰ SCHWARZ, *Cognition and Emotion* 2000, 433; vgl. auch SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 231.

²⁹¹ BRANDSTÄTTER et al., 134; IZARD, 63; MERTEN, 15; REISENZEIN/HORSTMANN, 463; ROST, 19; ULICH, 126; vgl. auch SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 223 ff.

²⁹² Erste Ansätze finden sich bereits bei ARISTOTELES; vgl. dazu LOWE/ZIEMKE, *Frontiers in Psychology* 2011, 3 m.w.H.

²⁹³ Vgl. dazu REISENZEIN/HORSTMANN, 463 m.w.H.

²⁹⁴ REISENZEIN/HORSTMANN, 463 f.

davon auszugehen, dass Emotionen bei der Entstehung von Handlungsmotivationen vielfach eine entscheidende Rolle spielen.²⁹⁵ Dies gilt insbesondere für Basisemotionen wie etwa Furcht, Ärger, Freude, Anerkennung oder Trauer. Diese werden als evolutiv begründet betrachtet und werden mit einem bestimmten, durch die Emotion hervorgerufenen Verhaltensmuster assoziiert.²⁹⁶ Furcht geht etwa eher mit protektiven Verhaltensmustern einher, während Ärger eher nach Zerstörung ruft.²⁹⁷

Zur Beantwortung der Frage, wie die emotionale Handlungsmotivation abläuft, werden unterschiedliche Theorien vertreten. Die Theorien der hedonistischen Motivation und diejenigen der emotionalen Handlungsimpulse stehen dabei im Vordergrund. Ausserdem ist anerkannt, dass Emotionen die Umstände menschlicher Entscheidungen beeinflussen und als eigentliche Entscheidungshilfen fungieren.

1. Hedonistische Motivationstheorien

Hedonistische Motivationstheorien basieren auf einer einfachen Annahme: Die Hervorrufung von Emotionen und Gefühlen ist das eigentliche Handlungsziel. Der menschliche Grundwunsch besteht demnach darin, angenehme Gefühle zu erleben, unangenehme Gefühle dagegen nicht.²⁹⁸ Insofern werden Emotionen in zwei Dimensionen aufgeteilt: Gefühle werden entweder als angenehm oder unangenehm beziehungsweise als erregend oder deaktivierend empfunden.²⁹⁹ Eine Person handelt so, dass positive Emotionen generiert und negative vermieden werden.

Es werden zwei unterschiedliche Konzeptionen der hedonistischen Theorie vertreten. Der *Hedonismus der Gegenwart* basiert darauf, dass Menschen versuchen ihre momentane Gefühlslage zu beeinflussen. Eine Person, die sich gerade traurig fühlt, wird Handlungen vornehmen, welche sie glücklich machen; ist jemand wütend, wird er in einer Weise handeln, die seine Wut verge-

²⁹⁵ ABELE-BREHM/GENDOLLA, 297 ff.

²⁹⁶ ABELE-BREHM/GENDOLLA, 298; vgl. auch BANSE, 367 f.; HAMM, 629; LOWE/ZIEMKE, *Frontiers in Psychology* 2011, 3 f.

²⁹⁷ ABELE-BREHM/GENDOLLA, 298; vgl. auch HAMM, 628.

²⁹⁸ ABELE-BREHM/GENDOLLA, 299; BRANDSTÄTTER et al., 134; LARSEN, *Psychological Inquiry* 2000, 131; REISENZEIN/HORSTMANN, 464; vgl. auch ISEN et al., 246 ff., die vor allem bei positiven Emotionen einen starken Einfluss auf die Motivationsbildung sehen; LOWE/ZIEMKE, *Frontiers in Psychology* 2011, 4; ROST, 19.

²⁹⁹ BIRBAUMER/SCHMIDT, 718; PAULI/BIRBAUMER, 78 m.w.H.; vgl. auch IZARD, 45; ZENTNER/SCHERER, 152 ff.

hen lässt. Nach dem *Hedonismus der Zukunft* beeinflussen Menschen nicht nur die momentane Gefühlslage, sondern sie streben zusätzlich die Optimierung zukünftiger Gefühle an.³⁰⁰ Eine Person ist demnach versucht, bei einer Entscheidungsfällung diese Variante zu wählen, die sie in Zukunft am ehesten nicht bereuen oder von der sie am ehesten nicht enttäuscht werden wird.³⁰¹

Gewisse Belege für die Geltung hedonistischer Theorien kann man bereits aus Alltagserfahrungen gewinnen; immer wieder versuchen wir, negative Emotionen durch bestimmte Handlungsentscheidungen mit positiven zu übertönen. Die hedonistischen Theorien werden darüber hinaus von empirischen Befunden gestützt.³⁰² Beim Hedonismus der Zukunft wurden insbesondere bezüglich der Betrachtung von antizipierter Enttäuschung und Reue einschlägige Resultate erzielt.³⁰³ Dennoch geht man heute insgesamt davon aus, dass das hedonistische Motiv nur eines von mehreren Grundmotiven der Menschen ist.³⁰⁴ Menschen versuchen demnach ihre Gefühlslage zu maximieren, Entscheidungen werden jedoch von zusätzlichen Motiven beeinflusst.

2. Emotionale Handlungsimpulse

Ein anderer Ansatz besteht darin, dass Emotionen nicht als Ziel, sondern als Ursprung menschlicher Handlungen gesehen werden. Nach der Theorie der emotionalen Handlungsimpulse bringen Emotionen direkte Impulse zur Bewältigung der emotionsauslösenden Situation mit sich.³⁰⁵ Man spricht hier von der „handlungsvorbereitenden Funktion von Emotionen“.³⁰⁶ Wut oder Zorn führen etwa dazu, dass bei der betroffenen Person ein Wunsch zur Aggression

³⁰⁰ REISENZEIN/HORSTMANN, 464 ff.; vgl. speziell zur antizipierten Reue ZEELLENBERG, *Journal of Behavioral Decision Making* 1999, 93 ff.

³⁰¹ SCHWARZ, *Cognition and Emotion* 2000, 436.

³⁰² ISEN et al., 248 ff.; LARSEN, *Psychological Inquiry* 2000, 131 ff.; REISENZEIN/HORSTMANN, 466; vgl. für eine Untersuchung im Rahmen der Selbstbeherrschung auch TICE/BRATSLAVSKY, *Psychological Inquiry* 2000, 149 ff.

³⁰³ REISENZEIN/HORSTMANN, 468; ZEELLENBERG, *Journal of Behavioral Decision Making* 1999, 93 ff. m.w.H.

³⁰⁴ REISENZEIN/HORSTMANN, 464.

³⁰⁵ REISENZEIN/HORSTMANN, 468; vgl. auch BREHM, *Personality and Social Psychology Review* 1999, 2; LOWE/ZIEMKE, *Frontiers in Psychology* 2011, 3 ff.

Teilweise wird ein gewisser Handlungsimpuls nicht in der Emotion, sondern bereits in der dieser vorangehenden Bewertung der Umwelt verortet; vgl. dazu etwa LEDOUX, *Emotional Brain*, 43 ff.; REISENZEIN/HORSTMANN, 469.

³⁰⁶ HAMM, 628.

gegenüber der Quelle der Wut entsteht; bei Mitleid entsteht der Wunsch, der bemitleideten Person zu helfen.³⁰⁷

Die emotional bedingte Handlungsdisposition unterbricht das aktuelle Verhalten und/oder mentale Prozesse einer Person und räumt einer bestimmten Handlungsweise – zum Beispiel Flucht oder Angriff – Priorität ein.³⁰⁸ Die Handlungsvorbereitung bedingt eine generelle, unspezifische Aktivierung des Organismus, wobei eine Mobilisierung der körperlichen Ressourcen erfolgt. So werden etwa Puls sowie Blutdruck erhöht und es wird Adrenalin ausgeschüttet. Diese emotional bedingte Erregungsveränderung bereitet den Körper auf die spezifische, mit der Emotion angeregte Verhaltensweise vor.³⁰⁹ Der exakte Handlungsmodus bleibt offen; wie genau dem Motivationsimpuls entsprochen wird, ist nicht in der Emotion enthalten.³¹⁰ Es handelt sich insofern bloss um emotional bedingte *Handlungstendenzen*.³¹¹ Wird diesem Muster entsprochen, kann es unter Umständen zur Aktivierung eines eigentlichen Verhaltensprogramms kommen.³¹²

Die emotionale Handlungsmotivation wird nicht automatisch in der entsprechenden Reaktion umgesetzt. Emotionales Ausdrucksverhalten und durch Gefühlszustände bewirkte Reaktionen können in gewissen Situationen aktiv unterdrückt werden.³¹³ Bei dem hervorgerufenen Bereitschaftszustand handelt es sich gewissermassen um einen Appell, der noch zur Disposition steht.³¹⁴ Wie gross die Wahlfreiheit der Person zur Abweichung von der disponierten Handlung ist, hängt von der Intensität der Emotion ab. Je intensiver diese ist,

³⁰⁷ Beispiele nach REISENZEIN/HORSTMANN, 468.

³⁰⁸ HAMM, 628; vgl. auch BREHM, *Personality and Social Psychology Review* 1999, 2; KELTNER/HAI DT, *Cognition and Emotion* 1999, 510, welche die vorbereitende Funktion der Emotion für soziale Interaktionen beschreiben; SOKOLOWSKI, 312.

³⁰⁹ HAMM, 628; vgl. zur verhaltensvorbereitenden Funktion von Emotionen auch ABELE-BREHM/GENDOLLA, 298; MERTEN, 77 ff.; ROLLS, *Behavioral and Brain Sciences* 2000, 179; SOKOLOWSKI, 311 f.

³¹⁰ ABELE-BREHM/GENDOLLA, 298; vgl. jedoch HAMM, 628, der darauf hinweist, dass Emotionen auch zu spezifischen Verhaltensreaktionen führen können.

³¹¹ Der Begriff geht zurück auf ARNOLD, 177 „*action tendency*“; vgl. auch ABELE-BREHM/GENDOLLA, 298; LOWE/ZIEMKE, *Frontiers in Psychology* 2011, 1 ff.

³¹² HAMM, 629.

³¹³ ABELE-BREHM/GENDOLLA, 298.

³¹⁴ SOKOLOWSKI, 312; vgl. ausführlich zur Emotionsregulation hinten Erster Teil 2. Kap. A. IV. 2.

desto grösser ist der damit einhergehende Handlungsimpuls und desto schwerer kontrollierbar ist das emotional angeregte Verhaltensmuster.³¹⁵

Diese Theorie lässt sich ebenfalls mit Alltagserfahrungen in Einklang bringen,³¹⁶ man knallt aus Wut eine Tür zu oder man zieht sich aus Trauer zurück. Die Theorie wird ausserdem durch systematische, empirische Erkenntnisse gestützt. Vor allem die Situation bei Ärger und Mitleid wurde erforscht und es konnte gezeigt werden, dass tatsächlich bei Mitleid der Wunsch zur Hilfe und bei Ärger eine Tendenz zu Aggression entsteht.³¹⁷

3. Emotionen als Entscheidungshilfen

Emotionen wirken in verschiedener Weise motivationsfördernd. Darüber hinaus beeinflussen sie die Entscheidung bezüglich einer bestimmten Handlung. So sind menschliches Verhalten und die dazu führenden Entscheidungen stark von Emotionen abhängig. Zunächst sind verschiedene auf die Entscheidungsfindung wirkende Umstände durch das emotionale Befinden beeinflusst. Dazu zählen insbesondere die Bewertung der Umwelt sowie der Rückgriff auf Gedächtnisinformationen bezüglich vergangener Situationen.³¹⁸ Darüber hinaus ist die Nutzung der zur Entscheidung vorhandenen Informationen stark vom emotionalen Befinden der betroffenen Person abhängig. Mittels verschiedener Studien konnte belegt werden, dass positiv gestimmte Personen weniger Informationen zur Entscheidung beiziehen als negativ gestimmte.³¹⁹ Zusätzlich ist die für verschiedene Entscheidungen zentrale Risikoeinschätzung schliesslich ebenfalls vom emotionalen Zustand der betreffenden Person abhängig.³²⁰ Aus diesen und weiteren Gründen beeinflusst das emotionale Befinden einer Person deren Entscheidungen, insbesondere wenn zwischen verschiedenen Handlungsoptionen zu wählen ist.³²¹

³¹⁵ BREHM, *Personality and Social Psychology Review* 1999, 5; SOKOLOWSKI, 312.

³¹⁶ REISENZEIN/HORSTMANN, 469.

³¹⁷ REISENZEIN/HORSTMANN, 469 m.w.H.; vgl. zum Verhältnis von Ärger und Aggression sogleich Erster Teil 2. Kap. A. II.

³¹⁸ BRANDSTÄTTER et al., 140 f.; KELTNER/HAIDT, *Cognition and Emotion* 1999, 509 ff.; KELTNER/LERNER, 336; SOKOLOWSKI, 310; vgl. dazu auch sogleich Erster Teil 2. Kap. A. III. 2.

³¹⁹ ISEN, *JCP* 2001, 78 ff.; vgl. auch BRANDSTÄTTER et al., 142; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 266 ff.

³²⁰ BAUMANN/DESTENO, *Journal of Personality and Social Psychology* 2010, 609; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 231 ff. m.w.H.

³²¹ KELTNER/LERNER, 336.

II. Das Verhältnis von Ärger und anderen Emotionen zu aggressivem Verhalten

1. Ärger-Emotionen und ähnliche emotionale Zustände

Wut und Ärger sind Emotionen, die bei den meisten Menschen durchaus häufig auftreten.³²² Aus dem Alltag sind uns verschiedene Erfahrungen geläufig, welche die verhaltenssteuernde Funktion von Wut aufzeigen.³²³ Aus Wut wird in einem Streit etwa die Tür heftig zugeknallt, es wird etwas zerschlagen oder es kommt gar zur verbalen oder physischen Gewalttätigkeit gegenüber einer anderen Person.³²⁴ Aus diesen Gründen werden derartige Gemütszustände seit jeher als Antrieb für Aggressionen und insbesondere als Ausgangspunkt für kriminelles Verhalten gesehen.³²⁵

Wut und Ärger sind von der Aggression abzugrenzen. Letzteres ist eine bestimmte Verhaltensweise, bei der eine Schädigung oder Zerstörung des Widersachers oder anderer Personen oder Dingen zumindest in Kauf genommen wird, während ersteres emotionale Zustände sind.³²⁶ Derartige Gemütszustände treten in verschiedener Ausprägung auf. Neben den eigentlichen Ärger-Emotionen wie Ärger, Wut oder Zorn gibt es „Vorwurfs-Emotionen“ wie Enttäuschung oder Empörung sowie weitere verwandte Emotionen wie Frustration, Erbitterung oder dergleichen.³²⁷ Zu erwähnen ist ausserdem die Eifersucht, welche jedoch nicht als einzelner Gefühlszustand angesehen wird. Sie stellt vielmehr ein Gemisch aus verschiedenen Emotionen wie Ärger, Furcht und Traurigkeit dar.³²⁸

Bei allen Ärger-Emotionen handelt es sich um unlustbetonte emotionale Reaktionen, die auf Störungen des subjektiven Erlebens folgen können.³²⁹ Sie entstehen in der Regel durch eine Unzufriedenheit mit einem als tadelnswert betrachteten Tun oder Unterlassen eines anderen oder unerwünschten äusseren Umständen. Das Ausmass der Unerwünschtheit oder der Tadelswürdigkeit

³²² AVERILL, 162; MEES, Ärger, 30; SELG, 191.

³²³ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 226 f.

³²⁴ Vgl. auch HODAPP, 199; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 226 f.

³²⁵ SELG, 191, mit einem Verweis auf die Bibel; vgl. für die verschiedenen Theorien zur Verknüpfung von Aggression und Ärger auch SELG, 192 ff. m.w.H.

³²⁶ HÜLSHOFF, 151; vgl. auch ANDERSON/BUSHMAN, Annual Review of Psychology 2002, 28; AVERILL, 30; HODAPP, 199; SELG, 190.

³²⁷ MEES, Ärger, 30.

³²⁸ Vgl. dazu ausführlich HUPKA/OTTO, 275 ff. m.w.H.; ROST, 293 ff.

³²⁹ SELG, 190.

beeinflusst dabei die Intensität der Emotion.³³⁰ Die sich ärgende Person schiebt der Ursache eine gewisse Schuld an der Situation zu. Andernfalls handelt es sich nicht um eine Ärger-, sondern um eine Leid-Emotion.³³¹ Wut ist die gesteigerte Form des Ärgers. Sie ist ein „Zustand des der denkenden Willkür entzogenen leiblich-seelischen Aussersichseins“³³²; wobei man auch von „blinder Wut“ spricht.³³³ Bei der Wut handelt es sich demnach in der Regel um einen Affekt.

2. Der Zusammenhang mit aggressivem Verhalten

Es ist davon auszugehen, dass derartige Emotionszustände häufig entscheidend an der Entstehung aggressiven Verhaltens beteiligt sind. Aggressive Handlungen sind typisch für das Erleben einer solchen Emotion; sie stehen in einer logisch-semanticen Beziehung.³³⁴ Aggressives Verhalten ermöglicht die Beseitigung der emotionsauslösenden Störung.³³⁵ Gerade bei Zorn und Wut wurde beobachtet, dass sich diese eher in einer agonalen Verhaltensweise entladen, während es insbesondere bei Angst und Panik leichter zu einer Blockierung der betroffenen Person kommt.³³⁶ Das exakte Verhältnis zwischen den Emotionen und der Aggression ist allerdings unklar. Es ist kaum herauszufinden, was genau der kausale Auslöser einer Aggressionshandlung ist. Wird beispielsweise jemand provoziert, so kann dies Ärger und eine aggressive Reaktion hervorrufen. Offen bleibt hingegen, ob erst die ausgelöste Wut zur aggressiven Reaktion führte oder ob das aggressive Verhalten ebenso ohne Emotionsbeteiligung bloss auf die Provokation erfolgt wäre – beispielsweise als erzieherische Massnahme.³³⁷

Um die Auswirkungen von Ärger-Emotionen auf aggressives Verhalten zu erforschen, wurden verschiedene Untersuchungen durchgeführt.³³⁸ Bekannt sind etwa die bereits in den 1930er-Jahren durchgeführten Dembo-Versuche. Dabei wurden Probanden vor unlösbare Aufgaben gestellt, was zunehmend zu

³³⁰ MEES, Ärger, 30 f.; SELG, 190.

³³¹ MEES, Ärger, 30, 38 ff. m.w.H.; vgl. auch AVERILL, 165 ff.

³³² MEES, Ärger, 35; vgl. auch KERNBERG, 36 f.; SELG, 190 f.

³³³ MEES, Ärger, 35; SELG, 190; vgl. auch GALLIKER, 12; RUDOLPHI, FS-Henkel, 202 m.w.H.

³³⁴ MEES, Ärger, 31.

³³⁵ KERNBERG, 36 f.; SELG, 190; vgl. auch BREHM, Personality and Social Psychology Review 1999, 13 ff.

³³⁶ HÜLSHOFF, 155 f.

³³⁷ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 227; vgl. auch MEES, Ärger, 31.

³³⁸ Vgl. zu verschiedenen empirischen Erkenntnissen AVERILL, 147 ff. m.w.H.

deren Frustration führte und sich bis in Ärger und Wut steigerte. In dieser Konfliktsituation verlor ein Teil der Teilnehmenden die Kontrolle und attackierte den Versuchsleiter oder zerstörte Versuchsmaterial.³³⁹ Ähnliche Experimente wurden in späteren Jahren durchgeführt und es konnte gezeigt werden, dass Wut und Ärger keinen monokausalen Zusammenhang zu Aggressivität besitzen. Sie wirken jedoch zumindest aggressionsfördernd; die Bereitschaft zu aggressivem Verhalten wird gesteigert. Diese hemmungsreduzierende Wirkung basiert darauf, dass das emotionale Befinden mit kognitiven Prozessen, die eine andere Situationsbewältigung ermöglichen würden, interferiert.³⁴⁰ Ob eine Person tatsächlich zu aggressivem Verhalten greift, hat viel mit individuellen Faktoren zu tun. Es hängt insbesondere vom Geschlecht sowie den Eigenschaften, Einstellungen und Werten der betroffenen Person ab.³⁴¹ Verspürt eine aggressionsaffine Person eine Ärgeremotion und tritt dazu ein geeigneter Auslöser hinzu, wird die Emotion verhaltenswirksam.³⁴² Das aggressive Verhalten ist die nach aussen getragene Manifestation des Gemütszustands.³⁴³ Die Emotion fördert kein spezifisches Verhalten; es stehen verschiedene aggressive Reaktionsmöglichkeiten offen.³⁴⁴

Dass sich eine emotionale Ausgangslage häufig in einer aggressiven Handlung offenbart, zeigt die Studie von AVERILL. Er konnte belegen, dass über 90 Prozent der von ihm befragten Personen bei einem Zustand von Ärger oder Wut schon einmal einen Impuls zur Aggression erlebt hatten; über 80 Prozent hatten dann tatsächlich aggressiv reagiert.³⁴⁵ Mehrheitlich blieb es bei verbaler oder symbolischer Aggression; zu physischer Gewalt kam es nur selten (10 Prozent).³⁴⁶ Es kommt indes nicht in jedem Fall von verspürtem Ärger zu einer aggressiven Handlung. So gaben 60 Prozent der Befragten an, bei erleb-

³³⁹ DEMBO, 1 ff.; vgl. dazu auch KRÜPELMANN, FS-Welzel, 330; SAB, Nervenarzt 1983, 559 f.; ZERBES, 86 ff.

³⁴⁰ ANDERSON/BUSHMAN, Annual Review of Psychology 2002, 44 f.; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 227.

³⁴¹ ANDERSON/BUSHMAN, Annual Review of Psychology 2002, 35 ff. m.w.H.; vgl. zur Rolle des Geschlechts auch NOLEN-HOEKSEMA, Annual Review of Clinical Psychology 2012, 173.

³⁴² AVERILL, 191 ff.; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 229; vgl. auch HÜLSHOFF, 154 ff.; ausführlich zu den auslösenden Umständen von aggressivem Verhalten ANDERSON/BUSHMAN, Annual Review of Psychology 2002, 37 ff.

³⁴³ HODAPP, 204.

³⁴⁴ SELG, 191; vgl. AVERILL, 191 ff., welcher mit seiner Studie zeigen konnte, dass die tatsächlich ausgeübten aggressiven Reaktionen sich in Art und Ausmass deutlich unterscheiden können.

³⁴⁵ AVERILL, 195; vgl. auch SELG, 191.

³⁴⁶ AVERILL, 193; vgl. auch SELG, 191 f.

tem Ärger oder Wut auch schon mit nicht-aggressiven, beruhigenden Handlungen reagiert zu haben.³⁴⁷

3. Aggression als Folge anderer Emotionszustände

Daneben können ebenso andere Gefühlszustände einen aggressionsfördernden Effekt haben. Vor allem für negative Emotionen wird eine solche Wirkung beschrieben.³⁴⁸ Zur Entstehung aggressiver Verhaltensweisen bedarf es gleichermassen hinzukommender hemmender oder fördernder Faktoren.³⁴⁹ Unklar ist, wie sich angenehme Emotionszustände, wie Belustigung oder sexuelle Erregung, auf das Aggressionspotential auswirken. Diesbezügliche Experimente lieferten gemischte Resultate. Teilweise kam es zur Stärkung, teilweise zur Abschwächung von aggressiven Tendenzen.³⁵⁰

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass eine bestimmte Emotion keine zwingende Voraussetzung für aggressives Verhalten ist. Solches tritt verschiedentlich auch ohne emotionale Ursache auf. Dies ist vorwiegend bei instrumenteller – also zweckorientierter – Aggression der Fall.³⁵¹

III. Das Verhältnis zwischen emotionalen und kognitiven Prozessen

1. Verhältnis zwischen Emotion und Kognition bei der Handlungsmotivation

Die bisherigen Ausführungen machen deutlich, dass Emotionen und kognitive Prozesse zur menschlichen Verhaltenssteuerung entscheidend zusammenwirken. Eine Grundannahme von kognitiven Emotionstheorien ist denn auch, dass Kognition, Emotion und Motivation nicht getrennt voneinander betrachtet

³⁴⁷ AVERILL, 194 f.; vgl. auch SELG, 192.

³⁴⁸ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 229 f.; vgl. auch BERKOWITZ, 1 ff. m.w.H.; HODAPP, 202.

³⁴⁹ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 229.

³⁵⁰ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 230 f.; vgl. auch HÜLSHOFF, 158 ff.

³⁵¹ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 227; SELG, 191; vgl. auch ANDERSON/BUSHMAN, *Annual Review of Psychology* 2002, 29; HÜLSHOFF, 150.

werden können.³⁵² Im Folgenden soll versucht werden dieses Zusammenwirken im Hinblick auf die menschliche Handlungskontrolle zu beleuchten.

Grundsätzlich ist anerkannt, dass kognitive Prozesse oft in erheblichem Mass von Emotionen beeinflusst sind.³⁵³ Nach LANTERMANN wird der Handlungsprozess eines Menschen von einem emotionalen und einem kognitiven Kontrollsystem beeinflusst. Letzteres verhilft der Person zur Entwicklung von Handlungsplänen und ermöglicht die Überprüfung aktuell ablaufender Handlungen. Das emotionale System hingegen selektiert die wahrgenommene Person-Umwelt-Transaktion und bestimmt hiermit in unterschiedlich starkem Ausmass die Richtung und die Art des kognitiven Kontrollsystems.³⁵⁴ In einem späteren Aufsatz hebt LANTERMANN die Wichtigkeit emotionaler Prozesse in der Handlungsregulation und ihren Einfluss auf kognitive Vorgänge weiter hervor: sie sind „durch ein hohes Mass an Motiviertheit, an Spontanität ihres Auftretens, an Automatizität und Nichtkontrollierbarkeit charakterisiert, verbunden mit einer Präferenz für und einer eingeschränkten freien Wählbarkeit von kognitiven Operationen [...]“.³⁵⁵

Das exakte Verhältnis zwischen emotionaler Handlungsmotivation und Kognition lässt sich kaum bestimmen und es werden in der psychologischen Literatur unterschiedliche Positionen vertreten. Der motivierende Charakter der Emotionen lässt zumindest erahnen, dass sich Spannungen zwischen emotionalen Handlungsmotivationen und Kognition ergeben können. Grundsätzlich kann trotzdem davon ausgegangen werden, dass gefühlsmässig motivierte Handlungsimpulse kontrolliert werden können.³⁵⁶ Es kann jedoch Ausnahmen von dieser Regel geben. Ausserdem ist anerkannt, dass Emotionen impulsverstärkend wirken und so die kognitive Handlungskontrolle zumindest erschweren. Dabei spielt die Intensität des Gefühlszustands eine entscheidende Rolle; je stärker dieser ist, desto grösser sind die Wirkungen auf kognitive Prozesse.³⁵⁷ Gerade bei Affekten ist folglich von einer miteinhergehenden vermindernden Handlungsfreiheit auszugehen.³⁵⁸

³⁵² MANDL/REISERER, 100; vgl. auch ROST, 19, der von einem arbeitsteiligen Zusammenspiel spricht.

³⁵³ KELTNER/LERNER, 338; SCHWARZ, *Cognition and Emotion* 2000, 433; vgl. auch IZARD, 26 f.

³⁵⁴ LANTERMANN, *Prozesse*, 248 ff.; vgl. auch MANDL/REISERER, 101; RADTKE, 125 ff.

³⁵⁵ LANTERMANN, *Handlung und Emotion*, 382.

³⁵⁶ Vgl. zur Emotionskontrolle sogleich Erster Teil 2. Kap. A. IV. 2.

³⁵⁷ BREHM, *Personality and Social Psychology Review* 1999, 5.

³⁵⁸ SOKOLOWSKI, 312.

2. Wirkung auf andere kognitive Prozesse

Lässt sich das generelle Verhältnis zwischen Emotionen und Kognition bei der Handlungsmotivation nur schwer bestimmen, so lässt sich der emotionale Einfluss auf bestimmte kognitive Prozesse hingegen relativ klar belegen. Im Folgenden wird die Wirkung auf einzelne dieser Prozesse kurz beschrieben.

Einen wichtigen Einfluss haben Emotionen auf die *Wahrnehmung* einer Person. Die menschliche Wahrnehmung ist sehr selektiv; es wird ständig eine Auswahl getroffen, welche Informationen aufgenommen werden sollen und welche nicht. Emotionen beeinflussen diese Selektion.³⁵⁹ Bedingt durch das eigene Gefühlsleben wird die menschliche Wahrnehmung darüber hinaus inhaltlich beeinflusst. So können etwa Ärger oder Angst dazu führen, dass eine an sich unbedrohliche Situation fehlinterpretiert wird.³⁶⁰ Die Wahrnehmungsverzerrung wird in der Regel im Nachhinein erkannt. Die emotionale Wahrnehmungsbeeinflussung ist nach einer gewissen Bedenkzeit erkennbar.³⁶¹

Vor allem bei starken Emotionszuständen kann es zusätzlich zu einer Einnengung der *Aufmerksamkeit* kommen. Unter dem Einfluss einer heftigen Gemütsregung wird diese auf die zentralen Situationselemente gelenkt und die peripheren Informationen werden ausgeblendet.³⁶² Aufgrund dieser Aufmerksamkeitseinnengung können etwa Opfer eines Überfalls die Waffe des Täters bis ins Detail beschreiben, über die weiteren Umstände wird dagegen sehr lückenhaft berichtet.³⁶³ Es erfolgt zudem eine qualitative und zeitliche Aufmerksamkeitsfokussierung auf emotionale Stimuli.³⁶⁴ Gerade für angstauslösende Situationen und Objekte wurde gezeigt, dass diese viel schneller identifiziert werden als neutrale Gegebenheiten.³⁶⁵

Ferner ist die kognitive *Bewertung* der wahrgenommenen Umgebung von der momentanen Gefühlslage der betroffenen Person abhängig. Ärger und Angst

³⁵⁹ BRANDSTÄTTER et al., 138; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 242; vgl. auch KELTNER/LERNER, 335 f.; IZARD, 221.

³⁶⁰ BAUMANN/DESTENO, *Journal of Personality and Social Psychology* 2010, 595 ff.; vgl. auch IZARD, 408; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 240 ff.

³⁶¹ BAUMANN/DESTENO, *Journal of Personality and Social Psychology* 2010, 607 f.

³⁶² BRANDSTÄTTER et al., 138; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 249 f.; vgl. auch ACUNZO/HENDERSON, *Emotion* 2011, 1134 f. m.w.H.

SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 249.

³⁶⁴ ACUNZO/HENDERSON, *Emotion* 2011, 1134 ff.

³⁶⁵ ACUNZO/HENDERSON, *Emotion* 2011, 1134 m.w.H.

führen etwa dazu, dass einer anderen Person eher negative Eigenschaften zugeschrieben werden.³⁶⁶

Anerkannt ist zudem, dass Emotionen eine wichtige Rolle in der Speicherung und dem Abrufen von *Erinnerungen* spielen. So werden Ereignisse häufig zusammen mit einer emotionalen Bewertung abgespeichert und dann einfacher abgerufen, wenn sie zur momentanen Stimmungslage passen.³⁶⁷

IV. Relativität des Emotionserlebens

Die bisherigen Erkenntnisse lassen erkennen, dass Emotionen und insbesondere Affekte einen starken Einfluss auf menschliches Verhalten haben können. Dies lässt sich jedoch nicht für alle Menschen in gleicher Weise verallgemeinern. So ist das Emotionserleben durch diverse Faktoren disponiert. Diese führen dazu, dass unterschiedliche Personen Emotionen verschieden wahrnehmen und kontrollieren können sowie unterschiedlich durch sie beeinflusst werden. Dementsprechend ist das Emotionserleben von erheblicher Relativität. Darüber hinaus variiert die Fähigkeit zur Kontrolle einer Emotion je nach Person und Umstände.

1. Persönliche Disposition

Zunächst zeigt sich eine gewisse persönliche Veranlagung für einzelne Gefühlszustände. Gewisse Personen sind eher ängstlich, andere werden schnell traurig, wieder andere neigen zu Ekel und so weiter.³⁶⁸ Dementsprechend gibt es grosse Unterschiede in der emotionalen Reaktion auf innere und äussere Reize zwischen unterschiedlichen Personen.³⁶⁹ Zudem ist die Intensität der erlebten Emotionen in gewissem Mass ebenfalls von der persönlichen Disposition abhängig. Wie stark jemand emotional reagiert, hängt unter anderem mit seiner Persönlichkeit zusammen.³⁷⁰ Ein wichtiger Unterscheidungsfaktor im emotionalen Erleben scheint das Geschlecht zu sein. Trotz teilweiser Kritik an

³⁶⁶ CURTIS/LOCKE, *British Journal of Social Psychology* 2005, 69 ff.; vgl. auch BRANDSTÄTTER et al., 140; MERTEN, 104 ff.; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 254.

³⁶⁷ BRANDSTÄTTER et al., 139 f.; SCHWARZ, *Cognition and Emotion* 2000, 433; vgl. auch DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 672 ff. m.w.H.; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 256 ff.

³⁶⁸ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 169 ff.

³⁶⁹ JANKE/KALLUS, 137 ff.; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 173.

³⁷⁰ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 173 f.

dieser Einschätzung wird immer wieder von geschlechtsspezifischem Emotionserleben und emotional bedingtem Verhalten berichtet.³⁷¹

Zu dieser persönlichen Disposition tritt hinzu, dass das Emotionsempfinden dadurch beeinflusst ist, wie häufig sich eine Person in emotionsauslösende Situationen begibt.³⁷² Personen, die sich wiederholt in solche Situationen begeben, zeigen ein anderes Emotionserleben und berichten öfters von intensiveren emotionalen Erregungszuständen.³⁷³

2. Die Kontrolle des eigenen Emotionserleben

a) Emotionsregulation

In verschiedenen Situationen stehen uns unsere Emotionen im Weg und wir versuchen, sie zu unterdrücken oder zu manipulieren. Wir wollen eine andere Person unsere Angst nicht spüren lassen, um sie nicht selber zu verängstigen; wir wollen uns nicht zu exzessiv über etwas freuen, was anderen nicht gelungen ist; oder wir versuchen, unsere Wut gar zu intensivieren, um ein Gegenüber einzuschüchtern. In solchen Situationen wird versucht, das eigene Emotionserleben zu beeinflussen, um einer Situation gerecht zu werden und die eigene Handlungsfähigkeit aufrechtzuerhalten.³⁷⁴

Mit der *Emotionsregulation* wird der Prozess umschrieben, wie Emotionen initiiert, vermieden, modifiziert oder aufrechterhalten werden können.³⁷⁵ Sowohl der Zeitpunkt und die Qualität des Emotionserlebens als auch der hinzutretender Emotionsausdruck können beeinflusst werden.³⁷⁶ Als Folge davon wird ebenfalls auf die mit Emotionen einhergehenden Verhaltensreaktionen eingewirkt.³⁷⁷ Zu unterscheiden ist die Emotionsregulation von sogenannten *Coping*-Strategien. Bei diesen stehen Ärger, Wut und ähnliche Zustände, die mit aggressivem Verhalten assoziiert werden, im Zentrum und es wird etwa

³⁷¹ Vgl. dazu ausführlich MERTEN, 151 ff.; NOLEN-HOEKSEMA, Annual Review of Clinical Psychology 2012, 165, jeweils m.w.H.

³⁷² MAIO/ESSES, Journal of Personality 2001, 583 ff.; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 172 f.

³⁷³ MAIO/ESSES, Journal of Personality 2001, 597.

³⁷⁴ BRANDSTÄTTER et al., 174.

³⁷⁵ GROSS, Review of General Psychology 1998, 275; REICHERTS et al., 19; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 165 f.; vgl. auch BARNOW, Psychologische Rundschau, 112.

³⁷⁶ BRANDSTÄTTER et al., 175; GROSS, Review of General Psychology 1998, 275; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 165.

³⁷⁷ REICHERTS ET AL., 19; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 166.

nach Anger-Coping-Strategien gesucht.³⁷⁸ Solche Konzepte haben zwar einen Berührungspunkt mit der Emotionsregulation, sind aber nicht deckungsgleich. Coping ist ein breiteres Konzept, da jegliche Versuche, mit einer schwierigen Situation umzugehen, miteingeschlossen sind. Emotionen können dabei eine Rolle spielen, dies ist indes nicht zwingend.³⁷⁹

b) Regulationsstrategien

Die einzelnen Aspekte der Emotionsregulation sind sehr unterschiedlich, weshalb verschiedene Strategien differenziert werden:

- Die erste Einflussmöglichkeit ist die *Wahl der Situation*. Man kann sich bewusst in Situationen begeben, welche zu emotionalen Reaktionen führen.³⁸⁰ Geht man als Zuschauer zu einer Sportveranstaltung, sind gewisse gefühlsmässige Reaktionen zu erwarten; je nach Ausgang ist mit Frustration oder Freude zu rechnen. Begibt sich ein Hooligan in eine Auseinandersetzung mit anderen, wird er wohl mit Wut und Zorn rechnen müssen. Umgeht man eine solche Situation, kommt es nicht zu den entsprechenden Emotionsausbrüchen.
- Zweitens ist es unter Umständen möglich, die *Situation zu modifizieren*, um die emotionale Reaktion darauf zu vermeiden.³⁸¹ Trifft man eine Person, mit der es Erfahrungsgemäss bei bestimmten Gesprächsthemen zum Streit kommt, können diese bei ihrem Aufkommen aktiv gewechselt werden. In diesem Fall kommt es nicht zu dem im Streit entstehenden Ärger.
- Drittens können innerhalb einer bestimmten Situation *nur einzelne Aspekte beachtet* und andere ignoriert werden.³⁸² Eine ängstliche Person versucht etwa beim Heimweg durch eine dunkle Strasse, sich nicht auf die Umgebung zu konzentrieren und stattdessen an etwas anderes zu denken, um nicht in Angst zu geraten.

³⁷⁸ Vgl. dazu FICHTEN, 220 ff.; HODAPP, 204 f.

³⁷⁹ BRANDSTÄTTER et al., 175.

³⁸⁰ BARNOW, Psychologische Rundschau, 114; BRANDSTÄTTER et al., 181; GROSS, Review of General Psychology 1998, 282; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 165.

³⁸¹ BARNOW, Psychologische Rundschau, 114; BRANDSTÄTTER et al., 181; GROSS, Review of General Psychology 1998, 283; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 165.

³⁸² BARNOW, Psychologische Rundschau, 114; BRANDSTÄTTER et al., 181; GROSS, Review of General Psychology 1998, 284; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 165; vgl. auch WEBB/MILES/SHEERAN, Psychological Bulletin 2012, 779.

- Viertens kann einer Situation eine *andere Bedeutung beigemessen*, also aktiv eine andere Bewertung vorgenommen werden.³⁸³ Eine bedrohliche Situation kann etwa als Gelegenheit, Mut zu zeigen, statt als Bedrohung wahrgenommen werden.
- Fünftens kann schliesslich die emotional bedingte *Reaktion verhindert oder modifiziert* werden.³⁸⁴ In einem Streit kann eine Person sich zwingen, in normalem Ton weiter zu sprechen, anstatt aus Wut zu schreien. Ist jemand traurig, kann die entsprechende Person ein künstliches Lächeln aufsetzen, anstatt zu weinen.

Solche Regulationsstrategien wurden verschiedentlich experimentell untersucht, um ihre Erfolgsaussichten beurteilen zu können. In einer Metaanalyse wurde gezeigt, dass alle Bewältigungsstrategien gewisse Auswirkungen auf das Emotionserleben und dadurch bedingte Reaktionen haben. Die Stärke der Auswirkung variiert stark nach dem gewählten Regulationskonzept. Am wirkungsvollsten erwies sich die Neubewertung der Situation; die Unterdrückung der Reaktion ist dagegen am wenigsten erfolgreich.³⁸⁵ Bei Letzterem ist dazu auffällig, dass es am einfachsten möglich ist, den emotionalen (Gesichts-) Ausdruck zu steuern.³⁸⁶ Dies ist jedoch unbedeutend für das weitere Gefühls-erleben und die emotionalen Reaktionen.³⁸⁷ Die Unterdrückung von emotionalen Handlungsimpulsen scheint demgegenüber schwieriger zu sein.

c) Einflussfaktoren

Damit eine Person die eigenen Emotionen regulieren kann, ist vorausgesetzt, dass sie sich den ablaufenden Emotionen und Stimmungen bewusst ist.³⁸⁸ Erst dann kann sie erkennen, dass eine Situation besteht, die eine Regulation des eigenen Gefühlslebens erfordert. Ein Regulationsbedürfnis besteht vor allem

³⁸³ BARNOW, Psychologische Rundschau, 114; BRANDSTÄTTER et al., 181; GROSS, Review of General Psychology 1998, 284 f.; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 165 f.; vgl. auch WEBB/MILES/SHEERAN, Psychological Bulletin 2012, 779 f.

³⁸⁴ BARNOW, Psychologische Rundschau, 114; BRANDSTÄTTER et al., 182; GROSS, Review of General Psychology 1998, 284 f.; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 166; vgl. auch IZARD, 172; WEBB/MILES/SHEERAN, Psychological Bulletin 2012, 780.

³⁸⁵ WEBB/MILES/SHEERAN, Psychological Bulletin 2012, 791 ff.; vgl. auch SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 166.

³⁸⁶ WEBB/MILES/SHEERAN, Psychological Bulletin 2012, 792 f.; vgl. auch SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 167.

³⁸⁷ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 167.

³⁸⁸ REICHERTS et al., 20.

bei intensiven Emotionszuständen.³⁸⁹ Falls sich für die Regulation entschieden wird, muss die betreffende Person beschliessen, mit welcher Strategie dies erfolgen soll. Für eine erfolgreiche Emotionsregulierung ist erforderlich, dass die Wahl entsprechend der aktuellen Situation getroffen wird. Sie hängt entscheidend von der Intensität und der Art des Emotionszustands ab.³⁹⁰

Die gewählte Strategie gilt es schliesslich umzusetzen.³⁹¹ Der Erfolg der Umsetzung in der konkreten Situation ist von verschiedenen Faktoren abhängig. Vorweg sind die Art und die Qualität der erlebten Emotion entscheidend.³⁹² Positive Gefühle lassen sich einfacher regulieren als negative.³⁹³ Je intensiver der Emotionszustand ist, desto grösser ist der zur erfolgreichen Regulierung benötigte Effort.³⁹⁴ Zudem spielt die Veränderungsrichtung eine Rolle. Es ist einfacher, positive Gefühle abzuschwächen und negative Gefühle zu verstärken, als positive Gefühle zu verstärken und negative abzuschwächen.³⁹⁵ Je häufiger eine Emotionsstrategie von der betreffenden Person bereits angewendet wurde, desto eher ist sie erfolgreich.³⁹⁶

Bei der Emotionsregulation spielen zudem individuelle Merkmale wie das Geschlecht, die Persönlichkeit, die Gesundheit, die kognitiven Fähigkeiten, der Entwicklungsstand, das soziale Umfeld sowie insbesondere die Fähigkeit zur Selbstkontrolle der betreffenden Person eine Rolle.³⁹⁷ Ausserdem können

³⁸⁹ DIXON-GORDON/ALDAOB/DE LOS REYES, *Personality and Individual Differences* 2015, 273.

³⁹⁰ DIXON-GORDON/ALDAOB/DE LOS REYES, *Personality and Individual Differences* 2015, 274.

³⁹¹ WEBB et al., *European Review of Social Psychology* 2012, 147 ff.; vgl. auch BRANDSTÄTTER et al., 176 f.

³⁹² DIXON-GORDON/ALDAOB/DE LOS REYES, *Personality and Individual Differences* 2015, 271 f. m.w.H.

³⁹³ WEBB/MILES/SHEERAN, *Psychological Bulletin* 2012, 781 m.w.H.

³⁹⁴ DIXON-GORDON/ALDAOB/DE LOS REYES, *Personality and Individual Differences* 2015, 271 m.w.H.

³⁹⁵ WEBB/MILES/SHEERAN, *Psychological Bulletin* 2012, 781; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 167.

³⁹⁶ WEBB/MILES/SHEERAN, *Psychological Bulletin* 2012, 782.

³⁹⁷ WEBB et al., *European Review of Social Psychology* 2012, 153 ff.; vgl. auch BARNOW, *Psychologische Rundschau*, 117 ff.; BRANDSTÄTTER et al., 177 ff.; GROSS, *Review of General Psychology* 1998, 276 ff.; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 168 f.; ausführlich zur Rolle des Geschlechts NOLEN-HOEKSEMA, *Annual Review of Clinical Psychology* 2012, 165 ff.

verschiedene psychische Störungen die Fähigkeit zur Emotionskontrolle stark beeinträchtigen oder ganz ausschalten.³⁹⁸

Insgesamt ist grundsätzlich davon auszugehen, dass es den meisten Personen in der Regel gelingt, die eigenen emotionalen Reaktionen zu beeinflussen.³⁹⁹ Für eine erfolgreiche Regulierung ist entscheidend, dass die den Umständen angemessene Regulationsstrategie gewählt wird und deren Umsetzung der betreffenden Person aufgrund ihrer individuellen Fähigkeiten möglich ist.

B. Neurowissenschaftliche Erkenntnisse

I. Verortung der Emotionalität in bestimmten Hirnregionen

Bei der wissenschaftlichen Aufarbeitung von Emotionen wird vermehrt neurologischen Aspekten Beachtung geschenkt. Seit geraumer Zeit wird versucht, die emotionalen Vorgänge im Gehirn zu lokalisieren. Eigentliche Grundannahme der neurowissenschaftlichen Forschung ist, dass unterschiedliche psychische Prozesse in verschiedenen Gehirnregionen stattfinden.⁴⁰⁰ Gerade in den letzten 25 Jahren hat sich die diesbezügliche Forschung mit dem gleichzeitigen Aufkommen und Fortschreiten bildgebender Untersuchungsmöglichkeiten intensiviert.⁴⁰¹

Neben den Werken verschiedener anderer Forscher⁴⁰² war anfänglich vor allem die Theorie MCLEANS massgebend. Er ging von der entscheidenden Bedeutung des limbischen Systems in der Emotionsverarbeitung aus. Werden seine entwicklungsgeschichtlichen Aussagen zum limbischen System und seine Unterteilung in drei Gehirne im Gehirn⁴⁰³ auch kritisiert,⁴⁰⁴ so ist trotz-

³⁹⁸ BARNOW, Psychologische Rundschau, 117 ff. m.w.H.

³⁹⁹ IZARD, 172; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 168.

⁴⁰⁰ LEDOUX, Emotional Brain, 73 ff.; MERTEN, 86; REISENZEIN/HORSTMANN, 484; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 185 f.; vgl. für die Ursprünge der Lokalisationstheorie GALLIKER, 27 ff.

⁴⁰¹ CANLI/AMIN, Brain and Cognition, 415; vgl. auch BRANDSTÄTTER et al., 166.

⁴⁰² Vgl. dazu den Überblick in REISENZEIN/HORSTMANN, 484 ff.; vgl. auch ADOLPHS/ACKERMANN, 636 ff.

⁴⁰³ MACLEAN, Electroencephalography and Clinical Neurophysiology 1952, 407 ff.; MACLEAN, Psychosomatic Medicine 1949, 338 ff.; vgl. dazu auch REISENZEIN/HORSTMANN, 488 f.; ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 289 f.

⁴⁰⁴ So etwa MERTEN, 91; ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 289.

dem anzuerkennen, dass er als Vertreter einer der ersten neurowissenschaftlichen Emotionstheorien die Emotionen dem limbischen System zuordnete und die zentrale Rolle von Hypothalamus und Amygdala erkannte.⁴⁰⁵ Dies ist in der neurowissenschaftlichen Emotionsforschung bis heute anerkannt.⁴⁰⁶

Eine genauere wissenschaftliche Auseinandersetzung mit neurologischen Aspekten von Emotionen begann, angetrieben durch die technische Fortentwicklung bei bildgebenden Untersuchungen, erst in den 1990er-Jahren.⁴⁰⁷ Massgebend waren vor allem die Ergebnisse von ANTONIO DAMASIO und JOSEPH LEDOUX.⁴⁰⁸ Sie haben insbesondere die Bedeutung der Amygdala weiter hervorgehoben. Diese wird heute als eigentliche Schaltzentrale des emotionalen Netzwerks betrachtet. Sie steht mit praktisch allen anderen Hirnregionen, welche für emotionale Prozesse von Bedeutung sind, in wechselseitigem Austausch.⁴⁰⁹

Beim Gefühlserleben und bei emotional bedingten Reaktionen leisten unterschiedliche Hirnregionen einen Beitrag. Verschiedene Gehirnsysteme und die dazugehörigen Neurotransmitter haben einen grossen Einfluss auf das emotionale Geschehen.⁴¹⁰ Man geht davon aus, dass bei einzelnen Basisemotionen, wie etwa Glück, Ärger, Ekel, Furcht, Trauer und Lust,⁴¹¹ ein spezifisches Hirnprogramm abläuft.⁴¹² Bei Ärger und Zorn wird etwa darauf hingewiesen, dass das limbische System sehr stark angeregt wird, was zur Abrufung von

⁴⁰⁵ ADOLPHS/ACKERMANN, 636; MERTEN, 90 f.; REISENZEIN/HORSTMANN, 488 f.; vgl. auch CANLI/AMIN, *Brain and Cognition*, 416; CHUAH et al., *SLEEP* 2010, 1305 ff.; DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 669 ff.

⁴⁰⁶ Statt vieler BISHOP/DUNCAN/LAWRENCE, *The Journal of Neuroscience* 2004, 10364; DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 686; LAMBERTI, *Zeitschrift für Neuropsychologie* 2009, 221; LEDOUX, *Cellular and Molecular Neurobiology* 2003, 728 ff.; MERTEN, 90 ff.; OCHSNER/SILVERS/BUHLE, *Annals of the New York Academy of Sciences* 2012, E3 f.; PAUEN/ROTH, 90; REISENZEIN/HORSTMANN, 489; ROLLS, *Behavioral and Brain Sciences* 2000, 184 ff.; ROST, 72 f.; ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 289 ff.; ROTH, *Aus Sicht des Gehirns*, 28 ff.

⁴⁰⁷ MERTEN, 87 f.; ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 290.

⁴⁰⁸ ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 290.

⁴⁰⁹ MERTEN, 92 f.

⁴¹⁰ Vgl. dazu SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 191 ff. m.w.H.

⁴¹¹ Vgl. z.B. EKMAN, *Basic Emotions*, 45 ff.; EKMAN, *Cognition and Emotion* 1992, 172 ff.; EUGÈNE et al., *NeuroImage* 2003, 354 ff.; ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 293 f. m.w.H. Von den Basisemotionen sind die elementaren Emotionszustände, wie Hunger, Durst, Müdigkeit etc. zu unterscheiden; vgl. dazu ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 292.

⁴¹² Vgl. auch EKMAN, *Basic Emotions*, 45 ff.; EKMAN, *Cognition and Emotion* 1992, 174 ff.; ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 293.

gewissen Aggressionsritualen führt, die jedoch nicht zwangsweise in Aggressionshandlungen umgesetzt werden müssen.⁴¹³

II. Neurowissenschaftliche Ergebnisse zu Funktion und Wirkungsweise von Emotionen

Entsprechend zur Psychologie werden von den Neurowissenschaften sehr verschiedene Funktionsweisen von Emotionen beschrieben und in die Forschung aufgenommen. Dazu zählen etwa die kommunikative Funktion, ein Zusammenhang zur Abspeicherung und Abrufung von Erinnerungen, eine soziale Funktion und viele weitere.⁴¹⁴ Im Folgenden sollen nur die Erkenntnisse kurz aufgezeigt werden, welche im Kontext dieser Arbeit besonders interessieren.

1. Handlungsvorbereitung und Motivation

Die handlungsvorbereitende und motivierende Funktion von Emotionen ist in der Neurowissenschaft gleichermassen anerkannt.⁴¹⁵ Ähnlich zur hedonistischen Motivationstheorie⁴¹⁶ gehen gewisse Forscher ebenfalls von einer Polarität von Affekten und Emotionen aus. Es herrscht ein zweigeteiltes Bewertungssystem; der Mensch versucht positive Gefühle anzustreben und negative zu vermeiden. Die Handlungsmotivation erfolgt indem die als belohnend erwartende Situation bevorzugt wird,⁴¹⁷ wobei dem Neurotransmitter der Belohnungsverarbeitung Dopamin eine entscheidende Bedeutung zukommt.⁴¹⁸

Die menschliche Handlungsentscheidung basiert zu einem grossen Teil auf der Fähigkeit, Ereignisse und Reize hinsichtlich ihrer Bedeutung zu bewerten. Eine erste Bewertung läuft automatisch ab, wobei der Amygdala eine zentrale Rolle zukommt. Sie erhält viele Inputs aus kortikalen, limbischen und subkortikalen Strukturen und löst gestützt darauf vegetative, behaviorale und endo-

⁴¹³ HÜLSHOFF, 154.

⁴¹⁴ Vgl. z.B. CAHILL et al., *Learning & Memory* 2004, 261 ff.; CANLI/AMIN, *Brain and Cognition*, 416 f.; DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 669 ff.; MERTEN, 95 ff.; ROLLS, *Behavioral and Brain Sciences* 2000, 179 ff.

⁴¹⁵ DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 677; PAUEN/ROTH, 90 ff.

⁴¹⁶ Vgl. dazu vorne Erster Teil 2. Kap. A. I. 1.

⁴¹⁷ ROLLS, *Behavioral and Brain Sciences* 2000, 179 ff.; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 194, 202 ff.; vgl. auch ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 294 f.

⁴¹⁸ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 194.

krine Reaktionen aus.⁴¹⁹ Aus dem Output der Amygdala an den Hirnstamm resultieren emotional gesteuerte einfache Handlungsabläufe wie etwa einfachstes Abwehr- und Fluchtverhalten.⁴²⁰ Die Amygdala unterhält zusätzlich Verbindungen zu den an den Hippocampus angrenzenden Kortexarealen, welche eine emotionale Handlungsmodulation ermöglichen.⁴²¹ Aus der emotionalen Bewertung der Situation in der Amygdala und anderen Gehirnregionen werden dann *Handlungsimpulse* generiert sowie einzelne Handlungsoptionen bewertet und priorisiert.⁴²² Auch die eigentliche Handlungsausführung ist durch spezifische neurologische Prozesse beeinflusst. Es kommt zu einem komplexen Zusammenspiel von verschiedenen Funktionen wie insbesondere Aufmerksamkeit, Wahrnehmung und Bewegungssteuerung.⁴²³ Insgesamt ist davon auszugehen, dass Emotionen „alle Teilprozesse der Handlungssteuerung beeinflussen [können], so etwa die handlungsmotivierenden Prozesse, die Verhaltensvorbereitung, die Abwägung von Handlungsalternativen und schliesslich die Ausführung der Handlung selbst.“⁴²⁴

2. Einfluss individueller Unterschiede

Wie bereits aus der Emotionspsychologie bekannt, sind das Erleben und die Verarbeitung von Emotionen durch individuelle Unterschiede geprägt. Die neurologische Forschung konnte diesbezüglich zeigen, dass es bei verschiedenen Probanden zur Aktivierung unterschiedlicher Hirnregionen kommen kann, selbst wenn sie die gleichen Emotionen beschreiben.⁴²⁵ Dies ist darin begründet, dass das individuelle Emotionserleben durch verschiedene Faktoren geprägt ist. Zunächst haben Persönlichkeitsmerkmale einen grossen Einfluss. So wurde etwa für Menschen, welche sich eher als extrovertiert beschrieben eine andere Aktivierung von Amygdala und präfrontalem Kortex gemessen, als für solche, die sich als neurotisch bezeichneten.⁴²⁶ Ähnliche Ergebnisse und eben-

⁴¹⁹ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 199.

⁴²⁰ Dazu ausführlich LEDOUX, *Emotional Brain*, 163 ff.; vgl. auch BOATMAN/KIM, *EJN* 2006, 894 ff.; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 199 ff.

⁴²¹ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 199 f.

⁴²² SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 211 ff. m.w.H.

⁴²³ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 215.

⁴²⁴ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 210.

⁴²⁵ EUGÈNE et al., *NeuroImage* 2003, 362; vgl. auch DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 680.

⁴²⁶ CANLI/AMIN, *Brain and Cognition*, 417 ff.; vgl. auch DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 681.

falls Unterschiede in der Emotionsverarbeitung wurden für Personen festgestellt, welche als ängstlich gelten.⁴²⁷

Als weiterer Unterscheidungsfaktor wird oft das Geschlecht der betroffenen Person genannt. Verschiedentlich wurde demnach versucht, die gesellschaftlich weit verbreitete Annahme, Frauen seien emotionaler als Männer, experimentell zu stützen. Gewisse Ergebnisse gehen tatsächlich in diese Richtung, andere zeigen demgegenüber das Gegenteil.⁴²⁸ Es konnte etwa gezeigt werden, dass es beim Umgang mit emotionalen Erinnerungen zu einer geschlechtstypisch unterschiedlichen Aktivierung der Amygdala kommt.⁴²⁹

Einen entscheidenden Einfluss auf die Emotionalität eines Menschen hat schliesslich sein Alter. Die genaue Auswirkung des Älterwerdens auf das Gefühlsleben ist jedoch teilweise noch unklar.⁴³⁰ Neuere Untersuchungen zeigen immerhin eine stark erhöhte Aktivität des anterioren cingulären Kortex in der Emotionsverarbeitung bei älteren Personen, während die Aktivität der Amygdala gleich bleibt.⁴³¹ Insgesamt scheint sich die Emotionsverarbeitung und insbesondere das Verhältnis zu kognitiven Prozessen mit dem Alter zu verändern, indem es zu einem verstärkten Zusammenspiel zwischen präfrontalem Kortex und Amygdala kommt, was sich in einer verbesserten Fähigkeit zur Emotionskontrolle auswirkt.⁴³²

3. Untersuchungen zur Emotionskontrolle

Die Neurowissenschaften setzen sich ebenfalls mit der Emotionsregulation auseinander. Es wird untersucht, inwiefern eine Person bestehende Emotionen

⁴²⁷ Siehe z.B. die Studien von BISHOP/DUNCAN/LAWRENCE, *The Journal of Neuroscience* 2004, 10364 ff. oder EWBANK et al., *NeuroImage* 2009, 1144 ff.; vgl. auch DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 681.

⁴²⁸ DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 682 f. m.w.H.; MCRAE et al., *Group Processes & Intergroup Relations* 2008, 144 ff., die darauf hinweisen, dass viele Studien deshalb kritisch zu betrachten sind, weil sie auf selbstberichteten Emotionserfahrungen beruhen, was zu Verzerrungseffekten führen könnte.

⁴²⁹ CAHILL et al., *Learning & Memory* 2004, 261 ff.; DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 682 f.; vgl. auch EWBANK et al., *NeuroImage* 2009, 1149; vgl. für eine psychologische Untersuchung zum Einfluss des Geschlechts auf das emotionale Erleben CRAWFORD et al., 185 ff.

⁴³⁰ DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 684 m.w.H.

⁴³¹ DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 684 f.; ST. JACQUES/DOLCOS/CABEZA, *Neurobiology of Aging* 2010, 315.

⁴³² DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 684 f.; vgl. auch ST. JACQUES/DOLCOS/CABEZA, *Neurobiology of Aging* 2010, 319 ff.

verändern oder neue Emotionen hervorrufen oder unterdrücken kann.⁴³³ Auch hier werden die bereits erwähnten Regulationsstrategien untersucht: Wahl der Situation, Modifikation der Situation, Aufmerksamkeitsfokussierung, Neubewertung der Umstände sowie die Regulation der emotional bedingten Reaktion.⁴³⁴

In der experimentellen Forschung stehen Studien zur Aufmerksamkeitssteuerung und Neubewertung im Vordergrund, da sich diese am einfachsten durch bildgebende Verfahren untersuchen lassen.⁴³⁵ Je nach angewandter Regulationsstrategie kommt es zur Aktivierung unterschiedlicher Nervenbahnen und Hirnregionen.⁴³⁶ Die meisten Regulationsstrategien laufen im präfrontalen Kortex ab, wobei die genauen Prozesse während der kognitiven Emotionsregulation teilweise noch unklar sind.⁴³⁷ Nach neueren Erkenntnissen durch bildgebenden Untersuchungen scheint es zu einer Interaktion zwischen der emotionsverarbeitenden Amygdala und dem präfrontalen Kortex zu kommen, welche es ermöglicht, ablenkende Emotionen kognitiv zu kontrollieren.⁴³⁸ Je nach Intensität und Art der Emotion werden indes andere Hirnareale benötigt.⁴³⁹ Insgesamt konnte gezeigt werden, dass es den meisten Personen möglich ist, selbst in emotional aufgeladenen Situationen eine kognitive Kontrolle über die eigene Emotionalität zu wahren.⁴⁴⁰

Neben der bewussten Einflussnahme auf das eigene Gefühlsleben, besteht zudem eine unbewusst ablaufende Regulation. Solche automatische Kontroll-

⁴³³ OCHSNER/SILVERS/BUHLE, *Annals of the New York Academy of Sciences* 2012, E4; vgl. zum psychologischen Verständnis vorne Erster Teil 2. Kap. A. IV. 2.

⁴³⁴ OCHSNER/SILVERS/BUHLE, *Annals of the New York Academy of Sciences* 2012, E4 f.; vgl. auch ETKIN/EGNER/KALISCH, *Trends in Cognitive Science* 2011, 90; ausführlicher zu den einzelnen Strategien vorne Erster Teil 2. Kap. A. IV. 2. b).

⁴³⁵ OCHSNER/SILVERS/BUHLE, *Annals of the New York Academy of Sciences* 2012, E15 f.

⁴³⁶ DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 670 m.w.H.; vgl. auch MCRAE et al., *Group Processes & Intergroup Relations* 2008, 145; OCHSNER/SILVERS/BUHLE, *Annals of the New York Academy of Sciences* 2012, E5 ff.

⁴³⁷ CANLI/AMIN, *Brain and Cognition*, 419; DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 678 m.w.H.; vgl. auch BARNOW, *Psychologische Rundschau*, 115; OCHSNER/SILVERS/BUHLE, *Annals of the New York Academy of Sciences* 2012, E5 ff.

⁴³⁸ CHUAH et al., *SLEEP* 2010, 1309 ff.; DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 678 ff. m.w.H.; OCHSNER/SILVERS/BUHLE, *Annals of the New York Academy of Sciences* 2012, E11 ff.; vgl. auch ETKIN/EGNER/KALISCH, *Trends in Cognitive Science* 2011, 85; MCRAE et al., *Group Processes & Intergroup Relations* 2008, 145 ff.

⁴³⁹ OCHSNER/SILVERS/BUHLE, *Annals of the New York Academy of Sciences* 2012, E11.

⁴⁴⁰ DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 670.

prozesse sind noch wenig erforscht.⁴⁴¹ Sie sind eng mit altersbedingten Lernprozessen verbunden. So erlernt ein Mensch, dass gewisse Emotionen in spezifischen Situationen unangebracht sind und so kommt es mit zunehmender Erfahrung zu automatisierten Regulationsabläufen.⁴⁴²

Die neurologische Forschung bestätigt die Individualität der Fähigkeit zur Regulation der eigenen Emotionen. Sie hängt zuerst von der Persönlichkeit ab; gewisse Personen werden eher von ihren Emotionen eingenommen, während andere sie viel besser kontrollieren können.⁴⁴³ Eine in starkem Mass eingeschränkte Fähigkeit zur Emotionskontrolle kann bei spezifischen psychischen Störungsbildern wie Angststörungen oder Depressionen bestehen.⁴⁴⁴ Auch das Geschlecht ist bei der Emotionskontrolle von Bedeutung. So scheinen Männer und Frauen unterschiedliche Kontrollstrategien anzuwenden.⁴⁴⁵ Schliesslich steigt die Fähigkeit seine Gefühle zu kontrollieren mit zunehmendem Alter.⁴⁴⁶

4. Das Verhältnis zwischen Emotionen und bewussten Prozessen

a) Allgemeines

Untersuchungen zum Verhältnis zwischen Emotionen und kognitiven Prozessen sind dadurch erschwert, dass beide teilweise in den gleichen Gehirnregionen verarbeitet werden.⁴⁴⁷ Man ist sich daher einig, dass kognitive Prozesse und Emotionen in wechselseitiger Beziehung stehen.⁴⁴⁸ Die ursprüngliche Annahme, emotionale Prozesse würden in anderen Hirnregionen als kognitive ablaufen und seien darum getrennte Systeme, ist durch die Forschung widerlegt.⁴⁴⁹

⁴⁴¹ DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 678.

⁴⁴² DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 678.

⁴⁴³ DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 670.

⁴⁴⁴ DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 670.

⁴⁴⁵ DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 683; LÜCK/STRÜBER/ROTH, 107 ff.; MCRAE et al., *Group Processes & Intergroup Relations* 2008, 145 ff. m.w.H.

⁴⁴⁶ DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 684 f.; ST. JACQUES/DOLCOS/CABEZA, *Neurobiology of Aging* 2010, 315 ff.

⁴⁴⁷ GRAY, *Cognition and Emotion* 1990, 269.

⁴⁴⁸ CHUAH et al., *SLEEP* 2010, 1305; DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 669; MERTEN, 86.

⁴⁴⁹ MERTEN, 86.

Die Frage von kognitiven Abläufen und ihrem Verhältnis zu Emotionen wird aus neurowissenschaftlicher Sicht zunächst ebenfalls für die Entstehung der Emotion aufgeworfen. In der Regel wird die Auffassung vertreten, dass es sowohl bewusste als auch unbewusste Emotionen gibt; Emotionen können demnach ohne Einfluss von kognitiven Prozessen entstehen.⁴⁵⁰

Untersucht wird zudem die Frage, wie sich bereits entstandene Emotionen auf die bewusste Verhaltensplanung und -steuerung auswirken. Diesbezüglich ist bekannt, dass Emotionen bei der Auswahl bestimmter Handlungen mitwirken und bestimmte Verhaltensweisen fördern oder hemmen.⁴⁵¹ So ist es in der Regel erst ein emotionaler Zustand, der eine Person im Zusammentreffen mit rein kognitiven Prozessen zu einem bestimmten Handeln antreibt.⁴⁵² Entsprechend zur Emotionspsychologie anerkennen Neurowissenschaftler, dass Emotionen zu einer spezifischen Aktivierung des Nervensystems führen können. Dadurch kann der Organismus auf eventuell erforderliche, intensive motorische Reaktionen wie Flucht oder Kampf vorbereitet werden.⁴⁵³

Nach ROTH ist das für emotionale Prozesse massgebende limbische System hierarchisch strukturiert.⁴⁵⁴ Je nach Ebene der Aktivierung ist das Verhältnis von Verstand und Gefühlen ein anderes. Entscheidend ist die Art der Emotion. Lernunabhängige affektive Zustände – zu diesen zählen etwa Wut, Furcht und Lust – sind auf der untersten Ebene des limbischen Systems angesiedelt. Diese Ebene lässt sich nur schwer bewusst steuern.⁴⁵⁵ Auf einer mittleren Ebene liegt die emotionale Konditionierung, die durch die basolaterale Amygdala, das mesolimbische System, das ventrale Pallidum sowie limbische thalamische

⁴⁵⁰ REISENZEIN/HORSTMANN, 486 ff.; ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 292. Die These der unbewussten Emotionen wurde schon früh aufgeworfen; vgl. z.B. CANNON, *Psychological Review* 1931, 283 ff. Gestützt wird sie zudem durch neuere Forschungsergebnisse, welche belegen, dass emotionale Stimuli auch verarbeitet werden, wenn die Aufmerksamkeit auf etwas anderes gerichtet ist; dazu SHAW et al., *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 695 ff.; SUTTON/ALTARRIBA, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 736 ff.; zum Ganzen auch DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 671 ff.; vgl. auch die Anmerkungen zur diesbezüglichen Debatte in der Emotionspsychologie Fn. 279.

⁴⁵¹ ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 291; vgl. auch DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 669.

⁴⁵² ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 297.

⁴⁵³ REISENZEIN/HORSTMANN, 486 ff.; so bereits CANNON, *Psychological Review* 1931, 283 ff.

⁴⁵⁴ Das limbische System als Grundlage der Emotionsverarbeitung wird jedoch teilweise kritisiert; vgl. LEDOUX, *Cellular and Molecular Neurobiology* 2003, 727 m.w.H.

⁴⁵⁵ ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 373.

Kerne konstruiert wird. Darin wird alles was der Körper tut, nach positiven und negativen Konsequenzen bewertet und diese Beurteilung wird im emotionalen Erfahrungsgedächtnis abgespeichert.⁴⁵⁶ Dieses Wissen wird in zukünftigen Situationen abgerufen und beeinflusst somit bevorstehende kognitive Prozesse. Ob das emotionale Gedächtnis umlernen kann, ist unklar.⁴⁵⁷ Auf der obersten Ebene, welche bewusst gesteuert werden kann, erfolgt die Bewertung von Objekten und Geschehnissen.⁴⁵⁸ Die verschiedenen Ebenen werden vor allem von unten nach oben beeinflusst, eine bewusste Kontrolle von oben nach unten ist hingegen nur beschränkt möglich.⁴⁵⁹ Das affektiv-emotionale Erfassen und Bewerten einer Situation, welches verhaltensmotivierend wirken kann, erfolgt relativ zeitgleich zum tatsächlichen Geschehnisablauf. Erst nach einer späteren mehr oder weniger unemotionalen detaillierten Erfassung der Sachlage kann es zu einer rationalen Abwägung der Umstände und ihrer Konsequenzen kommen.⁴⁶⁰ Solche kortikale Aktivitäten können die subkortikal generierten Antriebe des limbischen Systems entweder unterstützen oder hemmen.⁴⁶¹ Der bewusste Einfluss auf das emotionale Geschehen ist infolgedessen erst mit gewisser Verzögerung möglich. ROTH folgert daraus, dass „Gefühle den Verstand eher beherrschen als der Verstand die Gefühle.“⁴⁶²

Wie das allgemeine Emotionserleben ist das Verhältnis zwischen Bewusstsein und Gefühlslage in erheblichem Mass von individuellen Unterschieden geprägt.⁴⁶³ Hier haben sie sogar eine grössere Bedeutung, weil sich zwischen verschiedenen Personen sowohl die Emotionsverarbeitungsprozesse als auch die übrigen kognitiven Prozesse unterscheiden.⁴⁶⁴

b) Die Furchttheorie LeDoux

LEDoux hat sich vor allem der Erforschung einzelner Emotionszustände, insbesondere der Furcht, gewidmet. Im Unterschied zu anderen Forschern geht er nicht einer allgemeinen neurowissenschaftlichen Emotionstheorie nach.⁴⁶⁵

⁴⁵⁶ ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 373.

⁴⁵⁷ ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 274.

⁴⁵⁸ ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 374 f.

⁴⁵⁹ ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 375.

⁴⁶⁰ ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 376.

⁴⁶¹ ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 376, der davon spricht, dass der orbitofrontale Kortex vornehmlich eine hemmende Wirkung auf die Amygdala ausübt.

⁴⁶² ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 375.

⁴⁶³ DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 670.

⁴⁶⁴ DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, *Journal of Cognitive Psychology* 2011, 680

⁴⁶⁵ REISENZEIN/HORSTMANN, 490.

In seiner Furchttheorie hat er sich ausführlich mit der Entstehung und den Auswirkungen dieser Emotion auseinandergesetzt.

Vorweg ist zu betonen, dass die Furcht klar von der dadurch hervorgerufenen Verteidigungs- oder Abwehrhandlung zu unterscheiden ist.⁴⁶⁶ Solche Reaktionen müssen nicht zwangsweise durch die Amygdala ausgelöst werden. Vor allem, wenn bedrohliche Situationen gut erlernt sind, wird die Reaktion nicht über die Amygdala gesteuert.⁴⁶⁷ Ein Verteidigungsverhalten wird daher nicht notwendigerweise durch ein Furchtgefühl gesteuert.⁴⁶⁸

Im vorliegenden Kontext besonders interessant ist die Erkenntnis, dass es zwei mögliche Wege der Furchtverarbeitung gibt. LEDOUX zeigte zunächst eine direkte Verbindung vom sensorischen Thalamus zur Amygdala.⁴⁶⁹ Dieses „thalamo-amygdaloide System“⁴⁷⁰ ermöglicht insbesondere die emotionale Reaktion auf einfache Reize aus der Umwelt.⁴⁷¹ Die Emotion wird ohne Umweg über bewusste Prozesse ausgelöst und ermöglicht eine rasche Reaktion auf bedrohliche Reize, ohne dass sich kognitive Prozesse einschalten.⁴⁷² Die emotionale Aktivierung der Amygdala ermöglicht insbesondere die Auslösung einer Reihe von motorischen Systemen.⁴⁷³ Es kann mit anderen Worten zu unbewussten, durch die emotionale Aktivierung ausgelösten Reflexreaktionen kommen. Am einfachsten lassen sich die Erkenntnisse LEDOUX an einem Beispiel erläutern. Erblickt jemand auf einem Waldboden ein dünnes, gekrümmtes Objekt, so wird diese Wahrnehmung im Thalamus schnell und einfach auf die Gefährlichkeit – handelt es sich bloss um eine Wurzel oder eine Schlange? – eingeschätzt. Diese Kurzeinschätzung wird auf direktem Weg an die Amygdala geleitet, welche wiederum über den Hypothalamus eine Reihe von hormonellen und vegetativen Reaktionen veranlasst. Dazu zählt zum Beispiel Beschleunigung der Herzfrequenz und der Atmung sowie Glucoseausschüttung aus der Leber. All dies versetzt den Körper in eine Handlungsbereit-

⁴⁶⁶ LEDOUX, Trends in Cognitive Sciences 2013, 155.

⁴⁶⁷ LEDOUX, Trends in Cognitive Sciences 2013, 155.

⁴⁶⁸ LEDOUX, Trends in Cognitive Sciences 2013, 156.

⁴⁶⁹ LEDOUX, Emotional Brain, 150 ff.; vgl. auch MERTEN, 94 f.

⁴⁷⁰ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 201.

⁴⁷¹ LEDOUX, Emotional Brain, 150 ff.; vgl. auch LEDOUX, Neuron 2012, 656; MERTEN, 94 f.

⁴⁷² LEDOUX, Emotional Brain, 150 ff.; vgl. auch BOATMAN/KIM, EJM 2006, 894 ff.; LAMBERTI, Zeitschrift für Neuropsychologie 2009, 221; LEDOUX, Neuron 2012, 656; MERTEN, 95; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 201.

⁴⁷³ LEDOUX, Emotional Brain, 163 ff.; vgl. auch MERTEN, 95; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 201.

schaft, noch bevor eine bewusste Informationsverarbeitung im Thalamus erfolgt.⁴⁷⁴

Ein zweites und langsames Verarbeitungssystem läuft über den Thalamus zu den neokortikalen Assoziationsarealen, welche eine Dekodierung des Objekts erlauben. Bei diesem „cortico-amygdaloiden System“⁴⁷⁵ gelangen die Informationen erst nach der Bewertung an die Amygdala, welche dann wiederum die behaviorale Reaktion beeinflusst.⁴⁷⁶ Bei dieser zweiten Furchtverarbeitungsvariante können sich vermehrt kognitive Prozesse einschalten und sowohl die Emotionsentwicklung als auch deren Auswirkung beeinflussen.

Inwiefern sich die tierexperimentellen Befunde LEDOUX, welche sich zudem auf einfache sensorische Furchtstimuli beschränken, auf andere Emotionszustände übertragen lassen, ist fraglich.⁴⁷⁷ Seine Forschung legt immerhin nahe, dass es zumindest in der Verarbeitung der Furcht zu direkt von der Emotion ausgelöst und nicht vom Bewusstsein gesteuerten Reaktionsmustern kommen kann.

c) Auswirkungen auf bestimmte kognitive Prozesse

Entsprechend zur Emotionspsychologie lassen sich aus neurowissenschaftlichen Erkenntnissen kaum allgemein gültige Aussagen zum generellen Verhältnis zwischen Emotionen und bewussten Prozessen finden. Es gibt allerdings vermehrt Ergebnisse zum Verhältnis zwischen Emotionen und bestimmten kognitiven Prozessen. Interessante Ausführungen dazu finden sich in der Metaanalyse von BLANCHETTE und RICHARDS. Sie untersuchten den Einfluss von Emotionen auf entscheidende kognitive Prozesse wie Interpretation, Einschätzung, Entscheidung und Denkfähigkeit und konnten zeigen, dass derartige Prozesse entscheidend vom emotionalen Befinden einer Person abhängen.⁴⁷⁸

Die *Interpretation* der Umwelt wird erheblich durch die Gefühlslage der betroffenen Person beeinflusst. Wer Angst verspürt oder generell ängstlicher ist als andere, interpretiert seine Umwelt schneller negativ, nimmt etwa schneller

⁴⁷⁴ Darstellung nach LEDOUX, *Emotional Brain*, 163 ff.; vgl. auch BRANDSTÄTTER et al., 170 f.

⁴⁷⁵ SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 201.

⁴⁷⁶ LEDOUX, *Emotional Brain*, 161 ff.; vgl. auch BOATMAN/KIM, *EJN* 2006, 894 ff.; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 134.

⁴⁷⁷ LEDOUX, *Neuron* 2012, 653; SCHMIDT-ATZERT/PEPER/STEMMLER, 134.

⁴⁷⁸ BLANCHETTE/RICHARDS, *Cognition and Emotion* 2009, 561 ff.

eine Gefahrensituation als gegeben an. Andere Emotionszustände können ebenfalls zu ähnlichen Bewertungsverzerrungen führen.⁴⁷⁹

Die an die Interpretation anschließende und auf die Zukunft gerichtete *Beurteilung* der Situation ist ebenso von der Gefühlslage abhängig. Personen in positiver Emotionslage nehmen eher positive Einschätzungen vor und erwarten erfreulichere Geschehnisse; Personen mit negativer Gefühlslage erwarten demgegenüber nachteilige Ereignisse.⁴⁸⁰ Damit einhergehend ist ferner die Risikofreudigkeit der entsprechenden Person emotional bedingt.⁴⁸¹

Im Einklang mit der handlungsvorbereitenden Funktion von Emotionen ist anerkannt, dass sie *aufmerksamkeitsfördernd* wirken können. Die für die Emotionsverarbeitung notwendigen Gehirnregionen werden aktiviert und ermöglichen eine effiziente Verarbeitung des emotionalen Stimulus.⁴⁸² Dies scheint insbesondere für negative Emotionen wie etwa Wut, Angst oder Bedrohung zu gelten.⁴⁸³

Die Abspeicherung und Abrufung von *Erinnerungen* ist stark vom emotionalen Befinden der betreffenden Person abhängig. Es ist leichter, Erinnerungen abzurufen, welche zum momentanen Befinden passen, da sie zusammen mit der emotionalen Bewertung abgespeichert werden.⁴⁸⁴

Aufgrund ihres Einflusses auf all diese kognitiven Prozesse scheinen Emotionen insgesamt das *logische Denken* zu einem gewissen Grad zu beeinträchtigen.⁴⁸⁵ So wird etwa die Auswahl an Denkstrategien vom Emotionszustand beeinflusst. Positive Gefühle führen eher zu heuristischen Problemverarbeitungen als negative.⁴⁸⁶

⁴⁷⁹ BLANCHETTE/RICHARDS, Cognition and Emotion 2009, 563 ff. m.w.H.

⁴⁸⁰ BLANCHETTE/RICHARDS, Cognition and Emotion 2009, 571 ff. m.w.H.

⁴⁸¹ BLANCHETTE/RICHARDS, Cognition and Emotion 2009, 575 f.

⁴⁸² DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, Journal of Cognitive Psychology 2011, 671 m.w.H.; vgl. auch SUTTON/ALTARRIBA, Journal of Cognitive Psychology 2011, 744;

⁴⁸³ SHAW et al., Journal of Cognitive Psychology 2011, 704 f.; SUTTON/ALTARRIBA, Journal of Cognitive Psychology 2011, 739 ff.; wobei sich diese Studien auf die Wahrnehmung und Verarbeitung von emotionalen Gesichtsausdrücken bzw. Aussagen anderer Personen beziehen.

⁴⁸⁴ Vgl. dazu statt vieler CRAWFORD et al., 37 ff.; DOLCOS/IORDAN/DOLCOS, Journal of Cognitive Psychology 2011, 670 ff.; LEDOUX, Cellular and Molecular Neurobiology 2003, 731 ff.; LEDOUX, Emotional Brain, 179 ff.

⁴⁸⁵ BLANCHETTE/RICHARDS, Cognition and Emotion 2009, 578 ff. m.w.H.

⁴⁸⁶ BLANCHETTE/RICHARDS, Cognition and Emotion 2009, 582.

C. Aussagen zur Wirkungsweise des Affekts in der forensischen Psychiatrie

Da sich die forensische Literatur in der Regel nicht gesondert mit dem Affekt beschäftigt, sondern auf Affektdelikte fokussiert ist, werden die Auswirkungen heftiger Gemütsbewegungen nicht allgemein, sondern nur gezielt auf affektiv motivierte Straftaten behandelt. Ganz allgemein werden die psychologischen Erkenntnisse aufgenommen und es wird darauf hingewiesen, dass Emotionen bei spezieller quantitativer Ausprägung Denken und Handeln des Individuums bestimmen können.⁴⁸⁷ In Extremfällen können gar nicht bewusst gesteuerte „Verhaltens- und Handlungsschablonen“ ablaufen.⁴⁸⁸ FURGER folgert daraus: „Unbewusste Komplexe, Stimmungen, Affekte, Gefühle und Leidenschaften sind oft die massgeblich bestimmenden Kräfte menschlichen Handelns und Verhaltens.“⁴⁸⁹ Zusätzlich wird auf neurologische Erkenntnisse zurückgegriffen. Affektdelikte werden als „Kurzschlusshandlungen“ ohne oder nur mit geringer kortikaler Beteiligung betrachtet,⁴⁹⁰ bei welchen die bewusste Handlungsregulation des Täters zumindest erschwert ist. Gesondert wird teilweise der Affektstupor beschrieben. Dies ist eine Situation, in der eine Person aufgrund ihrer heftigen Emotionen nicht mehr zu einer Reaktion fähig ist; sie ist etwa „vor Schreck gelähmt“.⁴⁹¹

Eine häufig vorgebrachte These ist die Behandlung des Affektdelikts als Primitivreaktion. Demnach führt eine starke affektive Erregung zu Explosivreaktionen und Kurzschlusshandlungen; der Affekt entlädt sich direkt in der strafbaren Handlung, ohne dass sich zügelnde Überlegungen einschalten könnten.⁴⁹² Für die Bestätigung eines derartigen Beherrschungsverlusts wird auf psychologische Experimente, insbesondere die Dembo-Versuche, verwiesen.⁴⁹³ Im Hinblick auf die Frage der Schuldfähigkeit des Affekttäters werden solche Versuche in Frage gestellt. Aus dem Kontrollverlust alleine kann noch nicht die Schuldunfähigkeit abgeleitet werden. Gerade mit Begriffen wie Explosivreaktion und anderen plakativen Umschreibungen muss zurückhaltend

⁴⁸⁷ NEDOPIL/MÜLLER, 117.

⁴⁸⁸ NEDOPIL/MÜLLER, 117 m.w.H.

⁴⁸⁹ FURGER, AJP 1992, 1122.

⁴⁹⁰ ENDRES, 415.

⁴⁹¹ KONRAD/RASCH, 373; anderes Begriffsverständnis bei FRANK, Psychiatrie, 11, der von einer „fast vollständigen Sperrung der Affektivität“ spricht.

⁴⁹² So etwa KONRAD/RASCH, 373; RÖSLER et al., 114; SAB, Nervenarzt 1983, 559.

⁴⁹³ KRÜPELMANN, FS-Welzel, 330; SAB, Nervenarzt 1983, 559 f.; vgl. dazu auch vorne Erster Teil 2. Kap. A. II. 2.

umgegangen werden, da diese die Unbeherrschbarkeit des Affekts geradezu implizieren.⁴⁹⁴

Die Auswirkungen eines Affekts werden in der forensischen Psychiatrie in der Regel nicht gesondert untersucht, sondern nur Aussagen hinsichtlich dessen Relevanz für die Schuldfähigkeit des Täters getroffen. Bis zum Zweiten Weltkrieg wurde diesbezüglich überwiegend davon ausgegangen, dass insbesondere affekttypische Delikte bei Vorliegen von bestimmten Gemütsbewegungen – vor allem Eifersucht und Zorn – entschuldigt werden können.⁴⁹⁵ In der Folge wurde diese Position in Zweifel gezogen. Gewisse Autoren führten aus, dass eine normalpsychologische Affekterregung grundsätzlich keine Beeinflussung der Kontrollfähigkeit bewirke und dass der Affekt ergo ausschliesslich normativen Bewertungskriterien offenstehe. So könnte juristisch höchstens die Zumutbarkeit normgemässen Verhaltens im Raum stehen, die Schuldfähigkeit sei jeweils gegeben.⁴⁹⁶ Andere Meinungen gingen demgegenüber weiterhin davon aus, dass auch der nicht krankhafte Affekt dazu führen kann, dass eine Person soweit in ihrer Beherrschungsfähigkeit eingeschränkt ist, dass dies die Schuldfähigkeit des Täters beeinträchtigt.⁴⁹⁷ Diesbezüglich wurde bereits in den Ausführungen zum forensischen Verständnis der Affekttat deutlich, dass eine *Einengung des Bewusstseinsfelds* teilweise gar als Begriffselement betrachtet wird.⁴⁹⁸ Dies verdeutlicht, dass eine Auswirkung einer heftigen Gemütsbewegung darin liegen kann, dass nur noch bestimmte, durch den Affekt gefilterte Erlebnisreize wahrgenommen werden.⁴⁹⁹ Die starken Gefühlsregungen beim Affekt führen dazu, dass die Reflexion über die Wahrnehmungsgegebenheiten

⁴⁹⁴ SAB, Nervenarzt 1983, 559; kritisch auch JANZARIK, 60.

⁴⁹⁵ SAB, Nervenarzt 1983, 560 m.w.H.

⁴⁹⁶ Vgl. SAB, Nervenarzt 1983, 560 f. m.w.H.

⁴⁹⁷ Dabei ergab sich auch unter den forensischen Psychiatern ein Diskurs, wie dieser zu beachten sei. Ein Teil der forensischen Lehre ging weiterhin davon aus, dass es sich typischerweise um ein Schuldproblem handelt, da Einsicht- und Steuerungsfähigkeit eingeschränkt oder im Extremfall gar ausgeschlossen werden können. Andere Autoren hielten dem dagegen, dass nur für diejenigen Taten, bei denen der Gesetzgeber bei Vorliegen eines Affekts ein vermindertes Verschulden sieht, eine besondere Strafnorm geschaffen wird – entsprechend wie es bis heute in Art. 113 StGB für die Tötung der Fall ist. Da die strafrechtlichen Möglichkeiten zur Beachtung des Affekts im Folgenden ausführlich dargelegt werden, wird auf eine genauere Darstellung dieses Disputs in der forensischen Literatur verzichtet; vgl. dazu etwa SAB, Nervenarzt 1983, 561 m.w.H.

⁴⁹⁸ Vgl. Erster Teil 1. Kap. D. I. 3.

⁴⁹⁹ KONRAD/RASCH, 375; LAMBERTI, Zeitschrift für Neuropsychologie 2009, 224; NEDOPIL/MÜLLER, 281.

und das eigene Tun eingeschränkt ist.⁵⁰⁰ Es kann zur Herabsetzung der Wahrnehmungs- und der Steuerungsfähigkeit kommen.⁵⁰¹

Die forensische Psychiatrie orientiert sich aufgrund ihrer Ausrichtung nicht an der allgemeinen Wirkungsweise von Affekten oder Emotionen. Vielmehr geht es darum, Auskünfte für den juristischen Umgang damit zu liefern. So wird mehrheitlich versucht zu beantworten, ob und wann ein Affekt zur Schuldunfähigkeit oder zur verminderten Schuldfähigkeit eines Straftäters führen kann. Die diesbezüglichen Ausführungen werden nicht hier, sondern bei den entsprechenden Stellen im zweiten Teil dieser Arbeit beigezogen.

D. Zwischenfazit

Genauso wie die eigentliche Begrifflichkeit des Affekts nur schwer präzise festgestellt werden kann, so lassen sich auch über dessen Auswirkungen kaum allgemein gültige Aussagen treffen. Die psychologische und neurowissenschaftliche Emotionsforschung zeigt immerhin die stark handlungsmotivierenden Tendenzen von Emotionen, welche mit der Intensität des Gemütszustands steigen. Es besteht insbesondere ein enger Zusammenhang zwischen Wut und aggressivem Verhalten.

Kognitive Prozesse können durch starke Emotionen gesteigert oder eingeschränkt werden. Für ganz einfache Verteidigungsreaktionen ist es sogar möglich, dass bewusste Prozesse gänzlich ausgeschlossen sind. Für ein exakteres Verständnis des Verhältnisses von Affekten und Bewusstsein bleibt die weitere wissenschaftliche Entwicklung abzuwarten. Der momentane Wissensstand bestätigt indes die dieser Arbeit zugrunde liegende Annahme. Affekte können stark verhaltensmotivierend wirken, gewisse kognitive Prozesse beeinflussen und infolgedessen die Beherrschungsfähigkeit einer Person einschränken.

⁵⁰⁰ KONRAD/RASCH, 375.

⁵⁰¹ Vgl. die strafrechtliche Bewertung der Schuldfähigkeit eines Affekttäters hinten Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) cc).

Zweiter Teil:
Die Beurteilung eines Affektdelikts
im schweizerischen Strafrecht

1. Kapitel: Affekt im Allgemeinen Teil des StGB

In diesem Kapitel soll untersucht werden, wie der Affekt im Allgemeinen Teil des StGB zu berücksichtigen ist. Dabei wird dem klassischen Deliktsaufbau gefolgt und jeweils aufgezeigt, welche Probleme sich bei einem Affektdelikt ergeben können. Besondere Beachtung wird dem Verhältnis von Affekt und Schuld geschenkt. Ausserdem wird die Berücksichtigung des Affekts bei der Strafzumessung untersucht.

A. Verortung des Affekts im klassischen Verbrechenbau

Der Verbrechenbau bezeichnet jene Elemente, welche eine Handlung zu einem strafbaren Delikt werden lassen. Gefordert ist ein menschliches Verhalten⁵⁰², welches tatbestandsmässig, rechtswidrig und schuldhaft ist.⁵⁰³ Für die folgende Darstellung ist damit der dreistufige Verbrechenbau⁵⁰⁴ massgebend.

Der Tatbestand beschreibt alle materiellen Voraussetzungen, welche ein Verhalten als strafwürdig erscheinen lassen, sodass ein staatliches Strafbedürfnis entsteht. Er wird durch die im Gesetz festgeschriebenen Voraussetzungen bestimmt (*nullum crimen sine lege*). Der Tatbestand umfasst damit alle unrechtsbegründenden Tatsachen.⁵⁰⁵

Die Tatbestandsmässigkeit eines Verhaltens indiziert dessen *Rechtswidrigkeit*.⁵⁰⁶ Es ist daher einzig nach Gründen zu suchen, welche ein tatbestandsmässiges Tun ausnahmsweise rechtfertigen. So kann eine Handlung, welche

⁵⁰² Dies ist jedoch gerade seit der Einführung des Unternehmensstrafrechts ein umstrittener Punkt; vgl. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, 7 ff., welcher darauf hinweist, dass die allgemeinen Voraussetzungen der Strafbarkeit für Unternehmungen angepasst werden müssen; PIETH, Wirtschaftsstrafrecht, 56 ff.; RIKLIN, AT I, § 12 N 14 ff. Dies soll hier jedoch nicht weiter aufgegriffen werden, da der Affekt in jedem Fall nur bei von Menschen begangenen Delikten von Bedeutung sein kann. Vgl. zur strafrechtlich relevanten Handlung auch hinten Zweiter Teil I. Kap. I. 1. a) aa).

⁵⁰³ DONATSCH/TAG, 82; TRECHSEL/NOLL, 69; ähnlich bereits SCHWANDER, 123.

⁵⁰⁴ Statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 8 N 11; anders etwa in Deutschland, wo die Rechtfertigungsgründe teilweise als negative Tatbestandsmerkmale aufgefasst werden und daher einem lediglich zweistufigen Verbrechenbau gefolgt wird; vgl. dazu bspw. SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER/EISELE, Vor §§ 13 ff. N 15 ff. m.w.H.

⁵⁰⁵ Zum Ganzen STRATENWERTH, AT I, § 8 N 5 ff.; TRECHSEL/NOLL, 73 f.

⁵⁰⁶ Statt vieler DONATSCH/TAG, 217; SEELMANN/GETH, 153; TRECHSEL/NOLL, 115.

einen Straftatbestand erfüllt, ausnahmsweise rechtmässig sein, wenn bestimmte Umstände vorliegen.⁵⁰⁷ Die Rechtswidrigkeit hat damit die umgekehrte Sichtweise als die Tatbestandsmässigkeit. Zu prüfen sind die unrechtausschliessenden Voraussetzungen. Tatbestand und Rechtmässigkeit zusammen umfassen den Unrechtsgehalt einer Tat.⁵⁰⁸

Die Schuld schliesslich bezieht sich nicht auf die Tat, sondern auf den Täter. Es ist zu prüfen, ob er für sein Verhalten auch verantwortlich gemacht werden kann.⁵⁰⁹ Es geht mithin um den persönlichen Vorwurf gegenüber dem Täter.⁵¹⁰

I. Tatbestandsmässigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) Handlung

aa) *Rechtlich relevante Handlung*

Die Tatbestandsmässigkeit einer Straftat kann grundsätzlich nur durch eine menschliche Handlung ausgelöst werden.⁵¹¹ Vorausgesetzt ist zudem, dass die Handlung vom Willen der handelnden Person getragen ist.⁵¹² Allerdings kann nur geäussertes Verhalten strafrechtlich relevant sein; der blosser Wille oder die Gesinnungen sind nicht vom Strafrecht erfasst.⁵¹³

Rechtlich relevante Handlungen müssen von sogenannten Nichthandlungen abgegrenzt werden. Unbeachtlich ist die Handlung eines Menschen, wenn er keinerlei Einfluss darauf hat. Dies ist etwa bei mechanischen Einwirkungen, unkontrollierten Bewegungen im Schlaf oder unter Hypnose, reinen Reflexhandlungen, Krampferscheinungen oder in Fällen der vis absoluta anzunehmen.⁵¹⁴ Als weitere Beispiele zählt RIKLIN das Agieren im Zustand der totalen Bewusstlosigkeit sowie Handlungen von Säuglingen auf und fügt an, dass der

⁵⁰⁷ SEELMANN/GETH, 153 f.

⁵⁰⁸ Vgl. dazu auch STRATENWERTH, AT I, § 8 N 22 ff.

⁵⁰⁹ DONATSCH/TAG, 82; STRATENWERTH, AT I, § 8 N 16.

⁵¹⁰ STRATENWERTH, AT I, § 8 N 22.

⁵¹¹ DONATSCH/TAG, 84; FREI, Kausalzusammenhang, 7; SEELMANN/GETH, 95; differenzierend JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, 7 ff.

⁵¹² DONATSCH/TAG, 84; FREI N 10; HEIERLI, 36; RIKLIN, AT I, § 12 N 8.

⁵¹³ RIKLIN, AT I, § 12 N 13; TRECHSEL/NOLL, 83.

⁵¹⁴ DONATSCH/TAG, 84; HEIERLI, 40; RIKLIN, AT I, § 12 N 11; SEELMANN/GETH, 95.

Übergang zwischen der rechtlich relevanten und der Nichthandlung fließend ist.⁵¹⁵

Bei *Reflexen* ist die Problemlage nicht restlos geklärt. Auf der einen Seite sind angeborene oder unbedingte Reflexe Aktionen, welche ohne bewusste Mitwirkung des Gehirns, also nur aufgrund einer äusseren Reizung, ablaufen. Solchen nicht willentlich gesteuerten Handlungen kommt keine rechtliche Relevanz zu.⁵¹⁶ Anders ist die Lage bei erlernten oder bedingten Reflexen. Dabei handelt es sich um Verhaltensweisen, welche aufgrund von Erfahrungswerten oder gezieltem Training ohne bewusste Steuerung ablaufen. Obwohl in diesem Fall die Handlung „wie von selbst“ abläuft, wird sie zumindest in einer tieferen Bewusstseinsstufe verarbeitet,⁵¹⁷ läuft daher nicht automatisch ab und hat als willentlich gesteuerte Handlung zu gelten.⁵¹⁸

bb) Affekttaten als rechtlich relevante Handlungen

Eine Affekttat begeht der Täter unter dem Einfluss einer heftigen emotionalen Drucksituation, welche die Beherrschungsfähigkeit des Täters beeinflussen kann. Es stellt sich somit die Frage, ob eine Affekthandlung überhaupt rechtlich relevant sein kann.

Im Gegensatz zur schweizerischen Lehre beschäftigt sich die deutsche mit dieser Problematik. Aufgrund der grossen Ähnlichkeit der Handlungsbegriffe im deutschen und im schweizerischen Strafrecht – nach deutschem Strafrecht geht es beim Handlungsbegriff ebenfalls primär darum rein mechanische und nicht unter Mitwirkung der geistigen Kräfte des Menschen vollzogene Handlungen von der rechtlich relevanten Handlung abzugrenzen⁵¹⁹ – können die von der deutschen Lehre erarbeiteten Ansätze für die Beurteilung der Situation nach schweizerischem Recht herangezogen werden.

SCHEWE wirft die Frage der Handlungsqualität von Affekttaten unter Zuhilfenahme des psychologischen Schrifttums auf. Er zeigt auf, dass bei affektiv motivierten Taten in der Psychologie und in Sachverständigengutachten oft von ungewollten, reflexartigen Handlungen gesprochen wird.⁵²⁰ Trotzdem

⁵¹⁵ RIKLIN, AT I, § 12 N 13.

⁵¹⁶ FREI, Kausalzusammenhang, 11 ff.

⁵¹⁷ HEIERLI, 37.

⁵¹⁸ Anders FREI, Kausalzusammenhang, 14, die keine kategorisierte Abgrenzung vornimmt, sondern auf den Einzelfall abstellt.

⁵¹⁹ Statt vieler SCHEWE, 24 ff.; SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER/EISELE, Vor §§ 13 ff. N 37 ff. jeweils m.w.H.

⁵²⁰ SCHEWE, 27 ff.

setzen sich sowohl Praxis als auch Dogmatik nur wenig mit diesem Problem auseinander.⁵²¹ Wenn ein Gutachten von einem unwillkürlichen oder gar automatischen Ablauf einer Affekttat spricht, ist die Frage nach der Handlungsqualität zu stellen. Dies hat das Oberlandesgericht Hamburg in folgendem Fall getan: Der Täter sollte eine Frau einkleiden. Dabei versuchte er sie zu umarmen. Als sie sich losreissen wollte, wurde ihre Brust entblösst. Darauf küsste der Täter die Brust und verletzte sie durch einen Biss.⁵²² Die Vorinstanz machte geltend, dass es sich möglicherweise gar nicht um eine relevante Handlung, sondern um eine Art Reflexbewegung gehandelt habe.⁵²³ Dem widersprach das Oberlandesgericht und machte darauf aufmerksam, dass ein triebhaftes Affektgeschehen vorgelegen habe. Einem solchen könne die Handlungsqualität nicht abgesprochen werden. Anders sei es bei der Reflexhandlung, weil da die Erregung der motorischen Nerven nicht unter seelischem Einfluss, sondern rein aufgrund eines physiologischen Reizes ausgelöst werde.⁵²⁴

SCHEWE verdeutlicht, dass es sich bei der Affekttat nicht um eine eigentliche Reflexbewegung handelt. Trotzdem wirft er die Frage auf, wieso man nicht von einem „automatischen“ oder „instinktiven“ Geschehen ausgehen könne.⁵²⁵ Er ist der Meinung, dass die Gerichte oft vom Ergebnis her argumentieren und deshalb in gravierenden Fällen die Frage nach der Handlungsqualität gar nicht zulassen. Gemäss SCHEWE gäbe es viele Konstellationen, in denen diese Frage zumindest aufgeworfen werden müsste. Er weist jedoch auch darauf hin, dass die „Unwillkürlichkeit“ von Affekttaten nicht mit derjenigen von Nichthandlungen identisch ist.⁵²⁶ Die Unklarheit der diesbezüglichen strafrechtlichen Definitionen führt dazu, dass man die Lösung ergebnisorientiert sucht, damit das gefühlsmässig „richtige“ Resultat entsteht.⁵²⁷ Im Endeffekt geht SCHEWE dennoch davon aus, dass Affekthandlungen zumindest in einem gewissen Mass von Willen beeinflusst sind, indem sie direkt auf eine Rechtsverletzung

⁵²¹ SCHEWE, 31; vgl. auch KRÜPELMANN, FS-Welzel, 328.

⁵²² OLG Hamburg vom 13. Dezember 1949, JR 1950, 408; vgl. auch ROXIN, AT I, § 8 N 69; SCHEWE, 31.

⁵²³ Wobei diese Möglichkeit nicht vollends vertreten wurde, sondern bloss festgehalten wurde, dass es sich dabei um eine interessante Frage handle; vgl. OLG Hamburg vom 13. Dezember 1949, JR 1950, 409.

⁵²⁴ OLG Hamburg vom 13.12.1949, JR 1950, 409.

⁵²⁵ SCHEWE, 32.

⁵²⁶ SCHEWE, 32 f.

⁵²⁷ SCHEWE, 32.

gerichtet sind. Es fehlt die reflextypische Zufälligkeit der Verursachung.⁵²⁸ Damit eine rechtlich relevante Handlung vorliegt, muss die willentliche Steuerung vom Täter nicht bewusst vorgenommen werden. Auch eine unbewusste Steuerung genügt, dass eine willentliche Handlung angenommen werden kann.⁵²⁹

Die deutsche Lehre ist sich darin einig, dass eine Affekthandlung strikt von der Reflexbewegung zu unterscheiden ist. Wie vom OLG Hamburg ausgeführt, wird ein Reflex alleine durch einen körperlich-physiologischen Reiz unmittelbar ausgelöst, ohne dass es dazu der Mitwirkung des Bewusstseins bedarf.⁵³⁰ Demgegenüber ist die Handlung bei einem Affekt immer noch durch bewusste Vorgänge geprägt, weshalb eine willentliche Beherrschbarkeit zumindest möglich ist.⁵³¹

In der Schweizer Lehre taucht die Frage nach der Handlungsqualität einer Affekthandlung nur indirekt auf. Dennoch wird den Erkenntnissen der deutschen Lehre gefolgt, indem etwa erwähnt wird, dass ein Affekt nicht zur Annahme einer Nichthandlung führt.⁵³² STRATENWERTH macht deutlich, dass auch Affekthandlungen als Willensakte zu verstehen sind. Sie werden mindestens unbewusst in einer Weise, die auch bewusst erfolgen könnte, gesteuert.⁵³³ Die Abgrenzung zur Reflexhandlung wurde auch schon von WALDER verdeutlicht. Er stellte klar: „Was wir im Jähzorn tun, ist prinzipiell vorsätzliches Tun, nicht unwillkürliche Reflexreaktion.“⁵³⁴

Dieser Auffassung ist zweifellos zu folgen. In Anlehnung an die deutsche Lehre ist zu bemerken, dass es sich bei Affekttaten nicht um ein zufällig anmutendes, unbewusstes Verhalten handelt. So lassen auch die psychologische und die psychiatrische Literatur erkennen, dass emotional motivierte Handlungs-

⁵²⁸ SCHEWE, 32; ebenso KRÜPELMANN, FS-Welzel, 328; ROXIN, AT I, § 8 N 69, welcher darauf hinweist, dass auch eine Affekttat als Persönlichkeitsäußerung zu verstehen ist; SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER/EISELE, Vor §§ 13 ff. N 40.

⁵²⁹ STRATENWERTH, FS-Welzel, 300, der in Anwendung des finalen Handlungsbegriffes von einer „unbewussten Finalität“ spricht.

⁵³⁰ NAU, 17; SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER/EISELE, Vor §§ 13 ff. N 40; vgl. auch KRÜPELMANN, FS-Welzel, 334 ff.; RAUCH, 207 f.

⁵³¹ BLAU, FS-Tröndle, 116; NAU, 18; RAUCH, 207 f.; vgl. auch ZABEL, 31 ff.; im Ergebnis ebenso in der österreichischen Lehre WK-MOOS, § 76 N 7; MOOS, ZStW 1977, 807.

⁵³² RIKLIN, AT I, § 12 N 13; SEELMANN/GETH, 95, die jedoch nicht vom Affekt, sondern lediglich von „instinktgeleiteten Schreckreaktionen“ sprechen.

⁵³³ STRATENWERTH, AT I, § 7 N 7.

⁵³⁴ WALDER, ZStR 1965, 58.

impulse in der Regel willentlich steuerbar sind.⁵³⁵ Affekthandlungen sind also nicht als reine Reflexe zu betrachten und stellen willentlich getragene – und somit rechtlich relevante – Handlungen dar.⁵³⁶

b) Kausalität

Bei Erfolgsdelikten ist der Täter nur strafbar, wenn seine Handlung kausal für den Erfolgseintritt war. Die Kausalität – der Ursachenzusammenhang – ist grundsätzlich gegeben, wenn die Handlung nicht weggedacht werden könnte, ohne dass der Erfolg entfielen (conditio sine qua non).⁵³⁷

Ob sich ein Täter bei seiner Tat in einer emotionalen Ausnahmesituation befand, hat grundsätzlich keinen Einfluss auf die Kausalität seiner Handlung. Bei der Berücksichtigung des Affekts stellt sich allerdings die Frage, ob dieser überhaupt ursächlich für die Tatbegehung war. Der emotionale Ausnahmezustand des Täters muss entscheidende Bedeutung für die Tatausführung gehabt haben, damit er beachtet werden kann. Dies ist jedoch eine Frage der Affektberücksichtigung und kein Kausalitätsproblem, weshalb es an anderer Stelle zu behandeln ist.⁵³⁸

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

„Es ist denkbar, dass ein Affekt die Entstehung des Deliktvorsatzes hindert. Zumindest scheint es bei einem Affekttäter mitunter ungewiss, ob er einen, einem bestimmten Straftatbestand entsprechenden Vorsatz gebildet habe.“⁵³⁹ Dieses Zitat macht deutlich, dass zu untersuchen ist, inwiefern ein Affekt bei der subjektiven Seite der Tat zu beachten ist. Ein Täter kann gemäss Art. 12 Abs. 1 StGB nur bestraft werden, wenn die Tat vorsätzlich begangen wurde; er muss mit Wissen und Willen gehandelt haben.

⁵³⁵ Vgl. vorne Erster Teil 2. Kap. A. IV. 2. und Erster Teil 2. Kap. B. II. 3.

⁵³⁶ Insofern ungeschickt formuliert OGer ZH, Urteil vom 25. November 2014, SU140052, Strafzumessung, E. 3, wo für eine Person, welche eine Ohrfeige unmittelbar mit einer solchen retournierte, davon gesprochen wird, sie habe „auch in einem unmittelbaren Reflex und im Affekt“ gehandelt.

⁵³⁷ Statt vieler DONATSCH/TAG, 103; vgl. ausführlich zur Kausalität FREI, Kausalzusammenhang, 19 ff.; WALDER, ZStrR 1977, 113 ff.

⁵³⁸ Vgl. für die entsprechende Voraussetzung beim Totschlag, hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) aa) (4).

⁵³⁹ WALDER, ZStrR 1965, 57 f.

Vorweg ist zu beachten, dass subjektive Elemente einer Tat früher unter der Schuld behandelt wurden. Bis in die Mitte des letzten Jahrhunderts wurden alle inneren Vorgänge, welche beim Täter bei der Tatausführung abliefen, als Schuld-elemente betrachtet. Vorsatz und Fahrlässigkeit waren Ausprägungen der Schuld.⁵⁴⁰ Erst unter dem Einfluss der finalen Handlungslehre entwickelte sich die Eigenständigkeit des subjektiven Tatbestands und er etablierte sich weg von der Schuld.⁵⁴¹ Der Vorsatz gehört heute zum psychischen Unwert der Tat. Das heisst, er betrifft den Unrechtsgehalt der Tat und nicht bloss die Zurechnung der Tat zum Täter. Er ist daher nicht mehr direkt mit der Schuld verknüpft.⁵⁴²

Da sich der Paradigmenwechsel vollständig vollzogen hat, muss das Verhältnis zwischen Affekt und Vorsatz eigenständig untersucht werden. Es genügt nicht, darauf zu verweisen, dass der Affekt ein Zurechnungsproblem ist und darum bei der Schuld abgehandelt werden muss. Es ist vielmehr der Eigenständigkeit des psychischen Tatelements Rechnung zu tragen und zu prüfen, inwiefern ein Affekt intellektuelle und voluntative Vorgänge beim Täter beeinflussen kann und welche Auswirkungen dies auf den Vorsatz hat.⁵⁴³

aa) *Affekt und Wissen*

(1) Die intellektuelle Vorsatzkomponente

Beim Wissen handelt es sich um die intellektuelle Vorsatzkomponente. Der Täter muss den Tatbestand in Kenntnis aller objektiven Tatbestandselemente ausführen.⁵⁴⁴ Es muss ihm dabei nicht eine exakte juristische Subsumtion bekannt sein; es genügt wenn der Täter den Tatbestand so verstanden hat, wie es der landläufigen Anschauung entspricht (sog. Parallelwertung in der Laiensphäre).⁵⁴⁵ Der Täter muss aktuelles Wissen besitzen; die Tatumstände müssen

⁵⁴⁰ MEYER, ZStR 1943, 70 ff.; SCHULTZ, AT, 187; vgl. auch THOMMEN, recht 2013, 285.

⁵⁴¹ STRATENWERTH, AT I, § 9 N 50 ff.; STRATENWERTH, ZStR 1965, 184 ff.; TRECHSEL/NOLL, 63; vgl. auch WELZEL, Strafrecht, 33 ff., 64 ff.

⁵⁴² DONATSCH/TAG, 271.

⁵⁴³ So auch NAU, 116, der sich wundert, dass es in neuerer Zeit nicht zu einer grösseren Auseinandersetzung mit den vorsatzrelevanten Problemen einer Affekttat gekommen ist; vgl. auch ZIEGERT, Diss., 22 f.

⁵⁴⁴ DONATSCH/TAG, 113; DUPUIS et al., Art. 12 N 5; HURTADO POZO, Partie générale, 562; KILLIAS et al., 305; RIKLIN, AT I, § 16 N 7; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 12 N 5; VEST/FREI/MONTERO, 57.

⁵⁴⁵ BGE 138 IV 130, E. 3.2.1; 135 IV 12, E. 2.2; 129 IV 238, E. 3.2.2; CR CP I-CORBOZ, Art. 12 N 34; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 12 N 5; DONATSCH/TAG, 115; DUPUIS

ihm zum Tatzeitpunkt tatsächlich bewusst gewesen sein.⁵⁴⁶ Dabei ist nicht zwingend Wissen im engeren Sinne nötig, da nur wirklich gewusst werden kann, was schon passiert ist. Weil der Tatbestand erst noch vollendet wird, muss der Täter dessen Erfüllung für ernsthaft möglich halten.⁵⁴⁷ Dies schliesst auch mit ein, dass der Täter eine gewisse Voraussicht über den Geschehensablauf besitzt. Er ist sich bewusst, dass seine Handlung kausal für die Erfüllung des Tatbestands sein wird.⁵⁴⁸

Das Wissen kann auch in der Form eines sogenannten Mitbewusstseins vorhanden sein. Der Täter muss nicht alle objektiven Tatbestandsmerkmale explizit bedenken; es genügt, wenn ihm die wesentlichen Umstände als dauerndes Begleitwissen mitbewusst sind.⁵⁴⁹

(2) Das Wissen beim Affektdelikt

Handelt ein Täter im Affekt, stellt sich die Frage, ob er überhaupt in der Lage ist, sich die nötige Vorstellung über die Umwelt zu bilden, welche für die Erfüllung des Wissenselements vorausgesetzt ist.⁵⁵⁰ Es ist zu beurteilen, ob es dem Täter in seiner emotionalen Ausnahmesituation die Möglichkeit hat, die Wirklichkeit korrekt wahrzunehmen.⁵⁵¹

WALDER ist der Ansicht, dass die Wissensseite durch den Affekt nur in Ausnahmefällen betroffen ist. Der Affekttäter sei sich in der Regel bewusst, was er tut. Probleme sieht er höchstens bei Tatbestandselementen, die sich nicht im Mittelpunkt des Vorstellungsfelds des Täters befinden. Als Beispiel nennt er eine Person, die nach einer Auseinandersetzung beim Weggehen nicht den

et al., Art. 12 N 5; HURTADO POZO, *Partie générale*, 565; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 27; RIKLIN, AT I, § 16 N 7; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 12 N 3.

⁵⁴⁶ CR CP I-CORBOZ, Art. 12 N 31; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 25; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 73; VEST/FREI/MONTERO, 57.

⁵⁴⁷ BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 26; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 65, 75.

⁵⁴⁸ Dies kann insbesondere bei Konstellationen des Irrtums über den Kausalverlauf zu Schwierigkeiten führen. Vgl. dazu ausführlich BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 30 ff.; SEELMANN/GETH, 135 ff.; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 82 ff.

⁵⁴⁹ HURTADO POZO, *Partie générale*, 567; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 25; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 74; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 12 N 4.

⁵⁵⁰ Ebenso WALDER, ZStrR 1965, 58.

⁵⁵¹ So NAU, 22 f.

eigenen, sondern einen fremden Mantel mitnimmt.⁵⁵² Der Affekt führt grundsätzlich nicht dazu, dass der Täter nicht mehr weiss, was er tut.

Die schweizerische Lehre und Rechtsprechung hat sich bisher nicht ausführlich mit dem Verhältnis zwischen Affekt und Wissen befasst. Daher ist erneut auf die deutsche Lehre zurückzugreifen, da sie sich bereits mit der Bewusstseinsform bei Affekttaten befasst hat. Die Meinungen gehen dabei auseinander. Für eine Gruppe von Autoren hat ein Affekt grundsätzlich keine Auswirkungen auf das kognitive Element des Vorsatzes. Plakativ zu dieser Haltung ist WELZELS Aussage: „Man sieht nur noch ‘rot’, aber man *sieht!*“⁵⁵³ Einige Autoren lassen demgegenüber in gewissen Formulierungen erkennen, dass sie grundsätzlich eine Einengung der kognitiven Fähigkeiten durch den Affekt anerkennen, sie unterlassen allerdings die Frage nach der Vorsätzlichkeit eines Affektdelikts und beschränken sich auf die Schuldproblematik.⁵⁵⁴ In die gleiche Richtung geht SCHEWE, der dazu ein exzessives Vorsatzverständnis vertritt. Für ihn sind alle Affektdelikte vorsätzlich, da eine unbewusste Steuerung des Geschehens für die Annahme der Vorsätzlichkeit genügen soll.⁵⁵⁵ Dieses Vorsatzverständnis ohne Tatbestandsbewusstsein wird jedoch von der übrigen deutschen Lehre richtigerweise als mit § 16 D-StGB nicht vereinbar abgelehnt.⁵⁵⁶

ROXIN vertritt eine den Ausschluss des Wissenselements nicht eindeutig bejahende beziehungsweise verneinende Haltung. Er hält zunächst fest, dass für die Bejahung der Wissensseite des Vorsatzes nicht nötig ist, dass eine sorgfältige gedankliche Verarbeitung stattfindet. Vielmehr genügt ein nicht notwendi-

⁵⁵² WALDER, ZStrR 1965, 58.

⁵⁵³ WELZEL, Vom Bleibenden, 360 Fn. 45, Hervorhebung im Original; sehr kritisch gegen diese „generalisierende“ Formulierung PRITTWITZ, GA 1994, 470; vgl. zum vorhandenen Wissen bei Affektdelikten auch KRÖBER, Affektdelikt, 80 ff.

⁵⁵⁴ Vgl. etwa DIESINGER, 25, welche zwar davon spricht, dass sich ein Affekt auf die kognitiven Vorgänge bis hin zu deren Abschaltung auswirken könne, den Affekt dennoch lediglich als Schuldproblematik behandelt. Dies dürfte jedoch auch damit zusammenhängen, dass sie die deutsche Rechtsprechung auswertete und dort jeweils die Schuldfrage im Vordergrund steht; GEILEN, FS-Maurach, 176; RUDOLPHI, FS-Henkel, 201 ff. Für einen Vertreter der österreichischen Lehre siehe PLATZGUMMER, 55 ff. Zum Ganzen ausführlicher NAU, 29 ff.

⁵⁵⁵ SCHEWE, 101 ff.; vgl. zu diesem Ansatz auch ZIEGERT, Diss., 27 ff., welcher ihn im Ergebnis jedoch ablehnt.

⁵⁵⁶ NAU, 26; ROXIN, AT I, § 12 N 129; STRATENWERTH, FS-Welzel, 304; ZIEGERT, Diss., 27 ff.; vgl. jedoch JAKOBS, 8. Abschn. N 13, welcher anfügt, dass ein eigentliches Wollen dem Vorsatz nicht wesentlich ist; nach ihm genügt es, wenn sich der Täter ein Bild davon macht, mit welchen Folgen er agiert.

gerweise reflektiertes Mitbewusstsein.⁵⁵⁷ Ein solches hält er beim Affekttäter grundsätzlich für gegeben.⁵⁵⁸ Einzig wenn zur Tatverwirklichung neben das eigentliche Ziel weitere Tatbestandsmerkmale hinzutreten müssen – ROXIN verwendet die Mordmerkmale als Beispiel –, kann dem Täter das entsprechende Bewusstsein fehlen, weshalb das kognitive Element des Vorsatzes diesbezüglich zu verneinen ist.⁵⁵⁹

Konträr dazu gehen andere Autoren allgemeiner davon aus, dass es einem Täter, welcher im Affekt handelt, zumindest in Ausnahmefällen gänzlich am kognitiven Vorsatzelement fehlen kann.⁵⁶⁰ Sie warnen vor einem starren Schematismus und wollen Raum für eine Einzelfallbetrachtung lassen.

NAU bezeichnet Auseinandersetzungen mit dem kognitiven Vorsatzelement bei Affektdelikten auch für die deutsche Literatur als „Unikum“.⁵⁶¹ Daher beschäftigt er sich ausführlich mit dieser Frage. Auch für ihn steht die Überlegung am Ausgang, dass Wissen beim Vorsatz nicht Klarbewusstsein im Sinne eines reflektierten Denkens voraussetzt.⁵⁶² Der Täter muss nicht aktiv über die objektiven Tatbestandselemente reflektieren; ein lediglich potentes Wissen können genügt jedoch ebenso wenig. Man befindet sich „hier in einem Grenzbereich zwischen aktuellem Daran-Denken und blosser potentieller Kenntnis“.⁵⁶³ Bezüglich Affekttaten legt er dar, dass die Fähigkeit des Täters, die ihn umgebende Realität zu betrachten, beeinträchtigt wird, was mindestens zu einer veränderten Wahrnehmung und Verarbeitung führt. Wenn der Täter „rot“ sieht, ist daher fraglich, was er überhaupt noch sieht und ob diese eventuell noch vorhandene Wahrnehmung und deren Verarbeitung zur Erfüllung des kognitiven Vorsatzerfordernisses führen.⁵⁶⁴ Insgesamt erkennt NAU, unter Einbezug von medizinischen und psychologischen Erkenntnissen, dass beim Affekttäter die Wahrnehmung und deren assoziative Verarbeitung derart eingeschränkt sein können, dass ihm das Wissen um die objektiven Tatumstände

⁵⁵⁷ ROXIN, AT I, § 12 N 129; vgl. auch KRÜPPELMANN, FS-Welzel, 338; differenzierend JAKOBS, 8. Abschn. N 13; auch in der österreichischen Lehre wird für Affektdelikte auf ein solches Mitbewusstsein abgestützt; MOOS, ZStW 1977, 806; PLATZGUMMER, 81 ff.

⁵⁵⁸ ROXIN, AT I, § 12 N 129; ebenso MOOS, ZStW 1977, 806; PLATZGUMMER, 92 ff.

⁵⁵⁹ ROXIN, AT I, § 12 N 129 f.

⁵⁶⁰ JAKOBS, 8. Abschn. N 13; PLATE, 48 ff.; PRITZWITZ, GA 1994, 469; SCHÖNKE/SCHRÖDER-STERNBERG-LIEBEN, § 15 N 51; STRATENWERTH, FS-Welzel, 305; nur andeutungsweise LACKNER/KÜHL, § 15 N 9; vgl. ausführlicher NAU, 29 ff.

⁵⁶¹ NAU, 55.

⁵⁶² NAU, 95.

⁵⁶³ NAU, 96 f.

⁵⁶⁴ NAU, 105 f.

jedenfalls nicht einfach unterstellt werden darf. Vielmehr ist ihm dies im Einzelfall genau begründet nachzuweisen und müsste daher, wenn dieser Nachweis nicht gelingt, verneint werden.⁵⁶⁵ NAU geht davon aus, dass in der Praxis mit der Nichtbeachtung von Vorsatzproblemen bei Affektdelikten kriminalpolitischen Erfordernissen nachgegangen wird. Würde man nämlich den Vorsatz des im Affekt handelnden Haupttäters verneinen, hätte dies aufgrund des Akzessorietätsgrundsatzes Folgen für andere Tatbeteiligte.⁵⁶⁶

Die psychologische und die neurologische Literatur lassen erkennen, dass das Bewusstsein beim Erleben starker Emotionen tatsächlich eingeschränkt sein kann. Insbesondere die Wahrnehmungsselektion kann beeinflusst werden und Fehlinterpretationen sind möglich.⁵⁶⁷ Für das relevante Wissen nach Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB genügt es jedoch, wenn der Täter die Möglichkeit der Tatverwirklichung erkennt. Ein diesbezüglich vorhandenes Mitbewusstsein reicht aus.⁵⁶⁸ Der Täter muss die objektiven Tatbestandselemente in groben Umrissen erkennen.⁵⁶⁹ Eine solche Erfassung der Umwelt ist grundsätzlich auch dann möglich, wenn der Täter sich in heftigen Emotionen befindet. Die Wahrnehmungsauswahl bezieht sich häufig gerade auf den emotionalen Reiz, was ein nötiges Wissen um die Situation darstellt. Auch über den Unrechtsgehalt des eigenen Handelns besteht zumindest noch ein andauerndes Bewusstsein.⁵⁷⁰ Auch beim Affektdelikt dürfte die Wissensseite damit grundsätzlich gegeben sein.

Trotzdem ist nicht ausgeschlossen, dass es Ausnahmen von dieser Regel geben kann. Wenn das Wissen nach psychologischen Erkenntnissen in einem Einzelfall tatsächlich nicht vorliegt, ist der Vorsatz wegen Fehlen der intellektuellen Komponente nicht gegeben und der Täter handelt nicht tatbestandsmässig. Eine zu pauschale Betrachtung, also die absolute Bejahung, aber auch die völlige Ablehnung, würde zu einer „Entpsychologisierung“ des Vorsatzbegriffes führen.⁵⁷¹

⁵⁶⁵ NAU, 109 f., 117, wo er anführt, dass dies vor allem für den Grundtatbestand modifizierende Merkmale gilt. Er plädiert denn auch dafür, im Zweifel nur nach dem Grundtatbestand zu bestrafen.

⁵⁶⁶ NAU, 110 ff.

⁵⁶⁷ Vgl. vorne Erster Teil 2. Kap. A. III. 2.

⁵⁶⁸ HURTADO POZO, *Partie générale*, 567; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 25; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 73 f.

⁵⁶⁹ RIKLIN, AT I, § 16 N 8.

⁵⁷⁰ Aus psychiatrischer Sicht KRÖBER, *Affektdelikt*, 80 ff.

⁵⁷¹ PLATE, 47.

bb) *Affekt und Willen*

(1) Die voluntative Vorsatzkomponente

„Der Wille ist die innere Kraft, die das eigene Verhalten steuert“⁵⁷²; er ist die voluntative Vorsatzkomponente. Zur Begründung der Strafbarkeit genügt es nicht, wenn der Täter sich der Tat bewusst ist, er muss sie auch gewollt haben.⁵⁷³ Er erkennt die objektiven Tatbestandsmerkmale und fasst den Entschluss, die Tat zu verwirklichen.⁵⁷⁴ Der Täter entscheidet sich damit bewusst gegen ein rechtlich geschütztes Gut.⁵⁷⁵ Ist die Tatverwirklichung das eigentliche Handlungsziel des Täters, liegt die stärkste Ausprägung des Willens vor.⁵⁷⁶ Als vorsatzbegründender Wille genügt es jedoch bereits, wenn der Täter die Verwirklichung des Tatbestands in Kauf nimmt.⁵⁷⁷

Die für die Annahme des Eventualvorsatzes notwendige Inkaufnahme ist in der Praxis kaum beweisbar. Die minimalen Unterschiede in psychischen Vorgängen, welche zur Abgrenzung von der bewussten Fahrlässigkeit gebraucht werden, lassen sich kaum zuverlässig eruieren.⁵⁷⁸ In der Praxis wird daher oft vom Wissen auf den Willen geschlossen.⁵⁷⁹ Das Bundesgericht geht in betreffenden Fällen davon aus, dass Eventualvorsatz anzunehmen ist, „wenn sich dem Täter der Erfolg seines Verhaltens als so wahrscheinlich aufdrängte, dass sein Verhalten vernünftigerweise nur als Inkaufnahme dieses Erfolgs ausgelegt werden kann.“⁵⁸⁰

⁵⁷² StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 12 N 12.

⁵⁷³ CR CP I-CORBOZ, Art. 12 N 47; HURTADO POZO, *Partie générale*, 573; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 93.

⁵⁷⁴ CR CP I-CORBOZ, Art. 12 N 50; DUPUIS et al., Art. 12 N 7; DONATSCH/TAG, 115; HURTADO POZO, *Partie générale*, 573.

⁵⁷⁵ BGE 130 IV 58, E. 8.2; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 12 N 8.

⁵⁷⁶ STRATENWERTH, AT I, § 9 N 93; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 12 N 6.

⁵⁷⁷ Eventualvorsatz, Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB. Die gesetzliche Umschreibung des Eventualvorsatzes folgt der *Einwilligungstheorie*. Das Willenselement ist entscheidend für die Annahme des Eventualvorsatzes. Die *Wahrscheinlichkeitstheorie* knüpft demgegenüber am Wissen des Täters an. Er handelt vorsätzlich, wenn er die Verwirklichung der Tat als naheliegende Wahrscheinlichkeit erkennt und trotzdem handelt. Vgl. dazu EGE, Raser, 78; HURTADO POZO, *Partie générale*, 580 ff.; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 52; RIKLIN, AT I, § 16 N 40; TRECHSEL/NOLL, 101; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 104.

⁵⁷⁸ CR CP I-CORBOZ, Art. 12 N 76 ff.; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 59 ff.

⁵⁷⁹ EGE, Raser, 79; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 12 N 15; vgl. auch NIGGLI/MAEDER, AJP 2016, 589 ff.

⁵⁸⁰ BGE 109 IV 137, E. 2b; 101 IV 42, E. 4; 84 IV 127, E. 2; 80 IV 184, E. 1d.

(2) Der Willen beim Affektdelikt

Für Straftaten, welche in einer heftigen Gemütsbewegung begangen werden, ist zu fragen, ob der Täter einen genügenden Verwirklichungswillen hatte. Für die affekttypischen Spontanreaktionen ist unklar, ob beim Täter überhaupt ein Willensbildungsprozess ablaufen kann.⁵⁸¹

Es wurde bereits gezeigt, dass Affekttaten Handlungsqualität besitzen und somit als vom menschlichen Willen gesteuerte Handlungen gelten.⁵⁸² WALDER geht dementsprechend davon aus, dass man aufgrund eines Affekts nicht leichthin unvorsätzliches Handeln annehmen könne. Zur Bejahung des Willenselements ist nicht notwendig, dass Gegenmotive mobilisiert und abgewogen werden.⁵⁸³ Der Vorsatz ist gemäss WALDER bloss beim plötzlichen Durchbrechen eines unbewusst aufgestauten Affekts zu verneinen. In einem solchen Fall ist es möglich, dass das Ansetzen zur Handlung so unmittelbar auf den emotionalen Sonderzustand folgt, dass keine bewusste Willensbildung ergehen kann. Führt der Täter jedoch eine etwas länger andauernde Handlung aus, können sich spätestens dann bewusste Überlegungen bilden. Daher sei beim Weiterführen der Handlung der Vorsatz zu bejahen.⁵⁸⁴

In der schweizerischen Lehre wird der voluntativen Vorsatzkomponente beim Affektdelikt kaum nachgegangen. Anders ist dies wiederum in Deutschland. Bereits zuvor wurde das abweichende Vorsatzverständnis von SCHEWE erwähnt. Bezüglich des Willenselements weist er darauf hin, dass es sich beim psychologischen und beim strafrechtlichen Willensbegriff um unterschiedliche Dinge handle. Bei der strafrechtlichen Feststellung der Vorsätzlichkeit gehe es vor allem um die *Willensrichtung*; es sei zu entscheiden, ob der Täter die Rechtsgutsverletzung zumindest in Kauf genommen habe.⁵⁸⁵ Da eine im Affekt begangene Tat zielgerichtet ist, geht er von deren Vorsätzlichkeit aus.⁵⁸⁶

Diese Grundthese der Zielgerichtetheit einer Affekthandlung wird weitgehend vertreten. Auch wenn ein Täter im Affekt handelt, agiert er durchaus zielge-

⁵⁸¹ Ebenso WALDER, ZStrR 1965, 58.

⁵⁸² Vgl. vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. I. 1. a) bb).

⁵⁸³ WALDER, ZStrR 1965, 58.

⁵⁸⁴ WALDER, ZStrR 1965, 59 mit Verweis auf einen Fall aus Zürich: Eine Mutter liess ihr wenige Wochen altes Kind in der Badewanne ertrinken. Das psychiatrische Gutachten stellte unbewusst aufgestaute Hassgefühle und Tötungstendenzen fest. Das Gericht folgerte daraus, dass sie die Tat unvorsätzlich begonnen hatte. Indem sie das Kind jedoch niedersinken liess, habe sie den Ertrinkungstod dann willentlich angestrebt.

⁵⁸⁵ SCHEWE, 89 ff. m.w.H.

⁵⁸⁶ SCHEWE, 148.

richtet, womit seine Tat nicht mit einer fahrlässigen Handlung verglichen werden kann.⁵⁸⁷ Aus der gezielten Handlung des Täters ist erkennbar, dass die Herbeiführung des Erfolgs beziehungsweise die Ausführung der Tathandlung von seinem Willen erfasst ist. Zur Darlegung, wieso bei einer Affekttat vorsätzliches Handeln angenommen werden kann, wird auf pseudopsychologische Ausführungen zurückgegriffen:⁵⁸⁸ „Die Berechtigung dafür, auch in solchen Fällen von einem ausreichenden Willenselement für ein vorsätzliches Handeln zu sprechen, liegt darin, dass auch bei der Affekttat ein persönlichkeitsadäquater Impuls zum Handeln vorliegt, der jedenfalls der potentiellen Steuerungsmöglichkeit der Person durch die Möglichkeit einer Einschaltung der Bewusstseins-ebene unterliegt.“⁵⁸⁹ Darüber hinaus wird sich auch hier, wie schon beim intellektuellen Vorsatzelement, damit begnügt, darauf hinzuweisen, dass der Affekt ein Schuldfähigkeits- und kein Vorsatzproblem darstellt.⁵⁹⁰

Ausserdem ist zu beachten, dass sich emotional motivierte Taten oft gerade durch eine starre Zielfixierung auszeichnen.⁵⁹¹ Die grosse Emotionalität führt dazu, dass der Täter sein Ziel intensiv anstrebt; sie begünstigt das Wollen.⁵⁹² In solchen Fällen sieht der Affekttäter gerade nicht „rot“, sondern nur noch sein Ziel und die dahinführenden Mittel.⁵⁹³ In diesem Sinne hat das Zürcher Obergericht entschieden, dass die Zieländerung aufgrund von neuen Überlegungen in einem solchen psychischen Zustand sehr unwahrscheinlich ist.⁵⁹⁴ Das Gericht geht davon aus, dass bei einem emotionalen Zustand Rückschlüsse vom tatsächlichen Handlungsablauf auf die subjektive Vorstellung des Täters sehr zuverlässig seien.⁵⁹⁵ PRITTWITZ leitet aus der starken Zielfixierung ab, dass es Affekttaten gäbe, welche sich durch einen Vorsatz ersten Grades auszeichnen. Denkbar seien jedoch auch Situationen – etwa ein zufälliger Affektstimulus –, in denen ein Täter nur „rot“ sehe und der Affekt sich blind entlade. Daraus leitet er ab, dass die psychische Befindlichkeit des Affekttäters dolus eventua-

⁵⁸⁷ ROXIN, AT I, § 12 N 129.

⁵⁸⁸ PRITTWITZ, GA 1994, 470, spricht von generalisierenden Formulierungen, welche auf ein wenig differenziertes Verständnis der Affektproblematik verweisen.

⁵⁸⁹ SCHÖNKE/SCHRÖDER-STERNBERG-LIEBEN, § 15 N 61.

⁵⁹⁰ ROXIN, AT I, § 12 N 129; SCHÖNKE/SCHRÖDER-STERNBERG-LIEBEN, § 15 N 61; ZABEL, 35 f.

⁵⁹¹ RUDOLPHI, FS-Henkel, 204 f., mit verschiedenen Hinweisen auf psychologische Literatur; ZERBES, 83; vgl. auch FRISCH, ZStW 1989, 540; KRÜPELMANN, FS-Welzel, 332.

⁵⁹² ROXIN, AT I, § 12 N 129; SCHÖNKE/SCHRÖDER-STERNBERG-LIEBEN, § 15 N 61.

⁵⁹³ PRITTWITZ, GA 1994, 470.

⁵⁹⁴ OGer ZH, Urteil vom 15. Juni 2012, SB120085, E. 5.4.

⁵⁹⁵ OGer ZH, Urteil vom 15. Juni 2012, SB120085, E. 5.4.

lis ausschliesse.⁵⁹⁶ Eine pauschale Verweigerung des Eventualvorsatzes wird von der übrigen Lehre abgelehnt.⁵⁹⁷

Einige Autoren gehen davon aus, dass bei Affektdelikten ein Willensproblem bestehen kann. Da solche Taten auf einem in den tiefen Schichten der Persönlichkeit liegenden Impuls beruhen, laufe unter Umständen kein rational kontrollierter Willensbildungsvorgang ab.⁵⁹⁸ Ob dies tatsächlich der Fall ist, lässt sich indes nur schwer nachweisen. Daher soll auch das Nachtatverhalten oder sogar mit dem Taterfolg in Widerspruch stehende Zukunftspläne des Täters als Anhaltspunkte für einen fehlenden Willen herangezogen werden.⁵⁹⁹

Psychologische und neurologische Erkenntnisse beschreiben die motivierende Funktion von Emotionen. Spezifische Gefühlszustände können gerade dazu führen, dass sich der Wille einer Person für eine bestimmte Handlung bildet. Die Tätigkeit der unter dem Affekteinfluss stehenden Person erscheint daher gerade als Manifestation des dadurch hervorgerufenen beziehungsweise verstärkten Willens.⁶⁰⁰ Dementsprechend ist bei einer Affekttat grundsätzlich davon auszugehen, dass der Täter durchaus in der Lage ist, gezielte Handlungen vorzunehmen. Fehlen kann es allerdings an rationalen Überlegungen.⁶⁰¹ Solche sind für den vorsatzbegründenden Willen jedoch nicht von Nöten.

Insgesamt ist anzunehmen, dass der Affekttäter prinzipiell mit Wissen und Willen handelt und somit den notwendigen Vorsatz im Sinne von Art. 12 StGB hat.⁶⁰²

b) Fahrlässigkeit

Es gibt zwei Möglichkeiten, wie es zum Zusammenspiel von Affekt und Fahrlässigkeit kommen kann. Wie ausgeführt wurde, sind extrem Situationen denkbar, in welchen der Affekt zum Ausschluss der Vorsätzlichkeit führt. In

⁵⁹⁶ PRITTWITZ, GA 1994, 470; ähnlich THEUNE, NStZ 1999, 279.

⁵⁹⁷ ROXIN, AT I, § 12 N 130 Fn. 273, der darauf hinweist, dass damit die verschiedenen Stärkegrade des Affekts nicht mehr berücksichtigt werden können; SCHÖNKE/SCHRÖDER-STERNBERG-LIEBEN, § 15 N 61.

⁵⁹⁸ PRITTWITZ, GA 1994, 469 f.; SCHÖNKE/SCHRÖDER-STERNBERG-LIEBEN, § 15 N 61; vgl. auch LACKNER/KÜHL, § 15 N 25; ZIEGERT, Diss., 24 ff.

⁵⁹⁹ PLATE, 53 f. mit Hinweis auf einen BGH-Entscheid.

⁶⁰⁰ Vgl. vorne Erster Teil 2. Kap. A. I. und Erster Teil 2. Kap. B. II. 1.

⁶⁰¹ BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 3.3.

⁶⁰² Vgl. etwa OGer ZH, Urteil vom 12. November 2014, SB140187, E. 3.11.2; dies gilt selbst, wenn der Täter „wie in Trance“ gewirkt hat. Ähnlich für das österreichische Recht MOOS, ZStW 1977, 806.

einem solchen Fall ist zu untersuchen, ob eine Strafbarkeit für ein Fahrlässigkeitsdelikt vorliegt.⁶⁰³ Häufiger dürfte Affekt und Fahrlässigkeit jedoch dann zusammenfallen, wenn ein vorsätzliches Handeln grundsätzlich ausser Frage steht und sich die Frage nach einem Fahrlässigkeitsdelikt stellt. Auch in einer solchen Situation kann sich der Täter in einem Affekt befunden haben. Es fragt sich dann wiederum, welche Auswirkungen der Affekt auf die fahrlässige Tatbegehung haben kann.

aa) *Fahrlässigkeit im Allgemeinen*

Kann man einem Täter kein vorsätzliches Handeln unterstellen, ist zu prüfen, ob er sich eines Fahrlässigkeitsdelikts strafbar gemacht hat.⁶⁰⁴ Die fahrlässige Begehung einer Tat ist indes nur da strafbar, wo es das Gesetz ausdrücklich vorsieht.⁶⁰⁵ Fahrlässig handelt, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwideriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder nicht darauf Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig handelt, wer die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist.⁶⁰⁶

Zentrales Kriterium für die Strafbarkeit eines unvorsätzlichen Handelns ist die Missachtung einer Sorgfaltspflicht und deren Relevanz für die Tatverwirklichung.⁶⁰⁷ Der Massstab für die Sorgfaltspflicht, die eine Person an den Tag zu legen hat, ist nicht objektiv. Jeder ist zu der Sorgfalt verpflichtet, die von ihm nach den tatsächlichen Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen verlangt werden kann. Bei der Sorgfaltspflicht wird also ein individueller Massstab angelegt.⁶⁰⁸ Die Individualisierung verdeutlicht, dass Sorgfaltsgebote

⁶⁰³ STRATENWERTH, FS-Welzel, 305.

⁶⁰⁴ Die Vorwerfbarkeit fahrlässigen Handelns wird allerdings teilweise in Frage gestellt; vgl. DUBS, ZStR 1962, 31 ff.; GERMANN, 88 ff.; STRATENWERTH, AT I, § 16 N 1, der jedoch darauf hinweist, dass die Strafbarkeit im Verschuldensstrafrecht richtigerweise da beginnt, wo eine Person fremde Rechtsgüter so geringschätzt, dass sie durch ihr Handeln entstehende Gefahren nicht bedenkt oder sich über bekannte Gefahren leichtfertig hinwegsetzt.

⁶⁰⁵ Art. 12 Abs. 1 StGB. Anderes gilt im Nebenstrafrecht gemäss Art. 333 Abs. 7 StGB; kritisch dazu THOMMEN, recht 2013, 276 ff.

⁶⁰⁶ Art. 12 Abs. 3 StGB.

⁶⁰⁷ DONATSCH/TAG, 335.

⁶⁰⁸ CR CP I-CORBOZ, Art. 12 N 149 ff.; HURTADO POZO, *Partie générale*, 1397 ff.; RIKLIN, AT I, § 13 N 51; SEELMANN/GETH, 467; STRATENWERTH, AT I, § 16 N 3; teilweise a.M. DONATSCH/TAG, 347, die davon ausgehen, dass bei der Bemessung des Sorgfaltsinhalts von einem Minimum an Fähigkeiten zur Risikobeherrschung auszugehen ist, womit sie einen generellen Massstab anwenden; vgl. auch DONATSCH, *Sorgfaltsbemessung*, 230 ff.

nicht weiter gehen können, als die Fähigkeit eines Menschen, Kausalverläufe zu erkennen und gestaltend auf sie Einfluss zu nehmen. Es kann von niemandem verlangt werden, nicht erkennbaren Risiken auszuweichen oder Menschenunmögliches zu tun.⁶⁰⁹ Grundvoraussetzungen für sorgfaltspflichtwidriges Verhalten sind demnach die Vorhersehbarkeit des Erfolgs sowie dessen Vermeidbarkeit.⁶¹⁰

Bezüglich der Umstände wird die Sorgfaltspflicht folgendermassen angepasst: Je höher die Wahrscheinlichkeit für eine Rechtsgutsverletzung ist und je schwerer deren zu erwartenden Folgen wiegen, desto grösser muss die Sorgfalt sein.⁶¹¹ Dieser Rahmen muss dann den persönlichen Verhältnissen angepasst werden. Es ist zu prüfen, „was ein gewissenhafter und besonnener Mensch mit der Ausbildung und den individuellen Fähigkeiten des Angeschuldigten in der fraglichen Situation getan oder unterlassen hätte.“⁶¹²

Bei der individuellen Bestimmung der Sorgfaltspflicht geht es darum, inwiefern eine Person fähig ist, vom Sachverhalt Kenntnis zu nehmen und den ungefähren Kausalverlauf vorherzusehen sowie die als richtig erkannte Verhaltensweise praktisch zu verwirklichen. Die Frage, ob der Täter den gestellten Sollensanforderungen überhaupt genügen kann, ist demgegenüber Teil der Schuldfähigkeitsprüfung. Es ist zu unterscheiden, ob danach gefragt wird, welche Pflicht den Täter in der konkreten Situation trifft und nicht, ob ihm die festgestellte Pflichtwidrigkeit in Anbetracht seiner persönlichen Situation vorwerfbar ist.⁶¹³

bb) Affekt und Fahrlässigkeit

Ein Affekt ist bei der Fahrlässigkeit nur dann zu beachten, wenn er den individuellen Sorgfaltsmassstab beeinflusst. Würde es nur darum gehen, ob dem Täter die Pflichtwidrigkeit überhaupt vorgeworfen werden kann, würde es sich um ein Schuldproblem handeln.⁶¹⁴ Aufgrund der Anerkennung der Fahrlässigkeit als eigenständiges Tatbestandselement lässt sich eine blosser Berücksichti-

⁶⁰⁹ BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 99.

⁶¹⁰ DONATSCH/TAG, 352, 364; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 99; RIKLIN, AT I, § 13 N 44 ff.; STRATENWERTH, AT I, § 16 N 8 ff.; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 12 N 38 f.

⁶¹¹ StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 12 N 31.

⁶¹² BGE 122 IV 303, E. 3a; vgl. auch StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 12 N 35.

⁶¹³ DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, 228 f.

⁶¹⁴ DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, 229.

gung des Affekts bei der Schuld nicht aufrechterhalten und mögliche Auswirkungen einer heftigen Gemütsbewegung auf die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit sind zumindest zu prüfen.

Zentrales Element der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ist die Sorgfaltspflichtverletzung. Sorgfalt ist die Kontrolle über das eigene Handeln und die Voraussicht der möglichen Folgen.⁶¹⁵ Jede Person ist verpflichtet, sich in gefährlichen Situationen nach ihren individuellen Möglichkeiten sorgfältig zu verhalten. Befindet sich ein Täter in einem Affekt, kann die individuelle Möglichkeit zur sorgfaltsgemässen Vorsicht eingeschränkt oder gar inexistent sein. WALDER folgert daraus, dass Affekte der Annahme von Fahrlässigkeit entgegenstehen können.⁶¹⁶ Er beschränkt sich in seiner Darstellung auf den Schreckensaffekt im Strassenverkehr. Wird jemand durch eine plötzlich auftretende Gefahr in Schrecken versetzt, kann dies zu verzögerten Reaktionen führen.⁶¹⁷ Die affektbedingte verzögerte beziehungsweise ausbleibende Reaktion kann nicht als fahrlässiges Verhalten gewertet werden.⁶¹⁸ Damit dem Affekt fahrlässigkeitsausschliessende⁶¹⁹ Wirkung zukommt, muss der Auslöser des Schreckensaffekts eine grosse, unmittelbar drohende Gefahr sein.⁶²⁰ Beachtet ein Verkehrsteilnehmer sorgfaltspflichtwidrig jedoch nicht, dass ihm eine Gefahr drohen könnte, ist die Affektauslösung fahrlässig verursacht, weshalb er weiterhin strafbar ist.⁶²¹

Auch in der deutschen Literatur wird davon ausgegangen, dass ein Affektzustand die Fahrlässigkeitsschuld⁶²² ausschliessen kann. Befindet sich der Täter in einem ausgeprägten Erregungszustand, kann zum einen die Vorhersehbarkeit des Erfolgs ausgeschlossen sein.⁶²³ Der Affekt kann ausserdem dazu führen, dass sich eine Person nicht mehr nach der objektiven Sorgfaltspflicht rich-

⁶¹⁵ WALDER, ZStrR 1965, 60.

⁶¹⁶ WALDER, ZStrR 1965, 61.

⁶¹⁷ HEIERLI, 66, spricht verdeutlichend von einer „Schrecksekunde“.

⁶¹⁸ WALDER, ZStrR 1965, 62; ebenso HEIERLI, 66.

⁶¹⁹ WALDER spricht von einer „entschuldigenden“ Wirkung. Dies entspricht der früheren Einordnung von Vorsatz und Fahrlässigkeit bei der Schuld. Vgl. auch vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. I. 2. a).

⁶²⁰ WALDER, ZStrR 1965, 62 mit Verweis auf BGE 83 IV 84.

⁶²¹ WALDER, ZStrR 1965, 63; andeutungsweise ebenso HEIERLI, 66 f.

⁶²² In der deutschen Lehre wird die Individualisierung der Sorgfaltspflicht auf Schuldebene vorgenommen. Nur eine Mindermeinung vertritt eine individuelle Sorgfaltspflicht bereits auf Tatbestandsebene; vgl. statt vieler SSW StGB-MOMSEN, § 15, 16 N 64, 89 ff.; ROXIN, AT I, § 24 N 114 ff.

⁶²³ PLATE, 490 f.; SCHÖNKE/SCHRÖDER-STERNBERG-LIEBEN, § 15 N 196.

ten kann. Die Vermeidbarkeit des Erfolgs ist zu verneinen.⁶²⁴ Der Täter bleibt allerdings nur straffrei, wenn er durch die Affektsituation hilflos wurde und seine Handlung unter Anbetracht des Erregungszustands und allenfalls einer kurzen Zeitspanne für die Entscheidung nicht als die eindeutig falsche Handlungsvariante gesehen werden kann.⁶²⁵

Insgesamt ist davon auszugehen, dass ein Affekt den individuellen Sorgfaltspflichtmassstab beeinflussen kann. In Ausnahmesituationen können die Voraussetzbarkeit des Erfolgs oder dessen Vermeidbarkeit ausgeschlossen sein.⁶²⁶ In diesem Fall ist der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts nicht erfüllt. Nach einer Mindermeinung wäre bloss die Schuld ausgeschlossen.⁶²⁷ Praktisch bedeutsam ist diese Unterscheidung allerdings nicht.⁶²⁸ Sind Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit bloss eingeschränkt und nicht ausgeschlossen, kann eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen. Dann ist jedoch zu prüfen, ob die Auswirkung des Affekts bei der Schuld zu beachten ist.⁶²⁹

Damit eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Extremfällen ausgeschlossen werden kann, ist allerdings zu fordern, dass die Entstehung des Affekts keine Sorgfaltspflichtverletzung darstellt.⁶³⁰ Ist die heftige Gemütsbewegung auf das Verhalten des Täters selbst zurückzuführen, so kann dies in gewissen Konstellationen eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellen. Das affektauslösende Verhalten kann den allgemeinen Regeln der Sorgfalt widersprechen beziehungsweise das sozialadäquate Risiko überschreiten.⁶³¹ Entsprechende Fälle lassen sich vor allem in gefährlicher Umgebung konstruieren. Zu denken ist etwa an das Anzetteln eines Streits durch den Fahrzeuglenker, wodurch dieser selbst in grosse Aufregung gerät und in der Folge einen Unfall verursacht. Auch denkbar wäre die Bedrohung des Opfers durch eine Schusswaffe, wobei das Opfer ebenfalls zu einer Waffe greift und der Täter aus Schrecken über diese Reaktion einen Schuss abgibt.

⁶²⁴ PLATE, 490 f.

⁶²⁵ PLATE, 494 ff.

⁶²⁶ Die Begründung entspricht praktisch dem Einfluss des Affekts auf Einsichts- und Steuerungsfähigkeit bei der Schuld. Vgl. dazu hinten Zweiter Teil I. Kap. A. III. 3. a) cc).

⁶²⁷ Vgl. zu den verschiedenen Standpunkten in der Lehre und m.w.H. statt vieler DONATSCH/TAG, 346 ff.; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 101; STRATENWERTH, AT I, § 16 N 4.

⁶²⁸ STRATENWERTH, AT I, § 16 N 4.

⁶²⁹ Vgl. dazu sogleich Zweiter Teil I. Kap. A. III. 3.

⁶³⁰ Vgl. auch HEIERLI, 66 f.; WALDER, ZStrR 1965, 63.

⁶³¹ Vgl. dazu CR CP I-CORBOZ, Art. 12 N 140 ff.; DONATSCH/TAG, 343 ff.; HURTADO POZO, *Partie générale*, 1369 ff.; STRATENWERTH, AT I, § 16 N 12.

II. Rechtswidrigkeit

Erfüllt eine Person sowohl den objektiven als auch den subjektiven Tatbestand einer mit Strafe bedrohten Tat, so impliziert dies gleichzeitig die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens. Dementsprechend ist bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit ein umgekehrter Blickwinkel einzunehmen: Gibt es Gründe, welche das Verhalten des Täters rechtfertigen? Das Gesetz kennt drei Rechtfertigungsgründe: die gesetzlich erlaubte Handlung (Art. 14 StGB), die rechtfertigende Notwehr (Art. 15 StGB) und der rechtfertigende Notstand (Art. 17 StGB). Zusätzlich sind übergesetzliche Rechtfertigungsgründe anerkannt. Dazu zählen insbesondere die Einwilligung des Verletzten und die Wahrnehmung berechtigter Interessen.

Befindet sich ein Täter bei der Tatbegehung in einer Affektlage, führt dies nicht zur Rechtfertigung einer Straftat. Gerade in Notwehrsituationen ist allerdings augenfällig, dass dabei häufig Umstände bestehen, in denen der Täter in einer durch den Angriff bedingten, grossen Erregung steht. In diesem Fall ist es möglich, dass er die eigentlich angemessene Abwehr überschreitet und seine Handlung darum über die Grenzen der gerechtfertigten Notwehr hinausgeht. Wenn der Affekt der Grund für die Überschreitung des Angemessenen ist, kann die Tat entschuldigt werden.⁶³² Es liegt allerdings keine Rechtfertigung vor, weshalb dies bei der Schuld zu behandeln ist.

III. Schuld

1. Unterschiedliches Schuldverständnis

a) Strafbegründungsschuld

Tatbestandmässigkeit und Rechtswidrigkeit machen den Unrechtsgehalt einer Tat aus; die Schuld beinhaltet die persönliche Vorwerfbarkeit der Tat gegenüber dem Täter.⁶³³ Das Unrecht einer Tat bezeichnet, was der Täter tun *soll*, die Schuld, ob er das Gesollte auch tun *könnte*. Es ist zu untersuchen, ob der Täter die Möglichkeit hatte, die rechtliche Sollensforderung zu erkennen und sich nach ihr zu richten.⁶³⁴

⁶³² Art. 18 Abs. 2 StGB.

⁶³³ BSK StGB I-BOMMER, Vor Art. 19 N 3; DONATSCH/TAG, 269; STRATENWERTH, AT I, § 8 N 22.

⁶³⁴ STRATENWERTH, AT I, § 11 N 5.

Über die Konzeption der Schuld herrschten verschiedentlich Unstimmigkeiten und der Begriff ist dem Wandel der Zeit unterworfen. Weithin anerkannt ist die zentrale Bedeutung der Schuld. Sie ist letztlich die entscheidende Voraussetzung für die Bestrafung einer Person. Pointiert mit den Worten HAFTERS: „*Wer die Möglichkeit einer menschlichen Schuld nicht anerkennt, muss für die Abschaffung des Strafrechts eintreten. Strafe ohne Schuld ist Unsinn, Barbarei.*“⁶³⁵

Das für die Bestrafung einer Person zentrale Element ist ein Merkmal der Straftat und wird daher im Verbrechenaufbau verortet. Es handelt sich dabei um die *Strafbegründungsschuld*.⁶³⁶ Die Schuld spielt auch bei der Bestimmung der Sanktionsfolgen eine entscheidende Rolle.⁶³⁷ Gemäss Art. 47 StGB wird die Strafe nach dem Verschulden des Täters bemessen. Man spricht hier von der *Strafzumessungsschuld*.⁶³⁸

Darüber hinaus ist die Schuld auch Anknüpfung für viel umfassendere Diskussionen. Sie steht häufig im Mittelpunkt der Frage nach der Rechtfertigung und dem Zweck staatlicher Bestrafung.⁶³⁹ Gerade diese Auseinandersetzung mit der Schuld ist nicht auf juristische Diskussionen beschränkt. Vielmehr steht diese Problematik seit jeher auch im Zentrum von theologischen, philosophischen, soziologischen und psychologischen (neuerdings vermehrt auch neuro-

⁶³⁵ HAFTER, AT, 101; vgl. auch SCHWANDER, 178.

⁶³⁶ BSK StGB I-BOMMER, Vor Art. 19 N 2; GSCHWEND, 14.

⁶³⁷ Vgl. dazu auch hinten Zweiter Teil 1. Kap. B. I.

⁶³⁸ BSK StGB I-BOMMER, Vor Art. 19 N 2; GSCHWEND, 15; MATHYS, Leitfaden, 54; SEELMANN/GETH, 208.

⁶³⁹ BSK StGB I-BOMMER, Vor Art. 19 N 2.

Der Schuld wurde gerade in den früher vorherrschenden absoluten Straftheorien die eigentlich strafbegründende Wirkung zugesprochen. Hat eine Person schuldhaft ein Verbrechen begangen, so ist sie zu bestrafen. Demgegenüber werten die heute teilweise als vorherrschend angesehenen relativen Straftheorien die Schuld als weniger zentral. Hier wird entweder gestraft, um den Täter vor zukünftigen Taten abzuhalten (Spezialprävention) oder um auf die Gesellschaft zu wirken (Generalprävention). Mit dem Aufkommen neuerer Verbindungstheorien sind jedoch auch die absoluten Ansätze wieder in den Fokus der straftheoretischen Diskussion geraten. Vgl. als Übersicht zu den verschiedenen Straftheorien etwa BSK StGB I-BOMMER, Vor Art. 19 N 45 ff.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 6 ff.; vgl. für einen etwas älteren Überblick über die Positionen der schweizerischen Lehre FORSTER, ZStrR 1984 242 ff.

logischen) Abhandlungen.⁶⁴⁰ Die straftheoretischen Auseinandersetzungen haben jedoch insbesondere im juristischen Schrifttum Tradition.⁶⁴¹

Die folgenden Ausführungen drehen sich indes nur um die Strafbegründungsschuld.

b) Vom psychologischen zum normativen Schuldbegriff

Ältere Strafrechtslehren gingen vom psychologischen Schuldbegriff aus.⁶⁴² Die Schuld bezog sich auf das voluntative und das kognitive Element eines Delikts und kennzeichnete damit die subjektive Beziehung zwischen Täter und Tat.⁶⁴³ Nach dieser Konzeption sind auch Vorsatz und Fahrlässigkeit Ausprägungen der Schuld.⁶⁴⁴ Die innere Beziehung des Täters zur Tat bildete das zentrale Element des psychologischen Schuldbegriffs.⁶⁴⁵

Eine strenge psychologische Konzeption würde dazu führen, dass ein Schuld-
ausschlussgrund zur Verneinung des Vorsatzes führen müsste. Richtigerweise kann jedoch auch vorsätzlich gehandelt werden, wenn ein Schuld-
ausschlussgrund vorliegt.⁶⁴⁶ Darüber hinaus wäre unbewusste Fahrlässigkeit undenkbar, da ein Täter in diesem Fall gerade keine subjektive Verbindung zur Tat hat.⁶⁴⁷ Dennoch wurde die schweizerische Strafrechtsdogmatik in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts vom psychologischen Schuldbegriff geprägt.⁶⁴⁸ Die meisten Lehrmeinungen gingen von dieser Konzeption aus und zählten dementsprechend Vorsatz und Fahrlässigkeit zur Schuld.⁶⁴⁹

SCHWANDER und SCHULTZ vertraten zwar noch ein psychologisches Schuldverständnis.⁶⁵⁰ Sie bezogen sich allerdings schon auf normativ orientierte

⁶⁴⁰ Vgl. auch GSCHWEND, 13; SEELMANN, FS-Wiprächtiger, 575 ff.

⁶⁴¹ Vgl. etwa die Auseinandersetzung zwischen KADEČKA und PFANDER in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht; KADEČKA, ZStrR 1936, 343 ff.; KADEČKA, ZStrR 1937, 170 ff.; PFANDER, ZStrR 1937, 152 ff.; KADEČKA, ZStrR 1937, 170 ff.

⁶⁴² Vgl. die detaillierte Aufarbeitung der Entwicklung des Schuldbegriffs in der älteren schweizerischen Strafrechtslehre bei GSCHWEND, 15 ff.; OEHEN, 19 ff.

⁶⁴³ DONATSCH/TAG, 269; FIOŁKA, ZStrR 2007, 137; GSCHWEND, 18; HAFTER, AT, 101.

⁶⁴⁴ DONATSCH/TAG, 269; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 2.

⁶⁴⁵ STRATENWERTH, AT I, § 11 N 2.

⁶⁴⁶ GSCHWEND, 18.

⁶⁴⁷ TRECHSEL/NOLL, 147.

⁶⁴⁸ STOOSS, Grundzüge, 171 ff.; ZÜRCHER, 39 ff.; auch biologische Ansätze wurden vertreten; vgl. etwa LENZ, ZStrR 1928, 186.

⁶⁴⁹ HAFTER, AT, 115; THORMANN/OVERBECK, Erster Band, Art. 18 N 1; vgl. auch SCHULTZ, AT, 187; SCHWANDER, 179.

⁶⁵⁰ SCHULTZ, AT, 176; SCHWANDER, 176.

Schulddefinitionen und nahmen gewisse Elemente davon in ihrem Begriffsverständnis auf. Schuldhaft handelt nur, wer erkennt, dass er gegen das Recht verstösst und es ihm überhaupt möglich war, den Verstoß zu verhindern.⁶⁵¹ SCHULTZ sprach bereits von einer normativen Schuld.⁶⁵²

Das normative Schuldverständnis wurde massgeblich vom deutschen Strafrechtler REINHARD FRANK geprägt. In einem Aufsatz aus dem Jahr 1907 führte er den Begriff der *Vorwerfbarkeit* ein und legte damit den Grundstein für die normative Betrachtung der Schuld.⁶⁵³ Die Normatisierung wurde auch in der Schweiz rezipiert.⁶⁵⁴

Anfänglich wurde die Schuld dreigeteilt in ein biologisches (die Zurechnungsfähigkeit), ein psychologisches (Vorsatz und Fahrlässigkeit) und ein normatives Element (die Zumutbarkeit).⁶⁵⁵ Damit vertrat die schweizerische Lehre bis in die 1960er-Jahre einen psychologisch-normativen Schuldbegriff. Erst unter Einfluss der finalen Handlungslehre wurde ein eigenständiger subjektiver Tatbestand anerkannt.⁶⁵⁶

In der Lehre wurde die normative Prägung der Schuld immer weiter akzeptiert.⁶⁵⁷ TRECHSEL erklärte, dass es sich bei der Schuld grundsätzlich um einen einfachen Vorwurf handelt: das „Etwas-dafür-können“.⁶⁵⁸ In der Folge wurde ein rein normativer Schuldbegriff befürwortet.⁶⁵⁹ Der Täter handelt schuldhaft, wenn von ihm rechtmässiges Verhalten hätte verlangt werden können.⁶⁶⁰ Ein solches normatives Schuldverständnis ist heute Grundlage der schweizerischen Strafrechtsdogmatik. Der Begriffszusatz „normativ“ verdeutlicht, dass es sich um ein wertendes Element handelt. Es wird beurteilt, ob ein tatbestandsmässiges und rechtswidriges Handeln dem Täter auch persönlich vorgeworfen werden kann. Dies ist zu bejahen, wenn man von ihm ein rechtsge-

⁶⁵¹ SCHULTZ, AT, 176 f.; SCHWANDER, 176.

⁶⁵² SCHULTZ, AT, 177.

⁶⁵³ FRANK, FS-Juristische Fakultät Giessen, 529: „Auf der Suche nach einem kurzen Schlagwort, das alle erwähnten Bestandteile des Schuldbegriffs in sich enthält, finde ich kein anderes als Vorwerfbarkeit.“ Vgl. dazu auch STRATENWERTH, AT I, § 11 N 3.

⁶⁵⁴ Vgl. etwa KADEČKA, ZStrR 1936, 350 f.; NOWAKOWSKI, ZStrR 1950, 301 ff.

⁶⁵⁵ NOWAKOWSKI, ZStrR 1950, 302 ff.; vgl. auch SCHULTZ, AT, 176 ff.

⁶⁵⁶ HURTADO POZO, *Partie générale*, 825; TRECHSEL/NOLL, 63; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 50 ff.; STRATENWERTH, ZStrR 1965, 184 ff.; vgl. auch WELZEL, *Strafrecht*, 33 ff., 64 ff.

⁶⁵⁷ Vgl. etwa NOLL, FS-Mayer, 221 ff.; NOLL, AT I, 120; TRECHSEL, AT I, 131.

⁶⁵⁸ TRECHSEL, AT I, 131.

⁶⁵⁹ HAUSER/REHBERG, 76.

⁶⁶⁰ HAUSER/REHBERG, 76.

treues Handeln hätte verlangen dürfen.⁶⁶¹ Welche Handlungsweise vom Täter gefordert werden dürfen, ergibt sich hierbei aus den Normen des Strafrechts und damit aus der dem Strafrecht zugrunde liegenden Sozialethik der Gesellschaft.⁶⁶² Die Schuld ist kein innerpsychologischer Vorgang, sondern ein ethisch-wertender Vorwurf gegenüber dem Täter, welcher durch die urteilende Instanz gefällt wird.⁶⁶³ Sie wird zugewiesen beziehungsweise zugeschrieben und ist demnach askriptiv.⁶⁶⁴ „Schuld ist also *Zuschreibung von Verantwortlichkeit*.“⁶⁶⁵ Gefolgt wird damit dem Grundgedanken der individuellen Verantwortlichkeit.⁶⁶⁶

2. Voraussetzungen der Schuld

Bezüglich der strafrechtlichen Schuld wird in drei Erfordernisse unterteilt: Der Täter muss zum Tatzeitpunkt erstens fähig gewesen sein, zu erkennen, welche Konsequenzen sein Verhalten hervorruft und nach dieser Einsicht zu handeln (*Schuldfähigkeit*). Zweitens muss er um das Unrecht seiner Tat gewusst haben oder zumindest darum wissen können (*Unrechtsbewusstsein*). Zuletzt darf die Tat nicht durch eine aussergewöhnliche Bedrängnis entschuldigt werden (*Zumutbarkeit rechtmässigen Verhaltens*).⁶⁶⁷

Im Regelfall wird davon ausgegangen, dass die Schuld eines erwachsenen Täters gegeben ist. Es ist nur zu prüfen, ob Gründe vorliegen, welche die Strafbarkeit des Täters entfallen lassen würden.⁶⁶⁸ Solche Schuldausschluss-

⁶⁶¹ BSK-StGB I-BOMMER, Vor Art. 19 N 3 ff.; DONATSCH/TAG, 271; FIOKA, ZStrR 2007, 138; SEELMANN/GETH, 210; vgl. auch STRATENWERTH, AT I, § 11 N 1; auch in Deutschland folgt die h.L. dem normativen Schuldbegriff; vgl. statt vieler KINDHÄUSER, Vor §§ 19-21 N 8.

⁶⁶² DONATSCH/TAG, 271.

⁶⁶³ GSCHWEND, 19; vgl. auch TRECHSEL/NOLL, 147.

⁶⁶⁴ BSK-StGB I-BOMMER, Vor Art. 19 N 16; TRECHSEL/NOLL, 146 f.

Da es im Hinblick auf diese Zuschreibung nicht möglich ist, immer vollständig auf die spezifische Täterpersönlichkeit einzugehen, muss generalisiert werden. Die Fähigkeit zum normgemässen Verhalten wird vom Täter gefordert. Dabei werden kriminalpolitischen Gegebenheiten Rechnung getragen. Dementsprechend wird auch vom *sozialen Schuldbegriff* gesprochen; vgl. etwa HURTADO POZO, *Partie générale*, 829; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 6.

⁶⁶⁵ TRECHSEL/NOLL, 148, Hervorhebung im Original; vgl. auch FIOKA, ZStrR 2007, 138.

⁶⁶⁶ DUBS, ZStrR 1989, 338.

⁶⁶⁷ RIKLIN, AT I, § 15 N 4 ff.; SEELMANN/GETH, 213; STRATENWERTH, AT I, § 8 N 25; VEST/FREI/MONTERO, 94; ähnlich DONATSCH/TAG, 272.

⁶⁶⁸ DONATSCH/TAG, 273; DUBS, ZStrR 1989, 339; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 9; vgl. auch KELLER, ZStrR 1980, 370.

gründe können die Schuld des Täters entweder vollständig aufheben (Schuldunfähigkeit) oder verringern (verminderte Schuldfähigkeit).⁶⁶⁹ Hätte der Täter die Schuldunfähigkeit beziehungsweise die Verminderung der Schuldfähigkeit vermeiden können und konnte er die in diesem Zustand begangene Tat voraussehen, so gilt er dennoch als voll schuldfähig.⁶⁷⁰

Der Affekt beeinflusst vor allem das Erfordernis der Schuldfähigkeit. Ist der emotional gesteuerte Täter überhaupt fähig, zu erkennen, welche Folgen sein Handeln hat und kann er dieser Einsicht entsprechend handeln? Der Affekt kann die Schuldfähigkeit des Täters dabei gänzlich in Frage stellen oder zumindest vermindern. Darüber hinaus sind auch Situationen denkbar, in welchen dem Affekttäter nicht zugemutet werden kann, sich normkonform zu verhalten. Dies ist insbesondere beim Notwehrexzess der Fall. Beide Problemfelder werden im Folgenden näher betrachtet.

Der Affekt ist hingegen kein Problem des Unrechtsbewusstseins. Auch eine extreme Affektlage kann nicht dazu führen, dass dem Täter gänzlich unbewusst ist, dass er unrecht handelt. Die verschiedenen Arten des Verbotsirrtums sind anders gelagert. Typischerweise fehlt einem Täter das Unrechtsbewusstsein, wenn er erst gerade aus einer völlig fremden Rechtsordnung, die mit der hiesigen nicht vergleichbar ist, gekommen ist und damit mit den geltenden Normen nicht vertraut ist.⁶⁷¹ Ein Affekt kann zwar die intellektuellen Fähigkeiten und damit das Bewusstsein des Täters einengen. Er kann dadurch die Umgebung unter Umständen nicht mehr richtig wahrnehmen und damit auch die realitätskonforme Bewertung verlieren. Dies bezieht sich allerdings vorwiegend auf die tatsächlichen und nicht auf die rechtlichen Umstände seines Handelns und hat damit eine andere Ausrichtung als der Verbotsirrtum. Dabei ist stets ein Irrtum über einen Rechtssatz gefordert.⁶⁷² Der Affekt betrifft im Gegensatz dazu nur das Bewusstsein um die tatsächlichen Umstände und führt nicht dazu, dass der Täter nicht um das Unrecht seiner Tat wusste oder zumindest darum hätte wissen müssen.⁶⁷³

⁶⁶⁹ Dazu hinten Zweiter Teil I. Kap. A. III. 4.

⁶⁷⁰ Art. 19 Abs. 4 StGB statuiert die sog. *actio libera in causa*; dazu hinten Zweiter Teil I. Kap. A. III. 5.

⁶⁷¹ DONATSCH/TAG, 287; EGETER, 56 ff.; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 48.

⁶⁷² RIKLIN, AT I, § 15 N 54.

⁶⁷³ Ebenso die deutsche Lehre; vgl. ROXIN, AT I, § 20 N 17; SCHÖNKE/SCHRÖDER-PERRON/WEIBER, § 20 N 15a; ähnlich für die österreichische Lehre SbgK-VELTEN, § 76 N 75 f.; ZERBES, 53.

3. Affekt als Schuldausschlussgrund

a) Die Schuldunfähigkeit (Art. 19 Abs. 1 StGB)

aa) Die verschiedenen Methoden zur Bestimmung der Schuldunfähigkeit

Ist ein Täter zum Tatzeitpunkt nicht in der Lage, das Unrecht seiner Tat einzusehen (Einsichtsfähigkeit) oder gemäss dieser Einsicht zu handeln (Steuerungsfähigkeit), so ist er gemäss Art. 19 Abs. 1 StGB nicht strafbar. Diese gesetzliche Umschreibung der Schuldunfähigkeit, welche erst mit der Revision des Allgemeinen Teils von 2002 eingeführt wurde und seit 2007 in Kraft ist, folgt nach dem Wortlaut einer rein *psychologischen Methode* der Schuldunfähigkeitsbestimmung.⁶⁷⁴ Es kommt lediglich darauf an, ob der Täter psychologisch gesehen nicht fähig war, das Unrecht seiner Tat einzusehen und/oder nach dieser Einsicht zu handeln.⁶⁷⁵ Dieses durch die Revision eingeführte Novum bedarf weiterer Klärung.

Im Vorentwurf zum Schweizer StGB von 1893 wurde noch eine vollständig *biologische Methode* vorgeschlagen.⁶⁷⁶ Schuldunfähig sollte sein, „wer zur Zeit der That geisteskrank oder blödsinnig oder bewusstlos war.“⁶⁷⁷ Dies bedeutet, dass für die Anwendung der Schuldunfähigkeit eine diagnostizierte psychische Störung genügen sollte.⁶⁷⁸ Da der psychiatrische Begriff der Geisteskrankheit schon um die Jahrhundertwende sehr weit ausgedehnt wurde, befürchtete man, dass auch leichte Fälle in den Anwendungsbereich der Norm gekommen wären. Daher erschien eine strafrechtliche Einschränkung des Begriffs notwendig.⁶⁷⁹ Um auf diese Befürchtung zu reagieren und dem Richter im Verhältnis zum Sachverständigen eine freie Urteilsfindung zu ermöglichen, wurden im Gesetz die zusätzlichen Kriterien Einsichts- und Steuerungsfähigkeit eingeführt. Demnach handelte ein Täter nicht strafbar, wenn er wegen Geisteskrankheit, Schwachsinn oder schwerer Störung des Bewusstseins zum

⁶⁷⁴ STRATENWERTH, AT I, § 11 N 12; vgl. auch BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 14, die von der „normativen Methode“ sprechen.

⁶⁷⁵ DUPUIS et al., Art. 19 N 1; KUONEN, 75; MAIER/MÖLLER, 62; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 12; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 19 N 2; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/ JEAN-RICHARD, Art. 19 N 6; vgl. auch *Vallender*, Amtl. Bull. NR, 2001, 543, der klar ausspricht, dass die Schuldunfähigkeit nicht zwingend auf einer schweren psychischen Störung beruhen muss.

⁶⁷⁶ STRATENWERTH, AT I, § 11 N 13.

⁶⁷⁷ Art. 8 VE StGB 1893.

⁶⁷⁸ MAIER/MÖLLER, 62; SCHMID, Diss., 178.

⁶⁷⁹ BINDER, Geisteskrankheit, 62 f.; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 13.

Tatzeitpunkt nicht fähig war, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln.⁶⁸⁰ Aus dem Gesetzeswortlaut („wegen“) ging klar hervor, dass die Störung von Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit auf einer bestimmten psychiatrischen Diagnose beruhen musste. Damit wurde zur Bestimmung der Schuldunfähigkeit bis zur AT-Revision einer *biologisch-psychologischen Methode* – auch gemischte Methode genannt – gefolgt.⁶⁸¹

Nach dem ursprünglichen Vorschlag des Bundesrates sollte mit der Revision der umstrittene Begriff der Geisteskrankheit ersetzt werden und die Schuldunfähigkeit fortan auf einer schweren psychischen Störung basieren.⁶⁸² Damit sollten insbesondere Störungen organischer Herkunft, Persönlichkeits-, Verhaltens- und Entwicklungsstörungen sowie vorübergehende anormale psychische Zustände, die unter den Begriff der Bewusstseinsstörung fallen, erfasst werden.⁶⁸³ Um klarzustellen, dass nicht jede psychische Störung zur Schuldunfähigkeit führen kann, wurde eine schwere Beeinträchtigung vorausgesetzt.⁶⁸⁴ Damit sollte an der biologisch-psychologischen Methode festgehalten werden.⁶⁸⁵

Diese Fassung von Art. 17 E StGB wurde zunächst durch den Ständerat gutgeheissen.⁶⁸⁶ In der Rechtskommission des Nationalrates wurden jedoch Einwände gegen den Begriff der schweren psychischen Störung laut.⁶⁸⁷ Zunächst wurden begriffliche Unklarheiten vorgebracht und es wurde darauf hingewiesen, dass es in einem Schuldstrafrecht unerheblich ist, aus welchen Gründen ein Täter schuldunfähig ist. Daraufhin wurde die Formulierung „wegen einer schweren psychischen Störung“ ersatzlos gestrichen.⁶⁸⁸ Der Wegfall wurde im Nationalrat bestätigt. Es wurde vorgebracht, dass der Begriff der schweren psychischen Störung in der Wissenschaft uneinheitlich definiert wird und dass es nicht Aufgabe des Gesetzgebers ist, die Gründe, welche zur Schuldunfähigkeit führen, festzulegen. Vielmehr ist es Funktion des Gerichts die Einsichts-

⁶⁸⁰ Art. 10 aStGB.

⁶⁸¹ CR CP I-MOREILLON, Art. 19 N 19; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 19 N 2; TRECHSEL/NOLL, 154; so bereits BINDER, Geisteskrankheit, 161; HAFTER, ZStrR 1951, 10; OVERBECK, ZStrR 1927, 52; WYRSCH, ZStrR 1945, 7; kritisch MAIER/MÖLLER, 63.

⁶⁸² Botschaft StGB 1998, 2006.

⁶⁸³ Botschaft StGB 1998, 2006.

⁶⁸⁴ Botschaft StGB 1998, 2006.

⁶⁸⁵ Botschaft StGB 1998, 2006.

⁶⁸⁶ Amtl. Bull. SR 1999, 1111.

⁶⁸⁷ Vgl. auch NIVEAU, Jusletter vom 27. April 2015, 5.

⁶⁸⁸ Protokoll der Sitzungen der Rechtskommission des NR, zitiert nach BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 6.

higkeit – und die Steuerungsfähigkeit, obwohl dies im Votum nicht genannt wurde – zu beurteilen.⁶⁸⁹ Der Ständerat folgte diesem Beschluss des Nationalrates.⁶⁹⁰

Vom Wortlaut her ist im Gesetz klar eine rein psychologische und nicht mehr eine biologisch-psychologische Methode vorgesehen.⁶⁹¹ Dies ist zu begrüßen, da dadurch das biologische Erfordernis der Schuldunfähigkeit überwunden ist. Ein solches ist mit dem Schuldprinzip nicht in Einklang zu bringen.⁶⁹²

Abweichend davon geht ein gewichtiger Teil der Lehre davon aus, dass das Gesetz weiterhin der biologisch-psychologischen Methode folgt. Es sei nach wie vor ein biologischer Befund nachzuweisen, welcher zur psychologischen Folge geführt hat.⁶⁹³ Insbesondere BOMMER/DITTMANN und SCHMID legen diese Ansicht detailliert dar. Sie führen an, dass eine rein psychologische Methode nicht praktikabel sei, da der Gutachter seine Expertise immer auf eine psychiatrische Diagnose abstellen würde.⁶⁹⁴ Bezüglich der Unvereinbarkeit mit dem Schuldprinzip wird entgegnet, dass dieses nicht ausschliesslich in Art. 19 StGB verwirklicht wird, sodass man den Anwendungsbereich dieser Bestimmung auf Personen mit schweren psychischen Störungen beschränken könne.⁶⁹⁵ Weiter wird vorgebracht, dass die rein psychologische Methode zu systematischen Konsequenzen führen würde, welche vom Gesetzgeber nicht

⁶⁸⁹ *Ménétreay-Savary*, Amtl. Bull. NR, 2001, 543; *Vallender*, Amtl. Bull. NR, 2001, 543; dazu auch BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 7; KUONEN, 74 f.; SCHMID, Diss., 180 f.; WIPRÄCHTIGER, Revision, 152; vgl. auch HEER, FS-Niggli, 104 ff., welche darauf hinweist, dass psychiatrische Diagnosen oft bloss relativ sind; ebenso WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 213.

⁶⁹⁰ Amtl. Bull. SR, 2001, 508.

⁶⁹¹ DUPUIS et al., Art. 19 N 1; KUONEN, 75; RIKLIN, AT I, § 15 N 28; SCHMID, Diss., 182; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 12; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 6; ähnlich CR CP I-MOREILLON, Art. 19 N 20; vgl. auch NIVEAU, Jusletter vom 27. April 2015, 4.

⁶⁹² StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 6; vgl. auch TRECHSEL/NOLL, 154, welche schon unter der alten Gesetzesfassung ausführten, dass das psychologische Kriterium entscheidend ist.

⁶⁹³ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 14; DITTMANN/GRAF, Aspekte, 694; DONATSCH/TAG, 274 f.; HURTADO POZO, *Partie générale*, 865; KIESEWETTER, ZStrR 2010, 327 Fn. 26; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 1699, sprechen von einem „gesetzestechnisches Versehen“; TAG, Schnittstellen, 58; VEST/FREI/MONTERO, 97; ähnlich TAG, Strafbarkeitsvoraussetzungen, 38; dies wird teilweise auch von psychiatrischer Seite gefordert; vgl. HABERMEYER/SACHS, Jusletter vom 27. April 2015, 2, die von einem „handwerklichen Fehler“ sprechen; VOSSEN, VOSSEN, Möglichkeiten und Grenzen, 18.

⁶⁹⁴ SCHMID, Diss., 183.

⁶⁹⁵ SCHMID, Diss., 184.

beachtet wurden. So würde Art. 19 Abs. 1 StGB zu einem „alles überdachenden Super-Schuldausschliessungsgrund“ werden. Damit wäre insbesondere das Verhältnis zum Verbotsirrtum nach Art. 21 StGB unklar.⁶⁹⁶ Schliesslich wird der Begriff der schweren psychischen Störung als nicht ungeeignet angesehen, da er insbesondere in der forensischen Psychiatrie zum Usus gehöre.⁶⁹⁷ Der biologisch-psychologischen Methode soll aus rechtspolitischen und rechtspraktischen Überlegungen der Vorzug gegeben werden. Indem man den Verlust von Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit nur für bestimmte Ursachen als rechtserheblich anerkennt, können die Fallzahlen von Freisprüchen infolge von Schuldunfähigkeit reduziert werden. Wobei diese Filterung nicht primär mit dem Begriff der psychischen Störung, sondern mit deren Schwere vorgenommen wird.⁶⁹⁸

Beachtet man die Entstehung des Artikels und dessen klaren Wortlaut, erscheint diese Auslegung äusserst zweifelhaft. Es ist eine rein psychologische Methode festgesetzt. Die Streichung der biologischen Voraussetzung wurde im Gesetzgebungsprozess begründet, weshalb nicht von einem Versehen ausgegangen werden kann. Dies zeigt sich darin, dass der Übergang zur rein psychologischen Methode konsequent umgesetzt wurde. Seit der AT-Revision wird auch in Art. 19 Abs. 4 StGB sowie bei der Begutachtungspflicht nach Art. 20 StGB von einem biologischen Erfordernis der Schuldunfähigkeit abgesehen.⁶⁹⁹ Es ist stossend, zwingend den psychiatrischen Befund einer schweren psychischen Störung vorauszusetzen, damit eine ausgeschlossene oder verminderte Schuldfähigkeit angenommen werden darf. Im Lichte des strikten Legalitätsprinzips im Strafrecht erscheint diese Auslegung zuungunsten eines Täters unhaltbar. In der Praxis dürfte es sich indes so verhalten, dass mehrheitlich in Fällen, in welchen eine schwere psychische Störung festgestellt wird, das Fehlen oder die Verminderung von Einsichts- und/oder Steuerungsfähigkeit beurteilt wird.⁷⁰⁰ Dies erklärt sich nur schon daraus, dass ein Gutachter – in der Regel ein Psychiater – im Rahmen von Schuldfähigkeitsbegutachtungen

⁶⁹⁶ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 11.

⁶⁹⁷ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 9.

⁶⁹⁸ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 15; auch in Deutschland war die Angst vor einem „Dambruch“ bei rein psychologischer Methode vorherrschend; vgl. dazu STRATENWERTH, Zukunft, 13 ff. m.w.H.

⁶⁹⁹ Dies wird von den Gegnern der rein psychologischen Methode kritisiert; vgl. etwa BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 91, Art. 20 N 4.

⁷⁰⁰ DITTMANN/GRAF, Forensische Psychiatrie, 464; DONATSCH/TAG, 275; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 15; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 6; TRECHSEL/NOLL, 157

eine medizinische Diagnose stellt.⁷⁰¹ Käme der Sachverständige beziehungsweise das Gericht aufgrund eines Gutachtens jedoch zur Überzeugung, dass Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit nicht vorhanden oder vermindert waren, ohne dass dies an einer bestimmten psychiatrisch feststellbaren Störung festgemacht werden kann, müsste auf Schuldunfähigkeit oder verminderte Schuldfähigkeit erkannt werden. Nur damit wird dem klaren Wortlaut und dem in der Entstehungsgeschichte erkennbaren Willen des Gesetzgebers entsprochen.

Im vorliegenden Kontext kommt der Diskussion um die richtige Methode zur Feststellung der Schuldunfähigkeit keine praktische Bedeutung zu. Der Affekt wird gemeinhin als schwere Störung des Bewusstseins – und damit als schwere psychische Störung – aufgefasst.⁷⁰² Daher kann eine affektbedingte Verminderung der Einsichts- und/oder der Steuerungsfähigkeit selbst unter Anwendung einer gemischten Methode zur Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit führen. Dies stellt eine weitere Kritik an der biologisch-psychologischen Methode dar. Um einen Affekt als schwere psychische Störung zu definieren, ist ein Kunstgriff von Nöten. So wird einerseits gefordert, dass die Feststellung der psychischen Störung „mithilfe der etablierten diagnostischen Kriterien der Psychiatrie“⁷⁰³ ergehen soll. Andererseits wird der Affekt als medizinische Diagnose und damit als Krankheit behandelt, obwohl er genau genommen keinen Krankheitswert hat.⁷⁰⁴

Zum Schluss ist darauf hinzuweisen, dass die Feststellung der Schuldunfähigkeit unabhängig von der verwendeten Methodik kein wissenschaftlich exakter Befund ist. Sie ist stark kontext- und zeitbezogen. So lässt sich unter dem Einfluss des seit den 1990er-Jahren eingesetzten, vermehrt punitiven Denkens erkennen, dass die Annahme einer ausgeschlossenen oder verminderten Schuldfähigkeit in den letzten Jahren signifikant abgenommen hat.⁷⁰⁵

bb) Voraussetzungen für die Schuldunfähigkeit

Die Schuldfähigkeit setzt voraus, dass weder die Einsichts- noch die Steuerungsfähigkeit des Täters ganz ausgeschlossen sind.⁷⁰⁶ Ansonsten ist Schuld-

⁷⁰¹ SCHMID, Diss., 182 f.; TRECHSEL/NOLL, 157.

⁷⁰² Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) cc) (2).

⁷⁰³ DITTMANN/GRAF, Aspekte, 694.

⁷⁰⁴ BERNSMANN, NStZ 1989, 161; NEDOPIL/MÜLLER, 280.

⁷⁰⁵ HEER, FS-Niggli, 107 f; QUELOZ, Prise en charge, 106.

⁷⁰⁶ BSK StGB I-BOMMER, Vor Art. 19 N 5; VEST/FREI/MONTERO, 93.

unfähigkeit anzunehmen. Fehlende Einsichts- und Steuerungsfähigkeit können allerdings auch nebeneinander bestehen oder ineinander übergehen.⁷⁰⁷

Die Schuldunfähigkeit muss bezüglich einer spezifischen Tat festgestellt werden; sie ist in sachlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht relativ. Einsichts- und/oder Steuerungsfähigkeit müssen für eine konkrete Handlung ausgeschlossen gewesen sein (sachliche Relativität).⁷⁰⁸ Zudem ist die Schuldunfähigkeit nur einschlägig, wenn sie zum Tatzeitpunkt vorlag (zeitliche Relativität).⁷⁰⁹ Es bedarf somit keiner andauernden Schuldunfähigkeit; ein vorübergehender Ausschluss der Einsichts- beziehungsweise Steuerungsfähigkeit zum Tatzeitpunkt genügt.⁷¹⁰ Die Schuldunfähigkeit stellt darüber hinaus ein persönliches Merkmal im Sinne von Art. 27 StGB dar, sodass es für jeden Tatbeteiligten einzeln zu bestimmen ist (persönliche Relativität).⁷¹¹

(1) Einsichtsfähigkeit

Die Einsichtsfähigkeit ist die *intellektuelle Komponente* der Schuldfähigkeit. Sie setzt voraus, dass der Täter die Realität der Umwelt erfassen und aus dieser Erkenntnis Schlüsse auf Kausalbeziehungen ableiten kann. Es muss dem Täter möglich sein, die tatsächlichen Auswirkungen seines Verhaltens zu erkennen.⁷¹² Ihm muss mit anderen Worten die wesentliche Bedeutung seines Handelns bewusst sein.⁷¹³ Um die Folgen seines Tuns korrekt einzuschätzen, muss der Täter auch eine gewisse Einsicht in soziale Normen haben, damit es

⁷⁰⁷ DONATSCH/TAG, 278.

⁷⁰⁸ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 41; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 22; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 19 N 5; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 4; TRECHSEL/NOLL, 155; vgl. auch MAIER/MÖLLER, 64; VOSSEN, Möglichkeiten und Grenzen, 17.

⁷⁰⁹ So schon der Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 StGB: „zur Zeit der Tat“; vgl. auch BGE 117 IV 292, E. 2a: „zum Zeitpunkt der Tatbegehung“; BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 42; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 19 N 6; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 5; TRECHSEL/NOLL, 155; so bereits STREBEL, ZStrR 1947, 220; vgl. auch MAIER/MÖLLER, 64; VOSSEN, Möglichkeiten und Grenzen, 17.

⁷¹⁰ CR CP I-MOREILLON, Art. 19 N 22.

⁷¹¹ BGE 105 IV 182, E. 2a; 87 IV 49, E. 2; BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 43; BSK StGB I-FORSTER, Art. 27 N 18.

⁷¹² MAIER/MÖLLER, 61; RIKLIN, AT I, § 15 N 26; SCHMID, Diss., 196; TRECHSEL/NOLL, 154; vgl. auch NIVEAU, Jusletter vom 27. April 2015, 13 f.

⁷¹³ SCHMID, Diss., 196; TRECHSEL/NOLL, 154.

ihm überhaupt möglich ist, zumindest in rudimentärster Weise rechtliche Auswirkungen seines Tuns abschätzen zu können.⁷¹⁴

Die Einsichtsfähigkeit und das intellektuelle Vorsatzelement sind nicht deckungsgleich. Auch der völlig schuldunfähige Täter kann vorsätzlich handeln.⁷¹⁵ Beim intellektuellen Element der Schuldfähigkeit genügt im Gegensatz zum Vorsatz eine allgemeine Einsichtsfähigkeit im zuvor beschriebenen Ausmass.⁷¹⁶ Demgegenüber geht es beim Vorsatz darum, dass ein Handlungsentschluss auf der Grundlage von wahrgenommenen oder vorgestellten Umständen bewusst umgesetzt wird, was auch bei fehlender Einsicht in das Unrecht möglich ist.⁷¹⁷ Ebenfalls abzugrenzen ist die Einsichtsfähigkeit vom Erfordernis des Unrechtsbewusstseins. So wurde bereits dargelegt, dass die Schuldfähigkeit eine andere Ausrichtung als das Unrechtsbewusstsein hat.⁷¹⁸

Generell ist für die Einsichtsfähigkeit ein Mindestmass an Intelligenz vorausgesetzt. Die intellektuellen Fähigkeiten des Täters müssen zur Zeit der Tatausführung intakt gewesen sein, sodass ihm eine korrekte Realitätswahrnehmung möglich war.⁷¹⁹ Über diese intellektuellen Anforderungen hinaus können auch die Ausprägung der emotionalen Betroffenheit sowie die Verankerung des Gewissens eine Rolle für die Einsichtsfähigkeit spielen.⁷²⁰ Es ist irrelevant, ob der Täter die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten zum Tatzeitpunkt tatsächlich genutzt hat oder nicht. Es geht lediglich darum, dass er grundsätzlich im Besitz der fraglichen Fähigkeiten war und diese somit hätte einsetzen können.⁷²¹

Nur wenn die Einsichtsfähigkeit vollständig aufgehoben war, ist auf Schuldunfähigkeit des Täters zu erkennen.⁷²² Die völlige Auflösung der Einsichtsfähigkeit wird oft damit umschrieben, dass der Täter „überhaupt nicht mehr wusste,

⁷¹⁴ MAIER/MÖLLER, 61; SCHMID, Diss., 196; TRECHSEL/NOLL, 154.

⁷¹⁵ BGE 115 IV 221, E. 1; BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 19.

⁷¹⁶ SCHMID, Diss., 196.

⁷¹⁷ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 19, die jedoch richtigerweise darauf hinweisen, dass beim Vorsatz immer mehr normative Kriterien eingeführt werden (so etwa bei den Raserfällen; vgl. dazu beispielsweise EGE, Raser, 75 ff. m.w.H.); damit rücken auch fehlender Vorsatz und fehlende Einsichtsfähigkeit zusammen.

⁷¹⁸ Vgl. vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 2.

⁷¹⁹ SCHMID, Diss., 196; ähnlich TRECHSEL/NOLL, 155.

⁷²⁰ FURGER, AJP 1992, 1122.

⁷²¹ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 37; SCHMID, Diss., 197.

⁷²² So ausdrücklich der Wortlaut von 19 Abs. 1 StGB: „[...] nicht fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen [...]“; SCHMID, Diss., 196.

was er tat.“⁷²³ Beachtet man die forensische und die juristische Praxis, ist festzustellen, dass die Schwelle für die Annahme einer aufgehobenen, aber auch nur schon einer herabgesetzten Einsichtsfähigkeit sehr hoch ist.⁷²⁴

(2) Die Steuerungsfähigkeit

Das *voluntative Element* der Schuldfähigkeit liegt in der Steuerungsfähigkeit.⁷²⁵ Der Täter muss in der Lage sein, sein eigenes Verhalten einsichtsgemäss zu steuern; das heisst, sich selber zu kontrollieren.⁷²⁶ Dementsprechend ist die Steuerungsfähigkeit als gegeben zu betrachten, wenn der Täter zum Tatzeitpunkt fähig war, sein Verhalten willentlich nach der Einsicht in die Folgen seines Tuns zu steuern.⁷²⁷ Dafür ist indes nicht erforderlich, dass der Täter sein Verhalten während der Tat bewusst reflektiert.⁷²⁸ Eine vorhandene Einsichtsfähigkeit ist Grundlage der Steuerungsfähigkeit. Fehlt sie, so ist ohnehin kein einsichtsgemässes Handeln möglich.⁷²⁹

Die Steuerungsfähigkeit lässt sich nicht direkt messen, was die Feststellung in der Praxis anspruchsvoll macht. Daher muss sich die Einschätzung des Sachverständigen aus einer Gesamtbeurteilung des Verhaltens des Täters vor, während und nach der Tat ergeben.⁷³⁰ Ebenso wenig darf aus dem Vorliegen einer psychischen Störung – auch wenn es sich um eine schwere handelt – direkt der Ausschluss der Steuerungsfähigkeit gefolgert werden. So gibt es schwere psychische Störungen, welche den Betroffenen nicht in seiner Verhaltenssteuerung einschränken.⁷³¹

Trotz dieser Feststellungsschwierigkeiten ist die praktische Bedeutung der Steuerungsfähigkeit grösser als jene der Einsichtsfähigkeit. Der Grund dürfte darin liegen, dass sozialabweichendes Verhalten nicht sehr oft mit mangelnder Selbsterkenntnis zu tun hat; mindestens schemenhaftes Wissen um die Auswirkungen einer Tat dürften die meisten Täter auch in einer psychischen Sondersituation besitzen. Hingegen sind Schwierigkeiten in der eigenen Hand-

⁷²³ DONATSCH/TAG, 277.

⁷²⁴ SCHMID, Diss., 197; vgl. auch KRÖBER, Qualitätsstandards, 22; MAIER/MÖLLER, 62.

⁷²⁵ Teilweise auch Bestimmungs-, Motivations-, Direktions- oder Hemmfähigkeit genannt; SCHMID, Diss., 197 Fn. 271; vgl. auch NIVEAU, Jusletter vom 27. April 2015, 15.

⁷²⁶ MAIER/MÖLLER, 61; RIKLIN, AT I, § 15 N 27; TRECHSEL/NOLL, 155.

⁷²⁷ SCHMID, Diss., 198; SCHULTZ, AT, 184.

⁷²⁸ SCHMID, Diss., 198.

⁷²⁹ BRANDENBERGER, 6.

⁷³⁰ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 38; SCHMID, Diss., 198.

⁷³¹ SCHMID, Diss., 198.

lungskontrolle – beispielsweise indem den eigenen Trieben nachgegangen wird oder Bedürfnisse nicht zurückgestellt werden, bis sie auf legale Weise befriedigt werden können – typische Umstände von deliktischem Verhalten.⁷³²

Um das Phänomen der Steuerungsunfähigkeit alltagssprachlich zu umschreiben wird oft vorgebracht, der Täter „konnte nicht mehr anders handeln.“ Diese Formulierung wird jedoch als ungeeignetes Kriterium abgelehnt, da sie sich nie wissenschaftlich beweisen lässt.⁷³³ Für die Feststellung des Bestehens der Steuerungsfähigkeit sind zum einen die Stärke der Willenskraft und zum anderen die Intensivität von erlebten Triebstreben sowie der Ablauf anderer unbewusster Prozesse massgebend.⁷³⁴ Beachtet werden sowohl die äusseren Umstände als auch die individuellen Fähigkeiten der betreffenden Person.

Für die Einsichts- und die Steuerungsfähigkeit ist zu beachten, dass es sich dabei um normativ festgeschriebene Rechtsbegriffe handelt. Die Fähigkeit einer Person, das Unrecht einer Tat einzusehen und ihr Verhalten im Rahmen ihrer individuellen Freiheit an dieser Einsicht auszurichten, ist retrospektiv grundsätzlich unbeweisbar.⁷³⁵ Die strafrechtliche Beurteilung der Schuldfähigkeit ist daher eine normative Zuschreibung.⁷³⁶ Das heisst, man kann lediglich aus psychologischer beziehungsweise psychiatrischer Sicht die Tatumstände und die Täterpersönlichkeit beurteilen und einschätzen, ob dem Täter bei der betroffenen Tat die Fähigkeit, das Unrecht seines Handelns einzusehen und sich nach dieser Einsicht zu verhalten, nicht mehr zugesprochen werden kann.⁷³⁷

cc) Der Affekt als Grund für die Schuldunfähigkeit

Dass eine im Affekt begangene Tat ein Problem für die Schuldfähigkeit des Täters darstellen kann, wird im Schrifttum grundsätzlich anerkannt. Über die genauen Einzelheiten und die tatsächlichen Auswirkungen des Affekts – also insbesondere ob er die Schuldfähigkeit tatsächlich auszuschliessen vermag – herrscht jedoch grosse Unklarheit.

⁷³² SCHMID, Diss., 197 f.; TRECHSEL/NOLL, 155; vgl. auch KRÖBER, Qualitätsstandards, 22.

⁷³³ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 38; SCHMID, Diss., 198; vgl. auch KIESEWETTER, ZStrR 2010, 324.

⁷³⁴ FURGER, AJP 1992, 1122.

⁷³⁵ KIESEWETTER, ZStrR 2010, 324; SCHMID, Diss., 199; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 23, der jedoch davon ausgeht, dass die Einsichtsfähigkeit in gewissen Fällen positiv feststellbar ist.

⁷³⁶ BSK-StGB I-BOMMER, Vor Art. 19 N 16; SCHMID, Diss., 199; TRECHSEL/NOLL, 146 f.

⁷³⁷ SCHMID, Diss., 199.

Oftmals wird der Affekt in der Literatur nicht eingehend behandelt, sondern lediglich im Zusammenhang mit der Schuldfähigkeit in die Diskussion eingebracht. Dabei gibt es verschiedene Umgangsformen. Einzelne Autoren begnügen sich damit, festzuhalten, dass ein Affekt zum Ausschluss der Schuldfähigkeit führen kann.⁷³⁸ Andere Autoren beurteilen die Situation genau umgekehrt und statuieren, dass ein Affektzustand des Täters seine Schuldfähigkeit grundsätzlich nicht ausschliessen kann.⁷³⁹ Weitere wiederum folgen einem Mittelweg und stellen sich auf den Standpunkt, dass ein Affekt die Schuldfähigkeit grundsätzlich nicht ausschliessen, jedoch vermindern kann. Bloss für Extremsituationen wird die Möglichkeit einer Schuldunfähigkeit anerkannt.⁷⁴⁰

Im Folgenden soll versucht werden, der Diskussion eine bessere Struktur zu geben, indem die Auswirkungen des Affekts für die einzelnen Elemente der Schuldfähigkeit aufgezeigt werden. Weil sich die schweizerische Lehre bisher kaum systematisch damit beschäftigte, werden psychologische und forensisch-psychiatrische Erkenntnisse sowie teilweise auch Lehrmeinungen aus Deutschland und Österreich ergänzend beigezogen, um die Frage so exakt wie möglich zu beantworten.

(1) Unterscheidung zwischen sthenischen und asthenischen Affekten

Gefühlsregungen, die auf Zorn, Wut oder Hass und damit auf Kraft beruhen, werden als sthenische Affekte bezeichnet (griechisch *sthenos* = Kraft). Stehen demgegenüber Schrecken, Angst oder Trauer und damit Schwäche im Vordergrund, so handelt es sich um asthenische Affekte (griechisch *a-sthenes* = kraftlos).⁷⁴¹ Als Fallbeispiele für asthenische Affekte werden etwa die Fahrerflucht, Panikreaktionen und der erweiterte Suizid genannt.⁷⁴²

Die Unterscheidung zwischen sthenischen und asthenischen Affekten ist historisch gewachsen. Sie findet sich bereits bei IMMANUEL KANT.⁷⁴³ Später wurde sie in der Psychologie weiterverfolgt, wobei darauf hingewiesen wurde, dass

⁷³⁸ DUKOR, ZStrR 1951, 434, der von „Affektdämmerzuständen“ spricht; HURTADO POZO, *Partie générale*, 877.

⁷³⁹ STREBEL, ZStrR 1947, 219.

⁷⁴⁰ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 35; RYSER BÜSCHI, 229 f.; VEST/FREI/MONTERO, 96; WALDER, ZStrR 1965, 55 f., der vor allem an schwere Affektzustände nach Unfällen und Straftaten denkt.

⁷⁴¹ FUCHS, 24. Kap. N 31; SSW StGB-KASPAR, § 20 N 57; TAG, *Emotionen*, 69; THEUNE, *NStZ* 1999, 273; VEST/FREI/MONTERO, 193.

⁷⁴² BLAU, *FS-Tröndle*, 110.

⁷⁴³ KANT, 52 f., 213 ff.; vgl. auch BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 4.

grundsätzlich jede Emotion entweder eine sthenische oder eine asthenische Ausprägung haben kann.⁷⁴⁴

Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass verschiedentlich davon ausgegangen wird, dass nur asthenische Affekte schuldrelevant sein können.⁷⁴⁵ Diese Ansicht geht über den Rahmen der Schuldfähigkeit hinaus und wird auch in anderen Zusammenhängen vorgebracht. Immer wieder wird bloss dem asthenischen Affekt strafrechtliche Relevanz zugesprochen.⁷⁴⁶

Für die Frage der Schuldfähigkeit eines Täters, der in einer heftigen Gemütsbewegung handelte, ist entscheidend, ob der psychische Zustand die Einsichts- oder die Steuerungsfähigkeit vermindert oder ausgeschlossen hat. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob die Emotionslage des Täters „aus Kraft“ (beim sthenischen Affekt) oder „aus Schwäche“ (beim asthenischen Affekt) herrührt. Die neurobiologischen, physiologischen und psychologischen Reaktionen auf eine Emotion lassen sich nicht in diese Unterscheidung einteilen. So wird die Differenzierung durch die aktuelle Emotionsforschung auch nicht mehr vorgenommen und deren Erkenntnisse weisen eher darauf hin, dass an der Unterscheidung zwischen sthenischen und asthenischen Affekten nicht festzuhalten ist.⁷⁴⁷

Die Unterscheidung ist ausserdem nicht sachgemäss, weil der Übergang zwischen den Kategorien fliegend ist.⁷⁴⁸ In der Praxis zeigt sich, dass keine klare Trennung möglich ist. So kommt es einerseits in Fällen des sthenischen Affekts zu einer Prüfung der Schuldfähigkeit; andererseits wird asthenischen Affekten teilweise die strafrechtliche Beachtlichkeit abgesprochen.⁷⁴⁹ Insgesamt sollte daher von dieser Kategorisierung gänzlich abgesehen werden.⁷⁵⁰ Handelte ein Täter unter dem Einfluss einer heftigen Gemütsbewegung, ist zu

⁷⁴⁴ WUNDT, § 13 N 6 ff.

⁷⁴⁵ BGer, Urteil vom 1. Oktober 2010, 6B_432/2010, E. 5.3; dies wird vor allem in der deutschen Literatur vertreten; vgl. etwa FISCHER, § 20 N 30a; SSW StGB-KASPAR, § 20 N 58; MAATZ, Nervenarzt 2005, 1393.

⁷⁴⁶ Vgl. für die Beachtung des Affekts beim Notwehrexzess hinten Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. b) cc) (1) und beim Totschlag hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) aa).

⁷⁴⁷ Im Rahmen von Art. 113 StGB ebenso BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 4 f.; vgl. zu den Erkenntnissen der Emotionsforschung vorne Erster Teil 2. Kap. A.

⁷⁴⁸ SALGER, FS-Tröndle, 204; vgl. auch WUNDT, § 13 N 6 ff.

⁷⁴⁹ So BLAU, FS-Tröndle, 114, für die deutsche Praxis.

⁷⁵⁰ Im Rahmen von Art. 113 StGB ebenso BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 4; in der deutschen Lehre andeutungsweise BLAU, FS-Tröndle, 114; vgl. auch SCHÖNKE/SCHRÖDER-PERRON/WEIBER, § 20 N 15, die ebenfalls darauf hinweisen, dass der asthenische Affekt schuldrelevant sein kann.

prüfen, ob dadurch Einsichts- und/oder Steuerungsfähigkeit ausgeschlossen oder beeinträchtigt waren. Nur bei Vorliegen spezifischer Gründe – insbesondere in Konstellationen der *actio libera in causa* – ist die schuldausschließende beziehungsweise -mindernde Wirkung nicht zu berücksichtigen.⁷⁵¹ Die Unbeachtlichkeit aufgrund der Art des Affekts ist hingegen nicht angemessen und daher nicht aufrechtzuerhalten.

(2) Der Affekt als schwere Störung des Bewusstseins

Zuvor wurde dargelegt, dass nach hier vertretener Auffassung zur Feststellung der Schuldunfähigkeit eines Täters im Sinne von Art. 19 Abs. 1 StGB keine psychische Störung diagnostiziert werden muss.⁷⁵² Da die Gegenauffassung weithin aufrechterhalten wird, soll dennoch geklärt werden, ob ein Affektzustand als schwere psychische Störung gelten kann.

Zur Definition einer schweren psychischen Störung wird teilweise das Klassifikationssystem der Weltgesundheitsorganisation ICD-10 beigezogen. Eine schwere psychische Störung liegt demnach vor, wenn ein psychiatrischer Befund ein Krankheitsbild zeigt, welches zur Diagnose einer psychischen Störung im Sinne der ICD-10 führt.⁷⁵³ Andere Lehrmeinungen greifen demgegenüber auf die alte Gesetzesfassung zurück. Zur Bejahung der Schuldunfähigkeit war eine der folgenden Diagnosen notwendig: Geisteskrankheit, Schwachsinn oder schwere Störung des Bewusstseins.⁷⁵⁴ Wieder andere Autoren begnügen sich mit einer rudimentären Umschreibung. Nach DONATSCH/TAG kommen nicht nur Geisteskrankheiten im streng medizinischen Sinne als Ursache der Störung in Frage, „sondern alle Arten anhaltender grober Störungen der Verstandestätigkeit, des Willens-, Gefühls- und Trieblebens, die sich auf die Fähigkeit zu einer normalen Willensbildung auswirken können.“⁷⁵⁵ Daneben anerkennen sie auch sonstige schwere Störungen des Bewusstseins als vo-

⁷⁵¹ Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 5. b).

⁷⁵² Vgl. dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) aa). Die gleiche Meinung wird für den normalpsychologischen Affekt in Deutschland schon seit längerem vertreten; vgl. GEILEN, FS-Maurach, 188 f., der darauf hinweist, dass die psychologische Wirkung des Affekts zur Beurteilung der Schuldfrage massgebend ist.

⁷⁵³ SCHMID, Diss., 188 ff. m.w.H., für den das Qualifizierungsattribut „schwer“ insoweit keine eigenständige Bedeutung hat; vgl. auch DITTMANN/GRAF, Forensische Psychiatrie, 464.

⁷⁵⁴ Art. 10 aStGB; BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 30 ff.; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 16 ff., welcher in Psychosen bzw. Persönlichkeitsstörungen, Schwachsinn und schwere Bewusstseinsstörungen unterteilt.

⁷⁵⁵ DONATSCH/TAG, 276.

rübergehende Ausnahmezustände.⁷⁵⁶ Allen Umschreibungen ist gemeinsam, dass sie relativ weitläufig sind. Damit können viele unterschiedliche psychiatrische Krankheitsbilder als psychologische Anknüpfungsdiagnose für die Feststellung der Schuldunfähigkeit dienen.

Geht man nun auf die allgemeine Definition der schweren psychischen Störung zurück, so ist zunächst festzustellen, dass der Affekt im hier verstandenen Sinne nicht als krankhafte psychische Störung verstanden werden kann. Er ist von keinem der internationalen Klassifikationssysteme (z.B. ICD-10 oder DSM-V) erfasst.⁷⁵⁷ Dementsprechend kann der Affekt nur als schwere Störung des Bewusstseins aufgefasst werden. Ob diese Einordnung tatsächlich vorgenommen werden kann, wurde bisher nur sehr oberflächlich beantwortet. Die Autoren, die sich zu dieser Frage äussern, beschränken sich mehrheitlich darauf, den Affekt als schwere Bewusstseinsstörung anzuerkennen oder eben nicht, ohne diese Aussage näher zu begründen. Dabei ist für die Annahme des Affekts als schwere Bewusstseinsstörung eine gewisse Zurückhaltung zu erkennen. So wird teilweise komplett bestritten, dass ein Affekt das qualitative Erfordernis der Schwere erfüllen könne.⁷⁵⁸ WALDER meint dazu, dass dies nur dann der Fall sein kann, wenn der Affekt zu einer eigentlichen Benommenheit des Täters geführt hat, welche ihn sinnlos agieren liess.⁷⁵⁹ Die Zurückhaltung lässt sich darin erkennen, dass die meisten Autoren, welche den Affekt grundsätzlich als Bewusstseinsstörung auffassen, die für die Schuldunfähigkeit relevante Schwere nur in Extremfällen – oft als hochgradiger oder höchster Affekt bezeichnet – als gegeben erachten.⁷⁶⁰ Nur vereinzelt wird keine Steigerungsform des Affekts gefordert, sondern lediglich darauf hingewiesen, dass ein Affekt eine schwere Störung des Bewusstseins sein kann.⁷⁶¹

Ähnliches ist in der deutschen Strafrechtswissenschaft festzustellen. Dort gilt zur Feststellung der Schuldunfähigkeit noch die gemischte Methode.⁷⁶² Dabei

⁷⁵⁶ DONATSCH/TAG, 277; MAIER/MÖLLER, 69.

⁷⁵⁷ THEUNE, NStZ 1999, 274; vgl. auch vorne Erster Teil 1. Kap. D. I. 2.

⁷⁵⁸ WALDER, ZStR 1965, 54; vgl. auch MAIER/MÖLLER, 69.

⁷⁵⁹ WALDER, ZStR 1965, 55.

⁷⁶⁰ DONATSCH/TAG, 277; HURTADO POZO, *Partie générale*, 877; MAIER/MÖLLER, 185; RIKLIN, AT I, § 15 N 31; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 20; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 19 N 4; TRECHSEL/NOLL, 156.

⁷⁶¹ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 35; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 9; wohl ebenso HURTADO POZO, *Partie générale*, 877; bloss andeutungsweise FURGER, ZStR 1988, 399.

⁷⁶² Statt vieler GREUEL, *Schuldfähigkeitsbegutachtung*, 105; SSW StGB-KASPAR, § 20 N 1; SALGER, FS-Tröndle, 206.

kann die verminderte oder die ausgeschlossene Schuldfähigkeit insbesondere in einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung im Sinne von Art. 20 D-StGB begründet liegen. Unter diesem Begriff werden ausschliesslich normalpsychologische, nicht von definierten Krankheiten ableitbare Beeinträchtigungen des Bewusstseins erfasst.⁷⁶³ Dementsprechend wird der Affekt in Deutschland in der Regel zu den tiefgreifenden Bewusstseinsstörungen gezählt.⁷⁶⁴ Teilweise erfolgt auch hier eine Einschränkung, indem vorgebracht wird, dass eine Gefühlsregung nur in Ausnahmefällen die Intensität erreichen kann, die eine darauf beruhende Bewusstseinsstörung als tiefgreifend erscheinen lässt.⁷⁶⁵

In diesem Kontext ist jedoch zu beachten und erneut darauf hinzuweisen, dass mit der Interpretation des Affekts als schwere psychische Störung eine Überdehnung des Krankheitsbegriffs stattfindet. Die Bewusstseinsstörung aufgrund des normalpsychologischen Affekts ist gerade keine biologische Feststellung.⁷⁶⁶ Wird dennoch an der biologisch-psychologischen Methode der Schuldfähigkeitsbestimmung festgehalten, sollte der Anwendungsbereich von Art. 19 StGB nicht zu weit beschränkt werden, indem der Affekt nur zurückhaltend als schwere Störung des Bewusstseins angenommen wird. Rein begriffsnotwendig handelt es sich beim Affekt um einen Ausnahmezustand heftigster Emotionalität und hat daher als schwere Störung des Bewusstseins zu gelten. Es bedarf keiner weiteren Einschränkung auf heftige Affekte. So ist dabei zu bedenken, dass damit keine direkte Annahme einer verminderten oder ausgeschlossenen Schuldfähigkeit verbunden ist. Dies kann erst nach einer Untersuchung, ob sich der Affekt auf Einsicht- und/oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat, beantwortet werden.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass der Affekt als schwere Störung des Bewusstseins eingestuft wird. Selbst wenn man in Abweichung von der hier vertretenen Meinung von der gemischten Methode ausgeht, kann der Affekt

⁷⁶³ SALGER, FS-Tröndle, 205.

⁷⁶⁴ Statt vieler FISCHER, § 20 N 30; FRISCH, ZStW 1989, 548; KINDHÄUSSER, § 20 N 7; MAATZ, Nervenarzt 2005, 1394; SALGER, FS-Tröndle, 205; THEUNE, NSZ 1999, 274; differenzierend ZABEL, 38 f., der dem Affekt unter Zuhilfenahme eines „sozial-normativen“ Krankheitsbegriffs als krankhafte Störung versteht. Gleiches gilt für Österreich, wo ebenfalls die gemischte Methode herrscht (WK-HÖPFEL, § 11 N 2; ZERBES, 43 ff.) und der Affekt als Grund für eine tiefgreifende Bewusstseinsstörung nach § 11 Ö-StGB genannt wird; vgl. FABRIZY, § 11 N 7; WK-HÖPFEL, § 11 N 9; SbgK-TRIFFTERER, § 11 N 31, 37; ZERBES, 107 ff.

⁷⁶⁵ FRISCH, ZStW 1989, 547 f.

⁷⁶⁶ MAIER/MÖLLER, 63; vgl. auch KantGer SG, Urteil vom 8. März 1989, GVP 1989, Nr. 38, E. 2.

als quasi-biologischer Anknüpfungspunkt gelten. Von praktischer Relevanz ist daher vor allem die Frage, welche es im Folgenden zu klären gilt: Zeigt der Affekt Auswirkungen, welche Einsichts- und/oder Steuerungsfähigkeit des Täters ausschliessen?

(3) Affekt und Einsichtsfähigkeit

Bezüglich der Einsichtsfähigkeit des Täters ist zu untersuchen, ob dessen kognitive Fähigkeiten zum Tatzeitpunkt eingeschränkt waren. Dabei ist das Verhalten des Täters und die Symptomatik eines Einflussfaktors – vorliegend der Affekt – zu beurteilen.⁷⁶⁷ Es ist zu untersuchen, ob eine zum Tatzeitpunkt vorhandene heftige Gemütsbewegung die intellektuellen Fähigkeiten des Täters beeinträchtigen kann.

Grundsätzlich ist anzunehmen, dass eine starke emotional bedingte Erregung dazu führt, dass die Wahrnehmung beziehungsweise das Bewusstseinsfeld in gewissem Mass eingeschränkt wird.⁷⁶⁸ Es kommt zu einer „Verdunkelung des Blickfelds“⁷⁶⁹; die betroffene Person fokussiert ihre Wahrnehmung vor allem auf die Ursache ihrer Erregung und lässt die übrigen Geschehnisse ausser Acht.⁷⁷⁰ Der Täter nimmt nur noch das angestrebte Ziel und die dazu vorhandenen Mittel wahr.⁷⁷¹ Damit wird einerseits die Wahrnehmungsfähigkeit für andere Umwelteinflüsse, aber auch die Reflexionsfähigkeit über das eigene Handeln eingeschränkt.⁷⁷² Dementsprechend wird teilweise angenommen, dass der Täter im Affekt gewissermassen „blind“ handelt; er sieht nur noch „rot“. Es kann ihm demnach die Einsicht in das von ihm begangene Unrecht fehlen.⁷⁷³ WALDER begrenzt den Ausschluss der Einsichtsfähigkeit auf „Primitivreaktionen“. Bei solchen Handlungen, welche durch seelische Kräfte gesteuert werden, kann sich keine höhere, vernünftige Instanz einschalten.⁷⁷⁴

Psychologische und neurowissenschaftliche Befunde legen nahe, dass heftige Emotionen in enger Beziehung zu kognitiven Prozessen stehen. Insbesondere

⁷⁶⁷ Vgl. BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 37; SCHMID, Diss., 197.

⁷⁶⁸ MAIER/MÖLLER, 185; in der deutschen Lehre ebenso GEILEN, FS-Maurach, 175; vgl. auch SbgK-VELTEN, § 76 N 71, für die österreichische Lehre.

⁷⁶⁹ GEILEN, FS-Maurach, 175; THEUNE, NStZ 1999, 273.

⁷⁷⁰ MAIER/MÖLLER, 185; vgl. auch KONRAD/RASCH, 375; vorne Erster Teil 2. Kap. A. III. 2.

⁷⁷¹ KRÜMPELMANN, FS-Welzel, 336.

⁷⁷² KONRAD/RASCH, 375.

⁷⁷³ BLAU, FS-Tröndle, 116 f.; GEILEN, FS-Maurach, 188.

⁷⁷⁴ WALDER, ZStrR 1965, 56.

die Aufmerksamkeit und die Wahrnehmung werden auf den affektauslösenden Umstand gerichtet. Bestimmte bewusste Prozesse können durch die Emotionalität hervorgerufen, andere gehemmt werden. Gerade in Furchtsituationen können einfache Reaktionen ohne Einschaltung des Kortex, direkt durch die Amygdala ausgelöst werden, was eine bewusste Steuerung verunmöglicht.⁷⁷⁵

Obwohl gewalttätiges Verhalten in engem Zusammenhang mit dem emotionalen Befinden des Täters steht,⁷⁷⁶ ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Täter auch bei einer Handlung im Affekt die Auswirkungen seines Verhalten sowie die strafrechtlichen Gebote und damit das Unrecht strafbarer Handlungen – beziehungsweise im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre die allgemeinen Gesellschaftskonventionen – erkennt oder zumindest erkennen kann.⁷⁷⁷ Betrachtet man die zuvor beschriebenen Bewusstseinsengungen, so bedeuten diese in der Regel vor allem eine eingeschränkte Wahrnehmung der tatsächlichen Umwelt. Die heftige Gemütsbewegung führt kaum dazu, dass die handelnde Person die Auswirkungen seines Verhaltens nicht mehr erfassen kann. Dementsprechend kann festgestellt werden, dass die Einsichtsfähigkeit auch bei affektiven Erregungszuständen erhalten bleibt.⁷⁷⁸ Nur in Extremsituationen – etwa bei einer kurzschlussartigen Furchtreaktion – können sich keine bewussten Prozesse einschalten, weshalb auch die Unrechtseinschätzung ausgeschlossen ist.

(4) Affekt und Steuerungsfähigkeit

Die voluntative Komponente der Schuldfähigkeit richtet sich danach, ob der Täter einsichtsgemäss handeln kann. Es stellt sich somit die Frage, ob der in einer heftigen Gemütsbewegung agierende Täter sein Tun steuern kann. Aus der Psychologie und der Neurobiologie ist bekannt, dass Emotionen entscheidenden Einfluss auf die Motivation und Verhaltensregulation haben.⁷⁷⁹ Für den affektiv motivierten Täter ist zu erörtern, ob er die emotionalen Handlungsimpulse überhaupt hätte unterdrücken können.

⁷⁷⁵ Ausführlich dazu vorne Erster Teil 2. Kap. A. III. und Erster Teil 2. Kap. B. II. 4.

⁷⁷⁶ Dazu vorne Erster Teil 2. Kap. A. II.

⁷⁷⁷ Vgl. BezGer Dielsdorf, Urteil vom 9. Februar 1999, U/D/GU980025/cb, E. 4; für die deutsche Lehre ebenso ZABEL, 46.

⁷⁷⁸ OGer ZH, Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. III. 2.1.1.3b; für die deutsche Lehre ebenso ZABEL, 46, der jedoch darauf hinweist, dass die Einsichtsfähigkeit durchaus eingeschränkt werden kann.

⁷⁷⁹ Vgl. vorne Erster Teil 2. Kap. A. und Erster Teil 2. Kap. B. II. 1.

Die Grundannahme besteht darin, dass ein Affekt das Hemmungsvermögen des Täters beeinträchtigt. Er kann den emotionalen Handlungsimpulsen nur noch eingeschränkt willentlichen Widerstand leisten.⁷⁸⁰ Der Täter verliert seine Beherrschungsfähigkeit.⁷⁸¹ Umgangssprachlich wird dies damit umschrieben, dass der Täter bei der Tatausführung „ausser sich“ war und „nicht mehr anders konnte“. Dies verdeutlicht, dass die handelnde Person durch das Situationsgefüge überwältigt wurde, wodurch hemmende Schranken wegfielen.⁷⁸²

Es ist weiter anerkannt, dass heftige Emotionen dazu führen, dass eine starre Zielfixierung hervorgerufen wird.⁷⁸³ Damit kann die Wahrnehmung von Handlungsalternativen ausgeschlossen oder zumindest erschwert werden. Für andere als die durch den Affekt angeregte Handlungsvariante, bleibt nur ein eingeschränkter Anwendungsbereich.⁷⁸⁴

Der Affekt wird in der Praxis relativ häufig als Ursache dafür angenommen, dass die Steuerungsfähigkeit des Täters eingeschränkt war.⁷⁸⁵ Dabei nehmen Gerichte in der Regel höchstens eine leichtgradige Einschränkung der Steuerungsfähigkeit an.⁷⁸⁶ Nur selten ist von einer deutlichen Einschränkung auszugehen.⁷⁸⁷ Ein kompletter Verlust der Steuerungsfähigkeit ist in der Praxis so gut wie ausgeschlossen. Das emotionale Befinden des Täters wirkt sich zwar stark handlungsmotivierend aus, hat in der Regel aber nicht zur Folge, dass keine Handlungskontrolle mehr möglich ist. Entscheidend ist, inwieweit der Täter die Emotionen, die ihm eine Regulierung des Geschehens verunmöglichen, kontrollieren kann.⁷⁸⁸ Es kommt damit auf die Fähigkeit zur Emotionskontrolle an. War es dem Täter möglich, sein emotionales Befinden zu regulieren, so ist nicht von einer relevanten Auswirkung auf die Steuerungsfähigkeit auszugehen. Aus der psychologischen und der neurologischen Forschung ist diesbezüglich anerkannt, dass es den meisten Personen regelmässig möglich ist, ihre Emotionen und die damit einhergehenden Handlungsimpulse zu kon-

⁷⁸⁰ GEILEN, FS-Maurach, 188; THEUNE, NSTZ 1999, 273, spricht von einer „Störung der voluntativ-emotionalen Willenskontrolle“.

⁷⁸¹ KRÜPELMANN, FS-Welzel, 338; vgl. auch ROXIN, AT I, § 20 N 14.

⁷⁸² FRISCH, ZStW 1989, 548; ZABEL, 31 f.

⁷⁸³ RUDOLPHI, FS-Henkel, 204 f., mit verschiedenen Hinweisen auf psychologische Literatur; vgl. auch FRISCH, ZStW 1989, 540; KRÜPELMANN, FS-Welzel, 332.

⁷⁸⁴ KRÜPELMANN, FS-Welzel, 336; vgl. auch FRISCH, ZStW 1989, 540.

⁷⁸⁵ So etwa OGer ZH, Urteil vom 12. November 2014, SB140187, E. 3.12.; Urteil vom 22. Juni 2012, SB110610, E. C. 4.; Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. III. 2.1.1.3b.

⁷⁸⁶ OGer ZH, Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. III. 2.1.1.3b.

⁷⁸⁷ OGer ZH, Urteil vom 12. November 2014, SB140187, E. 3.12.

⁷⁸⁸ So RUDOLPHI, FS-Henkel, 201, für die deutsche Lehre.

trollieren.⁷⁸⁹ Da Ausnahmen möglich sind, ist im Einzelfall trotzdem zu untersuchen, ob es der betreffenden Person in der konkreten Situation möglich war, den Affekt zu beherrschen. Dazu ist ein Gutachter beizuziehen.⁷⁹⁰ Kommt dieser zum Schluss, dass eine Affektkontrolle nicht möglich war und die Steuerungsfähigkeit damit ausgeschlossen oder vermindert war, ist dies vom Richter zu beachten.

Aus der forensischen Literatur lässt sich zumindest ein Fall erkennen, bei dem es in Extremsituationen zu einem kompletten Ausschluss der Steuerungsfähigkeit kommen kann. Wenn es sich bei der fraglichen Tat um ein Unterlassungsdelikt handelt, so fallen insbesondere Zustände sogenannten *Affektstupors* in Betracht. Der Täter ist in einem solchen Fall „vor Schreck gelähmt“. Selbst wenn er die Situation, welche seine Handlungspflicht auslöst, erkennt und den Willen zur entsprechenden Handlung hat, kann er sein Verhalten unter dem Einfluss seines emotionalen Befindens nicht anpassen.⁷⁹¹ Seine Steuerungsfähigkeit ist demnach ausgeschlossen und er ist schuldunfähig.

(5) Erst nach Tatbeginn einsetzender Affekt

Die Beurteilung der Schuldfähigkeit ist insbesondere in Fällen schwierig, in denen der Affekt erst im Verlauf der Tathandlung einsetzt. Man spricht in diesem Kontext von „Blutrausch“-Fällen. Es geht um Situationen, in denen der Täter zur Tat schreitet und dabei von heftigen Emotionen übermannt wird und unkontrolliert auf sein Opfer losgeht.⁷⁹²

Vor allem in Deutschland wird diesbezüglich die Frage aufgeworfen, wie die Schuldfähigkeit des Täters in einer solchen Situation zu beurteilen ist. Weicht die Art der Tatvollendung nicht wesentlich von der noch im Zustand der vollen Zurechnungsfähigkeit gefassten Vorstellung des Täters ab, so ist der Täter für die vollendete – oder unter Umständen bloss versuchte – Tat als voll zurechnungsfähig zu sehen.⁷⁹³ Weicht die Tat indes klar von seinen Vorstellungen ab, so ist er diesbezüglich als schuldunfähig oder zumindest als vermindert schuldfähig zu betrachten. Allerdings ist zu bedenken, dass diese ausgeschlossene oder verminderte Schuldfähigkeit in der Regel nicht beachtlich sein dürf-

⁷⁸⁹ Dazu vorne Erster Teil 2. Kap. A. IV. 2. und Erster Teil 2. Kap. B. II. 3.

⁷⁹⁰ Dazu ausführlich hinten Zweiter Teil 3. Kap. E.

⁷⁹¹ Zum Ganzen KONRAD/RASCH, 373.

⁷⁹² Als eigentlicher Ursprung der Diskussion gilt BGHSt 7, 325; vgl. auch GEILEN, FS-Maurach, 179 ff.

⁷⁹³ Dies wurde in Deutschland vom BGH so entschieden; BGHSt 7, 325; vgl. dazu ausführlich GEILEN, FS-Maurach, 180 m.w.H.

te, da der Täter sich durch die strafbare Handlung in einen Zustand der heftigen Gemütsbewegung brachte. Sofern diese Reaktion bei pflichtgemässer Vorsicht vorausgesehen werden konnte oder sogar als möglich erkannt wurde, liegt ein Fall der *actio libera in causa* vor.⁷⁹⁴

Die Problematik dieses Grundsatzes liegt in der praktischen Feststellbarkeit. So wäre die schuldausschliessende beziehungsweise -mindernde Wirkung des Affekts unbeachtlich, wenn dieser wenigstens eine logische Sekunde nach Beginn der Tatausführung eintritt.⁷⁹⁵ Solche praktischen Bedenken vermögen jedoch nicht den Grundsatz an sich in Frage zu stellen. Vielmehr muss unter der Einhaltung der prozessualen Prinzipien – und häufig wohl auch unter Bezugnahme auf ein psychiatrisches Gutachten⁷⁹⁶ – entschieden werden, ob von einem vorbestehenden oder erst während der Tathandlung entstandenen Affekt auszugehen ist, da nur der erste schuldrelevant sein kann.

(6) Beachtung von konstellativen Faktoren

Bei Affektdelikten haben konstellative Faktoren einen entscheidenden Einfluss. Insbesondere durch Alkohol oder Betäubungsmittel ausgelöste Rauschzustände können die Emotionskontrolle schwächen und heftige Gemütsbewegungen und damit Affektdelikte begünstigen.⁷⁹⁷

Bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit ist es in derartigen Fällen kaum möglich, bezüglich der Auswirkung auf die Einsichts- beziehungsweise die Steuerungsfähigkeit zwischen dem Affekt und den konstellativen Faktoren zu unterscheiden. So haben Affektdelikte ähnliche Auswirkungen wie Rauschzustände, was die Differenzierung praktisch verunmöglicht.⁷⁹⁸ Es bleibt nichts anderes übrig, als die Schuldfähigkeit des Täters im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller wesentlichen objektiven und subjektiven Umstände zu beurteilen.⁷⁹⁹ Gerade bei ausgeprägten Rauschzuständen ist es möglich, dass die beim Affekt oft noch teilweise erhaltenen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit gänzlich nicht

⁷⁹⁴ Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 5. b).

⁷⁹⁵ GEILEN, FS-Maurach, 182.

⁷⁹⁶ Dazu ausführlich Zweiter Teil 3. Kap.

⁷⁹⁷ Vgl. dazu auch vorne Erster Teil 1. Kap. D. II. 2. d).

⁷⁹⁸ MAATZ, Nervenarzt 2005, 1394; vgl. auch JOACHIM, 181 ff.

⁷⁹⁹ Für Deutschland ebenso MAATZ, Nervenarzt 2005, 1394 m.H. auf Entscheide des BGH.

mehr vorhanden waren.⁸⁰⁰ Auch in diesen Fällen ist eine ausgeschlossene oder verminderte Schuldfähigkeit noch auf ihre Beachtlichkeit hin zu prüfen.⁸⁰¹

(7) Krankheitsbedingte Affektstörung

Teilweise wirkt sich ein Affekt nicht direkt auf die Schuldfähigkeit des Täters aus, sondern die besondere Gefühlslage zum Tatzeitpunkt hängt mit einer psychischen Erkrankung zusammen. In einer solchen Konstellation ist zu prüfen, ob die den Affekt auslösende Störung als Grund für die Schuldunfähigkeit – oder allenfalls eine verminderte Schuldfähigkeit – in Frage kommt.

Wenn nicht der Affekt, sondern die psychische Krankheit auf Einsichts- und Steuerungsfähigkeit wirkt, sind deren Auswirkungen im Rahmen der Schuldfähigkeitsprüfung massgebend. Dies ist beispielsweise dann anzunehmen, wenn ein Täter aufgrund der Scheidung von seiner Frau und der damit einhergehenden Auflösung des Familienbundes in eine depressive Phase verfällt, für welche er medikamentös therapiert wird. Ist er dann aufgrund dieser Behandlung leicht reizbar, so ist der daraus hervorgehende und bei der Tatausführung vorliegende Affekt nur zweitrangig für die Beantwortung der Schuldfähigkeit. Vorweg ist zu prüfen, ob der Täter aufgrund seiner Depression in einen Zustand verminderter oder ausgeschlossener Schuldfähigkeit geraten ist.⁸⁰²

dd) Fazit: Schuldunfähigkeit und Affekt

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Einsichts- und Steuerungsfähigkeit durch einen Affekt kaum je gänzlich ausgeschlossen werden. Wenn überhaupt, wird in der Praxis nur eine gewisse Beschränkung der Steuerungsfähigkeit angenommen. Dementsprechend wird häufig darauf verwiesen, dass ein Affekt höchstens in Extremfällen zu einem vollständigen Schuldausschluss führen kann, in der Mehrheit der Fälle jedoch lediglich von einer verminderten Schuldfähigkeit ausgegangen werden kann.⁸⁰³ Die Praxis ist bei der Annahme

⁸⁰⁰ Vgl. JOACHIM, 193 f.; MAATZ, Nervenarzt 2005, 1394 f.

⁸⁰¹ Zur actio libera in causa hinten Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 5. b).

⁸⁰² BGer, Urteil vom 1. November 2012, 6B_23/2012, 6B_46/2012, E. 6.1 und 7., i.e. wurde ein Einfluss der Medikation auf die Schuldfähigkeit verneint.

⁸⁰³ BGer, Urteil vom 7. Juni 1999, E. 1b zitiert nach ZWR 2000, 306 ff.; OGer ZH, Urteil vom 7. November 1963, SJZ 1966, 141, E. 2; KantGer SG, Urteil vom 8. März 1989, GVP 1989, Nr. 38, E. 2; BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 35; RYSER BÜSCHI, 229 f.; VEST/FREI/MONTERO, 96; WALDER, ZStrR 1965, 55. In der deutschen Lehre wird etwas häufiger davon ausgegangen, dass hochgradige Affektzustände durchaus zur Schuldunfähigkeit des Täters führen können; vgl. FISCHER, § 20 N 30;

einer durch den Affekt begründeten Schuldunfähigkeit „äusserst zurückhaltend“.⁸⁰⁴ Dies gilt auch für starke Affekte.⁸⁰⁵ Häufig wird auf volle Schuldfähigkeit des Täters entschieden, selbst wenn zum Tatzeitpunkt eine Affekthandlung vorlag.⁸⁰⁶

Hinter dieser starken Zurückhaltung dürften kriminalpolitische Überlegungen stehen.⁸⁰⁷ Gerade weil viel menschliches Handeln emotional motiviert ist, besteht die Befürchtung, es könnte bei einer nicht so restriktiven Beachtung des Affekts bei der Schuldfähigkeitsbeurteilung zu vielen Freisprüchen kommen, was die Allgemeinheit nicht mehr verstehen würde. Es soll ein eigentlicher *Dambruch* verhindert werden.⁸⁰⁸ Bei solchen Erwägungen ist indes Vorsicht geboten. So geht es dabei gerade nicht darum, dass die eigentlichen Voraussetzungen der ausgeschlossenen oder verminderten Schuldfähigkeit bestritten werden. Es werden vielmehr die normativen und dogmatischen Voraussetzungen für den Einzelfall verändert oder ignoriert.⁸⁰⁹ Derartige einfallorientierte Veränderungen dogmatischer Konzepte können zu unbedachten

RUDOLPHI, FS-Henkel, 206; ähnlich in der österreichischen Lehre WK-HÖPFEL, § 11 N 9; SbgK-TRIFFTERER, § 11 N 31, der die Exkulpation auf „besonders gelagerte Ausnahmesituationen“ beschränkt; differenzierend ZERBES, 107 ff.

⁸⁰⁴ STRATENWERTH, AT I, § 11 N 21; WALDER, ZStrR 1965, 55. Gleiches gilt in der österreichischen Praxis; vgl. WK-HÖPFEL, § 11 N 9. In der deutschen Strafrechtswissenschaft ist die möglicherweise schuldausschliessende Wirkung des Affekts eher anerkannt; vgl. THEUNE, NSTZ 1999, 273 m.w.H. Auch hier wird gelegentlich vom Grundsatz der zumindest teilweisen Schuldfähigkeit des Affekttäters ausgegangen; so etwa ZABEL, 37; der Ausschluss der Schuldfähigkeit wird nur in Extremfällen angenommen; so FRISCH, ZStW 1989, 542. Dementsprechend kommt es in der Praxis in Deutschland nur sehr selten zur Annahme einer vollständig aufgehobenen Schuldfähigkeit; BLAU, FS-Tröndle, 117; SALGER, FS-Tröndle, 213 f.; THEUNE, NSTZ 1999, 279. Gleiches gilt für Österreich; vgl. ZERBES, 180.

⁸⁰⁵ OGer ZH, Urteil vom 7. November 1963, SJZ 62/1966, S. 141; vgl. auch URBANIOK, 276.

⁸⁰⁶ So etwa OGer ZH, Urteil vom 13. Juli 2012, SB110642, E. II.; Urteil vom 30. April 2012, SB110690, E. Rechtliche Würdigung 3.3.2.2.

⁸⁰⁷ KantGer SG, Urteil vom 8. März 1989, GVP 1989, Nr. 38, E. 2; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 21. Auch in Deutschland ist die Rechtsprechung durch kriminalpolitische Überlegungen beeinflusst; vgl. FRISCH, ZStW 1989, 549 f.; GEILEN, FS-Maurach, 178; KRÜPPELMANN, FS-Welzel, 339; THEUNE, NSTZ 1999, 279 f. Gleiches gilt für Österreich; siehe MOOS, ZStW 1977, 814.

⁸⁰⁸ So teilweise die Befürchtung in Deutschland; vgl. GEILEN, FS-Maurach, 177, der dies jedoch kritisch beurteilt; GREUEL, Schuldfähigkeitsbegutachtung, 108; LAMBERTI, Zeitschrift für Neuropsychologie 2009, 220; SALGER, FS-Tröndle, 212; vgl. auch ZERBES, 75 ff.

⁸⁰⁹ FRISCH, ZStW 1989, 550.

oder unerwünschten Auswirkungen auf andere Fallkonstellationen führen.⁸¹⁰ Solche kriminalpolitischen Überlegungen können daher höchstens im Rahmen der gesetzlich vorgesehen Beachtung des Vorverschuldens im Rahmen der *actio libera in causa* angebracht werden.⁸¹¹

Ein häufig verwendetes Argument zur Begründung dieser Zurückhaltung ist die Aussage: „Man muss seine Gefühle beherrschen können.“⁸¹² Dies ist jedoch kein stichhaltiges Argument. Grundsätzlich ist zwar tatsächlich davon auszugehen, dass emotionale Handlungsimpulse mehrheitlich kontrolliert werden können.⁸¹³ Daher darf die Schuldfähigkeit des Täters in der Regel auch vermutet werden. Nur bei Ausnahmesituationen ist zu prüfen, ob Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgeschlossen oder zumindest vermindert waren. Beim Affekt handelt es sich jedoch gerade um eine emotionale Extremsituation, weshalb die Schuldfähigkeit genau zu untersuchen ist. So ist zu beachten, dass Emotionen im Regelfall kontrolliert werden können; aber eben nur „im Rahmen des Möglichen.“⁸¹⁴ Dementsprechend ist es richtig, dass bei Affekten nicht grundlegend die Schuldunfähigkeit des Täters angenommen wird. Genauso darf aber auch nicht blindlings vom Gegenteil ausgegangen werden. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob und wie sich die heftige Gemütsbewegung zum Tatzeitpunkt auf Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat.⁸¹⁵ Hat sie zum Ausschluss der intellektuellen oder voluntativen Fähigkeiten des Täters geführt, ist er schuldunfähig.

b) Entschuldbare Notwehr – Notwehrexzess im Affekt (Art. 16 Abs. 2 StGB)

aa) Die rechtfertigende Notwehr (Art. 15 StGB)

Wird jemand rechtswidrig angegriffen oder mit einem Angriff bedroht, so ist die betroffene Person sowie jede Drittperson gemäss Art. 15 StGB berechtigt, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren. Um von rechtfertigender Notwehr ausgehen zu können, sind verschiedene Voraussetzungen nötig:

⁸¹⁰ Gleiches gilt beispielsweise für die bundesgerichtliche Begründung des Eventualvorsatzes bei Raser-Fällen; vgl. etwa EGE, Raser, 111 f. m.w.H.

⁸¹¹ Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 5.

⁸¹² Dies wurde vor allem in Deutschland häufig gefordert; vgl. BLAU, FS-Tröndle, 113; GEILEN, FS-Maurach, 176 f.; SALGER, FS-Tröndle, 205.

⁸¹³ Vorne Erster Teil 2. Kap. A. IV. 2. c).

⁸¹⁴ GEILEN, FS-Maurach, 177.

⁸¹⁵ Ähnlich schon die Feststellung von SAB, Nervenarzt 1983, 558.

(1) Die Notwehrlage

Die objektive Voraussetzung der Notwehrlage ist gegeben, wenn beliebige persönliche Rechtsgüter einer Person attackiert werden oder dies unmittelbar droht. Der Angriff muss ausserdem widerrechtlich sein, was entfällt, wenn diesbezüglich eine Rechtfertigung vorliegt.⁸¹⁶

(2) Die Abwehrhandlung

Als weitere objektive Voraussetzung wird eine *angemessene Abwehr* gefordert. Grundsätzlich gelten nur Handlungen, die sich gegen Rechtsgüter des Angreifers richten, als Abwehr.⁸¹⁷ Nur wenn der Angreifer eine Sache zur Attacke verwendet und die Notwehr sich gegen diese fremde Sache richtet, ist anderes möglich.⁸¹⁸ Ansonsten ist im Verhältnis zu Dritten immer von Notstand gemäss Art. 17 StGB auszugehen.⁸¹⁹ Beschädigt die attackierte Person etwa einen Zaun eines Fremden, um sich mit einer Holzlatte zu verteidigen, ist hinsichtlich der Sachbeschädigung des Zauns der Notstand einschlägig, hinsichtlich einer allfälligen Körperverletzung des Angreifers jedoch die Notwehr.⁸²⁰

Die Abwehr muss nach dem Gesetzeswortlaut „in einer den Umständen angemessenen Weise“ erfolgen.⁸²¹ Die Handlung der abwehrenden Person muss

⁸¹⁶ DONATSCH/TAG, 225 ff.; DUBS, ZStrR 1973, 341 ff.; HURTADO POZO, *Partie générale*, 699 ff.; CR CP I-MONNIER, Art. 15 N 5 ff.; MÜLLER, *Notwehr*, 15 ff.; RIKLIN, AT I, § 14 N 27 ff.; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 4 ff.; SEELMANN/GETH, 193 ff.; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 69 ff.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 15 N 2 f.; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 15 N 6 ff.; TRECHSEL/NOLL, 126 ff.

⁸¹⁷ GRAVEN, *infracation*, 133; HURTADO POZO, *Partie générale*, 716; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 75; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 15 N 6; TRECHSEL/NOLL, 130.

⁸¹⁸ STRATENWERTH, AT I, § 10 N 75; vgl. auch SCHWANDER, 170.

⁸¹⁹ BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 9; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 75; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 15 N 6.

⁸²⁰ STRATENWERTH, AT I, § 10 N 75; vgl. auch GRAVEN, *infracation*, 123.

⁸²¹ Art. 15 StGB. Die Formulierung geht auf CARL STOOSS zurück, welcher dem Richter ein weites Ermessen zugestehen wollte, um den verschiedenen Fallkonstellationen gerecht zu werden. In Abkehr vom deutschen System, wo die Notwehr gemäss § 32 Abs. 2 D-StGB auf die „erforderliche“ Abwehr begrenzt wird, sollte die Notwehr nur auf die Proportionalität beschränkt werden; STOOSS, *Motive AT*, 31; vgl. auch KUNZ, *Umfang*, 162; MÜLLER, *Notwehr*, 52. Gegen die Beschränkung auf proportionale Abwehrhandlungen wurde früher teilweise Kritik geübt, die jedoch mehrheitlich abgelehnt wurde und heute nicht mehr aufrechterhalten wird; dazu DUBS, ZStrR 1973, 346 ff. Die französische Fassung „*par des moyens proportionnés aux circonstances*“ ist unglücklich gewählt; GRAVEN, *infracation*, 124.

demnach verhältnismässig sein; das heisst, sie muss den Grundsätzen der Subsidiarität und der Proportionalität entsprechen.⁸²²

(a) Subsidiarität der Abwehrhandlung

Der Grundsatz der Subsidiarität betrifft die Auswahl von mehreren möglichen Abwehrhandlungen. Stehen der eine Gefahr abwehrenden Person verschiedene erfolgsversprechende Möglichkeiten offen, hat sie die ungefährlichste Variante zu wählen.⁸²³ Als zielführend gelten Handlungsalternativen, die den Angriff mit Sicherheit sofort beenden.⁸²⁴ Die entsprechende Möglichkeit zur Verteidigung muss dem Täter tatsächlich offen stehen. Es kann nicht verlangt werden, eine mildere Möglichkeit zu suchen, wenn dadurch eine wirksame Abwehr verunmöglicht wird.⁸²⁵ Bei der Beurteilung der Effektivität einer Abwehrmassnahme sind die persönlichen Fähigkeiten des Angegriffenen zu berücksichtigen. Ist er beispielsweise dem Angreifer körperlich unterlegen, darf er schon zu einer Waffe greifen, während sich eine andere Person noch mit Fäusten hätte wehren müssen.⁸²⁶

Die Pflicht, das mildeste Verteidigungsmittel zu wählen, bedeutet nicht, dass eine angegriffene Person verpflichtet ist, der Gefahr mit Flucht oder Hilferufen zu begegnen, selbst wenn sie sich damit in Sicherheit begeben könnte. Man hat in jedem Fall das Recht, sich zu verteidigen.⁸²⁷ Die Flucht oder der Hilfe-

⁸²² DONATSCH/TAG, 233; MÜLLER, Notwehr, 51 f.; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 11; vgl. auch SEELMANN/GETH, 200.

⁸²³ BGE 136 IV 49, E. 3.3; 107 IV 12, E. 3b; DONATSCH/TAG, 234; RIKLIN, AT I, § 14 N 33; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 12; SEELMANN/GETH, 201; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 76; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 15 N 7.

⁸²⁴ BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 12; SEELMANN/GETH, 201.

⁸²⁵ STRATENWERTH, AT I, § 10 N 76; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 15 N 7; vgl. auch BGE 136 IV 49, E. 4.2.

⁸²⁶ BGE 102 IV 65, E. 2b; RIKLIN, AT I, § 14 N 33; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 12; SEELMANN/GETH, 201; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 76; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 15 N 7.

⁸²⁷ BGE 101 IV 119; 79 IV 148, E. 2; DONATSCH/TAG, 234; RIKLIN, AT I, § 14 N 35; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 12; SEELMANN/GETH, 202; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 76; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 15 N 7; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 15 N 6.

ruf gehen der Verteidigung nicht vor.⁸²⁸ Die Notwehr kennt somit keine absolute Subsidiarität.⁸²⁹

Die Subsidiarität verlangt, dass bei der Verwendung von gefährlichen Gegenständen zur Abwehr Zurückhaltung geboten ist, da deren Verwendung die Gefahr schwerer oder gar tödlicher Verletzungen für den Angreifer mit sich bringt.⁸³⁰ Beim Waffeneinsatz ist zu beachten, dass nicht der Gebrauch des Abwehrmittels alleine, sondern deren tatsächliche Verwendung entscheidend ist. So kann die Benutzung einer Pistole weniger schwer wiegen als körperliche Gewalt, wenn beispielsweise bloss ein Warnschuss abgegeben wird.⁸³¹ Beim Schusswaffeneinsatz verlangt die Angemessenheit in der Regel, dass zunächst ein Warnschuss oder höchstens ein gezielter Schuss in Richtung der Beine des Angreifers abgegeben wird.⁸³²

(b) Proportionalität der Abwehrhandlung

Für die Angemessenheit der Abwehrhandlung genügt es nicht, wenn bloss das mildeste Mittel verwendet wurde, sie muss zusätzlich der Proportionalität entsprechen (Verhältnismässigkeit im engeren Sinn). Die durch den Angriff und die Abwehr drohenden Rechtsgutsverletzungen dürfen nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen.⁸³³

Grundsätzlich darf zur Abwehr nur ein Rechtsgut verletzt werden, welches von gleichem oder geringerem Wert ist als das vom Angriff bedrohte.⁸³⁴ Dabei findet jedoch keine eigentliche Güterabwägung wie beim Notstand statt.⁸³⁵ Bei

⁸²⁸ BGE 79 IV 148, E. 2; GRAVEN, ZStrR 1990, 196; CR CP I-MONNIER, Art. 15 N 21; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 76; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 15 N 7; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 15 N 3.

⁸²⁹ BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 12; vgl. auch KILLIAS et al., 709; SEELMANN/GETH, 202.

⁸³⁰ BGE 136 IV 49, E. 3.3; 107 IV 12, E. 3b; BGer, Urteil vom 16. Mai 2011, 6B_1039/2010, E. 2.1.3; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 13.

⁸³¹ BGE 79 IV 148, E. 3 f.; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 76; etwas unklar diesbezüglich BGE 102 IV 1.

⁸³² BGer, Urteil vom 30. Mai 2013, 6B_632/2012, 6B_653/2012 und 6B_654/2012, E. 3.6; vgl. auch BGE 136 IV 49, E. 4.2.

⁸³³ DONATSCH/TAG, 234; KILLIAS et al., 709; RIKLIN, AT I, § 14 N 36; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 13; SEELMANN/GETH, 203; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 77; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 15 N 7; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 15 N 6; TRECHSEL/NOLL, 131; vgl. auch DUBS, ZStrR 1973, 339, der von einem vernünftigen Verhältnis spricht; STOOS, Motive AT, 31.

⁸³⁴ DONATSCH/TAG, 234.

⁸³⁵ BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 13; SEELMANN/GETH, 203.

der Notwehr ist gewisse Zurückhaltung geboten; es sind keine allzu hohen Anforderungen an die Proportionalität zu stellen.⁸³⁶ Aus dieser Regel folgt nämlich, dass der Angegriffene den Eingriff in seine Rechtssphäre hinnehmen muss, wenn er ihn nur mit unverhältnismässigen Mitteln abwehren kann.⁸³⁷ So dürfen etwa Ohrfeigen nicht mit Faustschlägen abgewehrt werden.⁸³⁸

Dabei ist die Rangordnung nicht immer klar, insbesondere wenn unterschiedliche Rechtsgüter betroffen sind. Ein Eingriff in die sexuelle Integrität kann im Extremfall die Tötung des Angreifers rechtfertigen.⁸³⁹ Handelt es sich um einen Angriff auf Vermögenswerte, so ist eine Notwehrhandlung, welche sich gegen die körperliche Integrität des Täters richtet, nur äusserst zurückhaltend als angemessen anzunehmen – etwa bei Schädigungen von grossen und unersetzlichen Vermögenswerten mit krassen Methoden wie etwa Brandstiftung oder bei einem Raub, wo auch die körperliche Integrität bedroht ist.⁸⁴⁰ Die Angemessenheit kann nur bei einem nicht schweren Eingriff angenommen werden, sodass die schwere Körperverletzung und insbesondere die Tötung einer Person, deren Tat sich ausschliesslich gegen fremde Vermögenswerte richtet, nicht angemessen ist.⁸⁴¹ Das Verweilen in fremden Räumlichkeiten, trotz der Aufforderung diese zu verlassen, stellt einen Eingriff in das Hausrecht des Betroffenen dar. Dieser darf nicht damit abgewendet werden, dass der Eindringling mit geladener und entsicherter Waffe bedroht wird.⁸⁴²

Zur Beurteilung der Angemessenheit der Verteidigungshandlung sind die gesamten Umstände des Angriffs zu berücksichtigen. Je schwieriger die Gegenwehr und je unübersichtlicher die konkrete Situation war, desto extremer darf

⁸³⁶ KUNZ, Umfang, 168; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 13; SEELMANN/GETH, 203; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 15 N 10; vgl. auch DUBS, ZStrR 1973, 347 ff., der dies anhand von verschiedenen Fällen erörtert; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 77.

⁸³⁷ STRATENWERTH, AT I, § 10 N 77.

⁸³⁸ BGer, Urteil vom 9. November 2010, 6B_529/2010, E. 1.3.

⁸³⁹ DONATSCH/TAG, 234 f.; HURTADO POZO, Partie générale, 723; KILLIAS et al., 712; RIKLIN, AT I, § 14 N 34; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 77; TRECHSEL/NOLL, 131.

⁸⁴⁰ BGE 107 IV 12, E. 3b; BGer, Urteil vom 7. Juli 2011, 6B_994/2010, E. 4.4; HURTADO POZO, Partie générale, 723; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 77; vgl. auch BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 13; SEELMANN/GETH, 203; grundsätzlich ablehnend TRECHSEL/NOLL, 131 f.

⁸⁴¹ Ähnlich KUNZ, Umfang, 168; RIKLIN, AT I, § 14 N 34.

⁸⁴² BGE 102 IV 1, E. 3a.

auch die Abwehr sein.⁸⁴³ So darf gegenüber einem nächtlichen Einbrecher einschneidender Gegenwehr geleistet werden als gegenüber dem bei Tageslicht ertappten Taschendieb.⁸⁴⁴

(3) Subjektiver Tatbestand

Subjektive Voraussetzung der Notwehr ist, dass die Abwehr übende Person in Kenntnis der Notwehrlage handelt.⁸⁴⁵ Zusätzlich muss sich ihre Handlung genau auf die Abwendung des Angriffs richten; die verteidigende Person muss mit Abwehrwillen handeln.⁸⁴⁶

(4) Entfallen des Notwehrrechts

In Sonderfällen kann das Notwehrrecht gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung entfallen, wenn der Angriff durch das Opfer vorsätzlich provoziert wurde.⁸⁴⁷ Entscheidend ist, dass der Provokateur den Vorsatz zur Tat, welche er in vermeintlicher Notwehr ausführen kann, schon vorher gefasst hat und sein Opfer gerade provozierte, um den Angriff und damit die Notwehrlage eintreten zu lassen (sog. Absichtsprovokation).⁸⁴⁸ Dies bedeutet, dass der Angegriffene in einer solchen Situation zur Flucht beziehungsweise zum Ausweichen verpflichtet ist.⁸⁴⁹ Eine bloss leichte Aufreizung einer anderen Person

⁸⁴³ BGE 136 IV 49, E. 3.2 f.; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 78; vgl. auch DUBS, ZStrR 1973, 348 ff., welcher die nach den Umständen angemessene Notwehr anhand von verschiedenen Fällen aufzeigt.

⁸⁴⁴ STRATENWERTH, AT I, § 10 N 76.

⁸⁴⁵ DONATSCH/TAG, 230; NOLL, ZStrR 1964, 171; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 17; SEELMANN/GETH, 205; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 83; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 15 N 13; vgl. allgemein zur subjektiven Seite beim Rechtfertigungsgrund NOLL, ZStrR 1964, 171 ff.

⁸⁴⁶ SEELMANN/GETH, 205; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 83; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 15 N 13; TRECHSEL/NOLL, 132; a.A. MÜLLER, Notwehr, 58, der sich gegen das Erfordernis des Abwehrwillens ausspricht, weil sonst urteilsunfähige Personen keine Notwehr leisten könnten.

⁸⁴⁷ BGer, Urteil vom 25. Juli 2013, 6B_463/2013, E. 4.2; CR CP I-MONNIER, Art. 15 N 22; KILLIAS et al., 716; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 14; SEELMANN/GETH, 203; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 15 N 11; TRECHSEL/NOLL, 132.

⁸⁴⁸ Urteil vom 30. August 2012, 6B_810/2011 und 6B_811/2011, E. 5.3.3; MAUSBACH, Jusletter vom 11. Juli 2016, 42; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 14; SEELMANN/GETH, 203.

⁸⁴⁹ BGE 136 IV 49, E. 4.1; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 14; SEELMANN/GETH, 203; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 15 N 11.

kann dabei noch nicht als eigentliche Provokation gelten, ebenso wenig eine lediglich verbale Auseinandersetzung oder ungebührliches Verhalten.⁸⁵⁰

Eine weitere Konstellation, in welcher das Notwehrrecht eingeschränkt ist, besteht bei Angriffen durch Kinder oder erkennbar schuldunfähige Personen. In solchen Konstellationen hat die betroffene Person, sofern möglich, auszuweichen beziehungsweise die Flucht zu ergreifen.⁸⁵¹

In der Lehre wird ausserdem teilweise gefordert, dass bei einer engen, beispielsweise familiären Beziehung zwischen Angreifer und Betroffenen nur zurückhaltend Notwehr geübt werden darf.⁸⁵² Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Gerade im familiären Nahraum kommt es immer wieder zu erheblichen Übergriffen in Form von häuslicher Gewalt. Diese können zu schweren Folgen für das Opfer führen. Die betroffene Person hat aufgrund des Näheverhältnisses oft Hemmungen, den Aggressor strafrechtlich verfolgen zu lassen. Als Reaktion darauf wurde bei vielen Delikten das Antragerfordernis bei Straftaten in der Ehe, eingetragenen Partnerschaften oder Konkubinatsverhältnissen aufgehoben.⁸⁵³ Aus diesen Gründen muss auch eine Person, welche von ihr nahestehenden Personen angegriffen wird, das Recht haben, umfassend von ihrer Notwehrbefugnis Gebrauch zu machen.⁸⁵⁴

bb) Der Notwehrexzess (Art. 16 StGB)

Überschreitet der Abwehrende die Grenzen des Notwehrrechts, so handelt es sich um einen Notwehrexzess.⁸⁵⁵ Gemäss Art. 16 Abs. 1 StGB wird die Tat dann nicht gerechtfertigt, das Gericht hat die Strafe allerdings nach

⁸⁵⁰ StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 15 N 11; TRECHSEL/NOLL, 132.

⁸⁵¹ RIKLIN, AT I, § 14 N 36; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 15; SEELMANN/GETH, 203; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 15 N 8; vgl. auch HURTADO POZO, *Partie générale*, 724; KILLIAS et al., 712.

⁸⁵² STRATENWERTH, AT I, § 10 N 82, welcher die Zurückhaltung in den besonderen Verpflichtungen, die zwischen solchen Personen bestehen, begründet sieht; vgl. auch BGE 101 IV 119; HURTADO POZO, *Partie générale*, 725; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 15 N 8.

⁸⁵³ Vgl. dazu Bericht der Kommission für Rechtsfragen NR 2002, 1909 ff.; vgl. auch BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 16; SEELMANN/GETH, 203.

⁸⁵⁴ Ebenso CR CP I-MONNIER, Art. 15 N 3; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 15 N 16; SEELMANN/GETH, 203; für Deutschland WOHLERS, JZ 1999, 441 f., der ausführt, dass alle nicht gerade marginalen Angriffe – solche im Bereich von Tätlichkeiten – das Näheverhältnis ohnehin in Frage stellen.

⁸⁵⁵ DONATSCH/TAG, 236; MÜLLER, *Notwehr*, 15 f.; SEELMANN/GETH, 252; WALDER, ZStrR 1965, 46.

Art. 48a StGB zu mildern. Es handelt sich um einen obligatorischen Strafmilderungsgrund.⁸⁵⁶

Hauptanwendungsfall ist die unangemessene Abwehr. Die Verteidigungshandlung überschreitet die Anforderungen der Subsidiarität oder der Proportionalität.⁸⁵⁷ Es handelt sich dabei um einen *intensiven Notwehrexzess*.⁸⁵⁸

Eine weitere Möglichkeit ist das Verlassen der zeitlichen Grenzen des Notwehrrechts. Es ist jedoch umstritten, ob dieser *extensive Exzess* auch unter die Bestimmung von Art. 16 StGB fällt. Zusammen mit einem Teil der Lehre ist davon auszugehen, dass dieser Artikel zumindest bei geringfügigen zeitlichen Abweichungen – Handlungen kurz nach Beendigung der Notwehrlage – Anwendung findet.⁸⁵⁹ Die zeitliche Vorversetzung ist nicht relevant, da das Notwehrrecht bereits vor dem eigentlichen Angriff gilt, sofern ein solcher unmittelbar droht. Vor dieser Phase fehlt einer Abwehrhandlung die Nähe zur Notwehrlage, weshalb nicht von einem Notwehrexzess im Sinne von Art. 16 StGB auszugehen ist. Zu beachten ist allerdings die Rückversetzung. Führt der Täter die Verteidigungshandlung nach beendetem Angriff weiter oder setzt er erst kurz danach damit ein, liegt ein beachtlicher Notwehrexzess vor. Bei minimaler zeitlicher Verzögerung der Abwehr – das Bundesgericht spricht von einer „um Sekundenbruchteile zu spät erfolgten Abwehrhandlung“⁸⁶⁰ – ist der extensive Notwehrexzess als Strafmilderungsgrund im Sinne von Art. 16 Abs. 1 StGB zu beachten.⁸⁶¹

Ein zu grosser zeitlicher Abstand zwischen Angriff und Reaktion führt zur absoluten Verneinung einer tatsächlichen Notwehrsituation, weshalb auch die Anwendung des Notwehrexzesses ausgeschlossen ist. Dies hat das Bundesge-

⁸⁵⁶ RIKLIN, AT I, § 14 N 38; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 16 N 2; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 85. Nach dem früheren Gesetzeswortlaut hatte der Richter die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern (Art. 33 Abs. 2 Satz 1 a StGB); vgl. dazu DUBS, ZStrR 1973, 355 f. Schon unter dessen Geltung gingen Teile der Lehre bei gewissen Fällen von einer obligatorischen Strafmilderung aus; vgl. MÜLLER, Notwehr, 75 ff.

⁸⁵⁷ DONATSCH/TAG, 236; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 86.

⁸⁵⁸ DONATSCH/TAG, 236; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 86; VEST/FREI/MONTERO, 77.

⁸⁵⁹ RIKLIN, AT I, § 14 N 38; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 16 N 4; SEELMANN/GETH, 253; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 86; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 16 N 2; kritisch VEST/FREI/MONTERO, 78.

⁸⁶⁰ BGer, Urteil vom 8. November 2012, 6B_466/2012, E. 3.4.2.

⁸⁶¹ BGE 99 IV 187; BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013, 6B_366/2013, E. 4.3; Urteil vom 8. November 2012, 6B_466/2012, E. 3.4.2.; RIKLIN, AT I, § 14 N 38; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 16 N 4; SEELMANN/GETH, 253; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 86.

richt in folgenden Entscheiden bestätigt: Eine Person hatte sich in einer Bar ungebührlich aufgeführt, worauf es zu einem Handgemenge kam und sie von zwei anderen Barbesuchern gewaltsam vom Grundstück entfernt wurde. Als diese den Täter abgesetzt hatten und sich schon etwas entfernt hatten, bewarf der Täter sie mit Kies. Das Bundesgericht sah darin einen tätlichen Angriff, der nicht mehr von Notwehr gedeckt ist.⁸⁶² Auch wenn eine Person, nachdem sie angeschossen wurde, zum Schrank geht, dort einen Revolver holt, den Angreifer verfolgt und auf der Strasse auf diesen schießt, liegt ein zu grosser zeitlicher Abstand zur Attacke und demnach ein unbeachtlicher extensiver Notwehrexzess vor.⁸⁶³

Gewisse Lehrmeinungen gehen demgegenüber davon aus, dass nur Abwehrhandlungen, die während der Notwehrlage begonnen wurden und dann nach Abschluss des Angriffs weitergeführt werden, als zeitlicher Notwehrexzess zu betrachten sind.⁸⁶⁴ Wieder andere wollen die zeitliche Grenzüberschreitung gar nicht als Notwehrexzess im Sinne von Art. 16 Abs. 1 StGB zulassen.⁸⁶⁵

Die Frage stellt sich dabei ausschliesslich für Fälle, in welchen sich die Abwehrübende Person bewusst ist, dass der Angriff bereits beendet war. Geht sie hingegen fälschlicherweise davon aus, dass in dem Moment, in welchem sie zu ihrer Verteidigung schreitet, noch eine Notwehrlage besteht, handelt es sich um eine Konstellation der Putativnotwehr. Demnach wird sie nach den Regeln über den Sachverhaltsirrtum so behandelt, wie sie es sich vorgestellt hat.⁸⁶⁶

cc) Notwehrexzess im Affekt (Art. 16 Abs. 2 StGB)

Das Gesetz legt fest, dass der die Grenzen der Notwehr überschreitende Täter entschuldigt wird, wenn er sich in Aufregung oder Bestürzung über den Angriff befunden hat.⁸⁶⁷ Der Hintergrund dieser Regelung liegt darin, dass nur wenige Menschen kühles Blut bewahren und überlegt handeln können, wenn

⁸⁶² BGE 104 IV 53, E. 2b.

⁸⁶³ BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 4.3.

⁸⁶⁴ DONATSCH/TAG, 237; vgl. auch CR CP I-MONNIER, Art. 16 N 7 f.; auch das Bundesgericht scheint gelegentlich dieser Meinung zu folgen; BGer, Urteil vom 20. Januar 2012, 6B_383/2011, E. 5.4; Urteil vom 15. November 2005, 6P.76/2005, E. 5.2.

⁸⁶⁵ MÜLLER, Notwehr, 48; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 16 N 1; TRECHSEL/NOLL, 134; WALDER, ZStrR 1965, 46.

⁸⁶⁶ Art. 13 Abs. 1 StGB; KILLIAS et al., 717; MÜLLER, Notwehr, 37 ff.; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 16 N 5; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 86; TRECHSEL/NOLL, 134.

⁸⁶⁷ Art. 16 Abs. 2 StGB.

sie angegriffen werden.⁸⁶⁸ So sind die Grenzen der Notwehr „in der Aufregung des Augenblicks nicht so leicht zu ermessen.“⁸⁶⁹

(1) Der Affekt

Der Gesetzeswortlaut erwähnt den Notwehrexzess in Aufregung oder Bestürzung. Bei diesen handelt es sich um bestimmte Affekte.⁸⁷⁰ Da nicht wie in anderen Gesetzesbestimmungen von jeglicher heftigen Gemütsbewegung gesprochen wird, fragt sich, ob tatsächlich eine legislatorische Einschränkung vorliegt. Die verwendeten Begriffe sind nicht klar definierbar; es können unterschiedliche Geisteszustände darunter fallen.⁸⁷¹ In einer vergleichenden Betrachtung sollte man deshalb alle emotionalen Zustände berücksichtigen, welche sonst als heftige Gemütsbewegung umschrieben werden.⁸⁷² Der Gesetzeswortlaut geht auf den Vorentwurf von CARL STOOSS zurück.⁸⁷³ Dieser nahm damit die kantonalen Gesetzgebungen auf, wo der Notwehrexzess oftmals entschuldigt wurde, wenn er auf Überraschung, Furcht oder Schrecken beruhte.⁸⁷⁴ Anders als beim Totschlag wurde beim Notwehrexzess die Formulierung des Vorentwurfes ohne Änderung ins Gesetz aufgenommen. Dennoch sprach STOOSS explizit von einer Überschreitung der Notwehr im Affekt.⁸⁷⁵

Hintergrund der Straffreiheit des Notwehrexzesses in Bestürzung oder Aufregung ist, dass der Täter aufgrund der durch den Angriff verursachten Gefühlslage nicht vollständig für seinen Kontrollverlust zur Rechenschaft gezogen werden kann. Eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Gefühlsreaktionen ist nicht sachgerecht. Demnach sind Bestürzung und Aufregung weit auszulegen und es sind grundsätzlich alle Affekte darunter zu subsumieren.⁸⁷⁶ Am

⁸⁶⁸ MÜLLER, Notwehr, 79; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 85.

⁸⁶⁹ STOOSS, Grundzüge, 258.

⁸⁷⁰ OGer ZH, Urteil vom 14. September 2012, SB120127, E. Rechtliche Würdigung 1.3.; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 16 N 3; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 87; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 16 N 3; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 16 N 2; vgl. auch MÜLLER, Notwehr, 79, der vom „subjektiven Gemütszustand“ spricht; RYSER BÜSCHI, 233; STOOSS, Grundzüge, 258.

⁸⁷¹ MÜLLER, Notwehr, 80, der sthenische Affekte jedoch nicht als entschuldbar ansieht.

⁸⁷² MÜLLER, Notwehr, 80.

⁸⁷³ STOOSS, Vorentwurf AT, Art. 17.

⁸⁷⁴ STOOSS, Grundzüge, 257 f.; STOOSS, Strafgesetzbücher, 80 ff.

⁸⁷⁵ STOOSS, Grundzüge, 258.

⁸⁷⁶ Vgl. auch MÜLLER, Notwehr, 80, der von „Affektzust[änden], welcher Art diese auch sein [mögen]“ spricht; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 16 N 2, die von „entschuldbaren Affekten“ sprechen.

häufigsten dürfte der Angegriffene in Angst oder Panik verfallen.⁸⁷⁷ Jedoch sollten auch Wut oder Zorn über Angriff als relevante Aufregung verstanden werden. Diese Emotionen können den Täter ebenfalls daran hindern, die momentane Situation reflektiert zu betrachten und zu erkennen, dass er mit seiner Handlung die Grenzen der zulässigen Notwehr überschreitet. Eine Einschränkung erfolgt ausschliesslich durch das Erfordernis der Entschuldbarkeit.

Verschiedentlich wird davon ausgegangen, dass Art. 16 Abs. 2 StGB nur den asthenischen Affekt, insbesondere Angstgefühle, erfasst.⁸⁷⁸ Sthenische Affekte – Wut, Zorn, Rache oder Kampfesfeier – sollen demgegenüber nicht berücksichtigt werden.⁸⁷⁹ Selbst Vertreter dieser Ansicht verdeutlichen jedoch, dass untergeordnete Anteile sthenischer Affekte die Annahme des entschuldigenden Notwehrexzesses nicht ausschliessen.⁸⁸⁰ Wie bereits dargelegt, ist auf die Unterscheidung in sthenische und asthenische Affekte zu verzichten, da sie eine nicht sachgerechte Ungleichbehandlung mit sich bringt.⁸⁸¹ Nichts anderes kann für den affektiven Notwehrexzess gelten. Zumal gerade bei einem Angriff eine zorn erfüllte Spontanreaktion als menschlich begreiflich erscheint.

Im Gegensatz zur Regelung beim Totschlag, wo eine heftige Gemütsbewegung gefordert ist, verlangt das Gesetz in Art. 16 Abs. 2 StGB keinen besonde-

⁸⁷⁷ BGer, Urteil vom 16. Mai 2011, 6B_1039/2010, E. 2.2.1; OGer ZH, Urteil vom 14. September 2012, SB120127, E. Rechtliche Würdigung 1.3.4.: „Panikreaktion“; KILLIAS et al., 719.

⁸⁷⁸ BGer, Urteil vom 1. Oktober 2010, 6B_432/2010, E. 5.3; OGer ZH, Urteil vom 14. September 2012, SB120127, E. Rechtliche Würdigung 1.3.; DONATSCH/TAG, 284; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 16 N 3; RYSER BÜSCHI, 233; SEELMANN/GETH, 252; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 87; VEST/FREI/MONTERO, 193; zumindest implizit BGE 118 IV 254, E. 2; TAG/GRUBMILLER, 31; Gleiches wird in Deutschland für § 33 D-StGB („aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken“) vertreten; vgl. etwa SSW StGB-KASPAR, § 20 N 58; KÜHL, § 12 N 146; entsprechend auch die österreichische Lehre für § 3 Abs. 2 Ö-StGB („aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken“); vgl. etwa FABRIZY, § 3 N 13; FUCHS, 24. Kap. N 31; WK-LEWISCH, § 3 N 159, 170 ff.; WK-MOOS, § 76 N 11; ZERBES, 154 f.; differenzierend SbgK-STEININGER, § 3 N 118, die die Entschuldigung immerhin auch dann noch anwendet, wenn der asthenische Affekt in einem „Affektbündel“ dominant gewesen ist.

⁸⁷⁹ BGer, Urteil vom 1. Oktober 2010, 6B_432/2010, E. 5.3; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 16 N 3; RYSER BÜSCHI, 233; SEELMANN/GETH, 252.

⁸⁸⁰ BGer, Urteil vom 1. Oktober 2010, 6B_432/2010, E. 5.3; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 16 N 3.

⁸⁸¹ Dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) cc) (1).

ren Grad der Emotion.⁸⁸² Da jedoch die meisten angegriffenen Personen in eine gewisse Aufregung versetzt werden, kann nicht jegliche emotionale Reaktion von Art. 16 Abs. 2 StGB erfasst sein und es bedarf einer gewissen Intensität.⁸⁸³ So führt nicht jeglicher Angstzustand zu einer Anwendung des Entschuldigungsgrunds.⁸⁸⁴ Das Bundesgericht geht davon aus, dass der Richter von Fall zu Fall entscheiden muss, ob die Aufregung oder die Bestürzung hinreichend erheblich war, um die Schuldlosigkeit des Täters anzunehmen.⁸⁸⁵ Ob eine entschuldbare Aufregung angenommen wird oder nicht, liegt im richterlichen Ermessen.⁸⁸⁶ Für die Anwendung des entschuldigenden Notwehrexzesses ist somit ein Gefühl von einer gewissen Stärke vorausgesetzt. Damit entspricht die Aufregung oder die Bestürzung dem Affekt wie er in Art. 48 lit. c und Art. 113 StGB berücksichtigt wird und es werden bei Art. 16 Abs. 2 StGB nicht andere Gefühlszustände berücksichtigt.⁸⁸⁷

Einschränkende Voraussetzung für die Beachtung der Affektsituation beim Notwehrexzess ist, dass sie ausschliesslich oder zumindest vorwiegend durch den Angriff verursacht wurde.⁸⁸⁸ Der Täter ist alleine oder mindestens über-

⁸⁸² BGer, Urteil vom 17. Februar 2014, 6B_889/2013, E. 3.1; Urteil vom 8. September 2011, 6B_65/2011, E. 3.1; Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, 5.4; Urteil vom 14. März 2007, 6S.38/2007, E. 2.

⁸⁸³ BGE 102 IV 1, E. 3b; BGer, Urteil vom 17. Februar 2014, 6B_889/2013, E. 3.1; Urteil vom 19. Juli 2013, 6B_148/2013, E. 3.2; Urteil vom 30. Mai 2013, 6B_632/2012, 6B_653/2012 und 6B_654/2012, E. 3.7; Urteil vom 8. September 2011, 6B_65/2011, E. 3.1: „doit revêtir une certaine importance“; Urteil vom 14. März 2007, 6S.38/2007, E. 2; andeutungsweise auch BGer, Urteil vom 30. August 2012, 6B_810/2011 und 6B_811/2011, E. 5.3.2; Urteil vom 26. Januar 2012, 6B_643/2011, E. 2.4.3.

⁸⁸⁴ BGer, Urteil vom 17. Februar 2014, 6B_889/2013, E. 3.1; Urteil vom 22. April 2013, 6B_257/2012, E. 5.2; Urteil vom 8. September 2011, 6B_65/2011, E. 3.1.

⁸⁸⁵ BGE 102 IV 1, E. 3b, wo das Gericht jedoch in Übereinstimmung mit dem früheren Wortlaut noch davon spricht, „den Täter nicht mit Strafe zu belegen“; BGer, Urteil vom 17. Februar 2014, 6B_889/2013, E. 3.1; Urteil vom 8. September 2011, 6B_65/2011, E. 3.1; Urteil vom 14. März 2007, 6S.38/2007, E. 2; vgl. auch StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 16 N 2.

⁸⁸⁶ BGE 102 IV 1, E. 3b; BGer, Urteil vom 14. März 2007, 6S.38/2007, E. 2.

⁸⁸⁷ A.M. OGer ZH, Urteil vom 14. September 2012, SB120127, E. Rechtliche Würdigung 1.3., wo ausgeführt wird, bei der entschuldbaren Notwehr gelte ein geringerer Massstab. Dieser wird damit gerechtfertigt, dass eine Verhältnismässigkeitsprüfung zwischen Angriff und Abwehr angestellt wird. Ein solcher ist jedoch, wie sogleich ausgeführt wird, abzulehnen.

⁸⁸⁸ Das folgt schon aus dem Gesetzeswortlaut: „über den Angriff“; vgl. auch BGE 102 IV 1, E. 3b; BGer, Urteil vom 17. Februar 2014, 6B_889/2013, E. 3.1; Urteil vom 19. Juli 2013, 6B_148/2013, E. 3.2; Urteil vom 30. Mai 2013, 6B_632/2012, 6B_653/2012, 6B_654/2012, E. 3.7; Urteil vom 8. September 2011, 6B_65/2011,

wiegend wegen dem Angriff in die emotionale Sondersituation geraten. Dies wurde vom Bundesgericht beispielsweise verneint, als sich eine Person schon seit Längerem vor einem Widersacher fürchtete und entsprechende Schutzvorkehrungen getroffen hat. Das Gericht sah den Affekt in dieser Situation nicht vorwiegend durch den konkreten Angriff ausgelöst, sondern durch die bedrohende Situation in den vergangenen Monaten.⁸⁸⁹ Meines Erachtens belässt das Bundesgericht den Notwehrexzess mit dieser Begründung zu Unrecht unbeachtet. Selbst wenn die emotionale Reaktion des Täters durch frühere Ereignisse beeinflusst ist, so wurde der eigentliche Affekt erst durch den Angriff des Kontrahenten ausgelöst. Dementsprechend war der emotionale Ausbruch direktes Ergebnis des Angriffs.

Das Bundesgericht hat festgelegt, dass der durch den Angriff ausgelöste Affekt nicht bloss aus pauschalen Überlegungen verneint werden kann. Insbesondere kann aus der Feststellung, dass die angegriffene Person dem Angreifer körperlich überlegen ist, nicht geschlossen werden, dass sie durch einen überraschenden Angriff nicht in eine heftige Gemütsbewegung geraten kann.⁸⁹⁰

(2) Entschuldbarkeit des Affekts

Zur Entschuldigung des Notwehrexzesses genügt es nicht, dass der Täter die Grenzen der Notwehr aus Bestürzung oder Aufregung über den Angriff überschritten hat. Diese Zustände müssen zudem entschuldbar sein. Dies entspricht sowohl terminologisch als auch inhaltlich der Regelung beim Totschlag.⁸⁹¹ Zur Auslegung der Entschuldbarkeit kann daher auf die Lehre und die Rechtsprechung zum Totschlag zurückgegriffen werden.⁸⁹²

Im Rahmen der Notwehr ist ein Affekt entschuldbar, wenn auch ein normal gesinnter Mensch durch den Angriff in Aufregung oder Bestürzung geraten wäre.⁸⁹³ Die Art und die Umstände des Angriffs lassen eine heftige emotionale

E. 3.1; Urteil vom 14. März 2007, 6S.38/2007, E. 2; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 87; a.A. MÜLLER, Notwehr, 81.

⁸⁸⁹ BGer, Urteil vom 30. Mai 2013, 6B_632/2012, 6B_653/2012, 6B_654/2012, E. 3.6.

⁸⁹⁰ BGer, Urteil vom 8. September 2011, 6B_65/2011, E. 3.2.

⁸⁹¹ BGer Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, 5.4; vgl. auch BGer, Urteil vom 17. Februar 2014, 6B_889/2013, E. 3.1; zu den Anforderungen der Entschuldbarkeit ausführlich hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb).

⁸⁹² OGer ZH, Urteil vom 14. September 2012, SB120127, E. Rechtliche Würdigung 1.3.

⁸⁹³ OGer ZH, Urteil vom 14. September 2012, SB120127, E. Rechtliche Würdigung 1.3.; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 16 N 2. Anders die Regelung in Österreich, wo kein normatives Korrektiv vorgenommen wird; die Entschuldigung folgt alleine aus dem Affekt; WK-LEWISCH, § 3 N 172. Es ist allerdings darauf hinzuweisen,

Reaktion als nachvollziehbar erscheinen.⁸⁹⁴ Der Affekt muss aus objektiver Sicht menschlich begreifbar sein und die Schuld des Täters demzufolge als vermindert erscheinen.⁸⁹⁵ Entscheidend ist, „dass es dem Täter aufgrund der Aufregung oder Bestürzung über den Angriff nicht möglich war, besonnen und verantwortlich zu reagieren.“⁸⁹⁶

Teilweise wird darauf abgestellt, in was für einen Affekt der Täter geraten ist. Bestimmte Gefühlszustände werden nicht als entschuldbar angesehen.⁸⁹⁷ Diese Auffassung ist abzulehnen. Es geht bei der Entschuldbarkeit um einen vergleichenden Massstab. Dabei kann die Art des Affekts berücksichtigt werden, indem gefragt wird, ob eine Durchschnittsperson in der Lage des Täters auch in eine entsprechende Gefühlslage geraten wäre. Mit der Verneinung der Entschuldbarkeit alleine wegen der Art des Affekts wäre eine solche vergleichende Betrachtung von vornherein ausgeschlossen.

Bei der Frage nach der Entschuldbarkeit handelt es sich um eine Einzelfallbetrachtung. Es ist eine Ermessensfrage,⁸⁹⁸ welche der Richter unter Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände zu beantworten hat.⁸⁹⁹ So hat er jeweils nach der Art und den Umständen des Angriffs zu entscheiden, ob diese die Erregung als entschuldbar erscheinen lassen.⁹⁰⁰ Die Bewertung ergeht nach ethischen beziehungsweise sozialadäquaten Gesichtspunkten und hat zum

dass gemäss § 3 Abs. 2 Ö-StGB die Bestrafung wegen Fahrlässigkeit möglich bleibt, was insbesondere anzunehmen ist, wenn „ein sorgfältiger Mensch auch in einer solchen Notwehrsituation nicht *dermassen in Angst und Schrecken geraten* wäre, sondern seinen *Affekt entsprechend beherrscht* hätte“; FUCHS, 24. Kap. N 32, Hervorhebungen im Original, der die Fahrlässigkeitshaftung jedoch als unlogisch kritisiert; vgl. auch WK-LEWISCH, § 3 N 181 ff.; SbgK-STEININGER, § 3 N 119 ff.

⁸⁹⁴ BGer, Urteil vom 22. April 2013, 6B_257/2012, E. 5.2; Urteil vom 8. September 2011, 6B_65/2011, E. 3.1.

⁸⁹⁵ OGer ZH, Urteil vom 14. September 2012, SB120127, E. Rechtliche Würdigung 1.3.

⁸⁹⁶ BGer, Urteil vom 19. Juli 2013, 6B_148/2013, E. 3.2; Urteil vom 30. Mai 2013, 6B_632/2012, 6B_653/2012 und 6B_654/2012, E. 3.7; Urteil vom 30. August 2012, 6B_810/2011 und 6B_811/2011, E. 5.3.2.

⁸⁹⁷ MÜLLER, Notwehr, 81 f., der sthenische Affekte wie Hass und Zorn nicht als entschuldbar ansieht.

⁸⁹⁸ BGE 102 IV 1, E. 3b; BGer, Urteil vom 26. November 2015, 6B_454/2015, E. 3.2; Urteil vom 30. Mai 2013, 6B_632/2012, 6B_653/2012 und 6B_654/2012, E. 3.7.

⁸⁹⁹ BGer, Urteil vom 26. November 2015, 6B_454/2015, E. 4.2; Urteil vom 30. August 2012, 6B_810/2011 und 6B_811/2011, E. 5.6.

⁹⁰⁰ BGE 109 IV 5, E. 3; 102 IV 1, E. 3b; BGer, Urteil vom 19. Juli 2013, 6B_148/2013, E. 3.2; Urteil vom 30. August 2012, 6B_810/2011 und 6B_811/2011, E. 5.3.2.

Gegenstand, ob die Überschreitung der Notwehrgrenzen dem Betreffenden persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann.⁹⁰¹

Schon aus dem Gesetzeswortlaut folgt, dass nur die Gemütsbewegung entschuldbar sein muss. Diese Auslegung entspricht jener beim Totschlag. Es ist nur der Erregungszustand des Täters und nicht die Tat zu bewerten.⁹⁰² Das Bundesgericht und Teile der Lehre wenden darüber hinaus allerdings eine gewisse *Verhältnismässigkeitsprüfung* an. Stehen das angegriffene und das durch die Abwehrhandlung verletzte Rechtsgut in krassem Missverhältnis, spreche dies gegen die Entschuldbarkeit.⁹⁰³ Auch die Art und das Ausmass der unangemessenen Abwehr werden zur Beurteilung der Entschuldbarkeit beigezogen. Es wird ein umso strengerer Massstab angelegt, d.h. ein umso höherer Grad an Aufregung gefordert, je mehr der Angreifende verletzt oder gefährdet wird.⁹⁰⁴ Insbesondere wenn der Täter in Kauf nimmt, den Angreifer lebensgefährlich zu verletzen, wendet das Bundesgericht einen strengen Massstab an.⁹⁰⁵ Dieser Anforderung wird genüge getan, wenn der Täter mit der Handlung, welche zu einer schweren oder gar lebensgefährlichen Verletzung des Angreifers führt, dennoch eine gewisse Zurückhaltung übt. Dies sah das Obergericht Zürich bei einem Täter erfüllt, der nur einmal in Richtung des Angreifers schoss, obwohl das Magazin vollgeladen war – der Täter habe damit das mildeste Mittel genutzt.⁹⁰⁶

Mit diesem Zusatzerfordernis gehen Lehre und Rechtsprechung einen zweifelhaften Weg. Beim *Notwehrexzess* ist es gerade begriffsnotwendig, dass die Verhältnismässigkeit der Abwehrhandlung überschritten wurde. Daher ist dieses Missverhältnis bei der Prüfung der Entschuldbarkeit nicht nochmals zu beachten. Darüber hinaus steht diese Auffassung im Widerspruch dazu, dass

⁹⁰¹ DONATSCH/TAG, 237.

⁹⁰² BGE 102 IV 1, E. 3b; BGer, Urteil vom 8. September 2011, 6B_65/2011, E. 3.1; Urteil vom 14. März 2007, 6S.38/2007, E. 2; OGer ZH, Urteil vom 14. September 2012, SB120127, E. Rechtliche Würdigung 1.3.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 16 N 3; vgl. dazu auch hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb).

⁹⁰³ BGer, Urteil vom 19. Juni 2014, 6B_748/2013, E. 3.4, vorliegend Hausrecht gegen Verletzung von Leib und Leben.

⁹⁰⁴ BGE 102 IV 1, E. 3b; BGer, Urteil vom 19. Juni 2014, 6B_748/2013, E. 3.4; Urteil vom 30. August 2012, 6B_810/2011 und 6B_811/2011, E. 5.3.2; Urteil vom 26. Januar 2012, 6B_643/2011, E. 2.4.3; Urteil vom 20. Januar 2012, 6B_383/2011, E. 5.3; Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, 5.4; DONATSCH/TAG, 237; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 87.

⁹⁰⁵ BGer, Urteil vom 19. Juni 2014, 6B_748/2013, E. 3.4; Urteil vom 16. Mai 2011, 6B_1039/2010, E. 2.2.3.

⁹⁰⁶ OGer ZH, Urteil vom 14. September 2012, SB120127, E. Rechtliche Würdigung 1.3.4.

grundsätzlich nur die heftige Gemütsbewegung entschuldbar sein muss und nicht die Tat. Indem die Art der Abwehr und das Ausmass der dadurch erfolgten Rechtsgutsgefährdung oder -verletzung in die Entschuldbarkeitsprüfung aufgenommen werden, kommt es zu einer unsachgemässen Bewertung der Tat an sich. Richtigerweise ist nur der Affekt im Lichte des Angriffs zu bewerten. Ist dieser so intensiv, dass auch eine andere Person in der gleichen Situation in eine heftige Gemütsbewegung versetzt worden wäre, so gilt diese als entschuldbar. Die Art und Weise der darauf erfolgenden Abwehrhandlung kann zu dieser Frage nichts beitragen. Eine ähnlich verhältnismässigkeitsorientierte Bewertung wird indes auch im Rahmen von Art. 48 lit. c und Art. 113 StGB angestellt, ist jedoch auch dort nicht sachgerecht.⁹⁰⁷

Für die Entschuldbarkeit ist die Beziehung zwischen Täter und Angriff respektive Angreifer zu beachten. So bejaht das Bundesgericht die Entschuldbarkeit in Fällen, in denen der Angegriffene kein Wissen um eine Konfliktsituation hat und vom Angriff überrascht wird.⁹⁰⁸ Dies ist nach dem Zürcher Obergericht auch dann noch der Fall, wenn der Täter zwar schon seit Längerem vom Angreifer bedroht wird und daher vom bestehenden Konflikt weiss, dieser jedoch plötzlich bewaffnet und drohend auftaucht.⁹⁰⁹ Wird der Täter hingegen vor dem Angriff gewarnt und hat genügend Zeit, sich auf eine angemessene Abwehr vorzubereiten, ist die Entschuldbarkeit des Affekts zu verneinen.⁹¹⁰ Besorgt sich der Täter – den Angriff antizipierend – eine Waffe für seine Abwehr, handelt er mit Vorbedacht und eine etwaige Aufregung ist nicht entschuldbar.⁹¹¹ Im Rahmen von häuslicher Gewalt spricht eine vorbestehende Konfliktsituation jedoch nicht gegen die Entschuldbarkeit des Affekts. Das Kind, welchem droht, von einer körperlich klar überlegenen Person in erheblichem Mass geschlagen zu werden, hat die Grenzen der Notwehr in einem entschuldbaren Affekt überschritten, wenn es als Abwehr dreimal statt nur einmal mit einem Messer zusticht.⁹¹² Auch wenn die bereits erwachsene Tochter vom

⁹⁰⁷ Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 1. Kap. B. II. 3. für Art. 48 lit. c StGB und Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb) für Art. 113 StGB.

⁹⁰⁸ BGE 101 IV 119; vgl. auch BGer, Urteil vom 17. Februar 2014, 6B_889/2013, E. 3.1; Urteil vom 8. September 2011, 6B_65/2011, E. 3.1; Urteil vom 14. März 2007, 6S.38/2007, E. 2.3; auch in Deutschland wird der Überraschungseffekt als Voraussetzung für den entschuldbaren Notwehrexzess betrachtet; vgl. statt vieler KÜHL, § 12 N 147.

⁹⁰⁹ OGer ZH, Urteil vom 14. September 2012, SB120127, E. Rechtliche Würdigung 1.3.4.

⁹¹⁰ OGer AG, Urteil vom 25. Mai 1984, AGVE 1984, S. 86, E. 1d.

⁹¹¹ OGer OW, Urteil vom 24. Mai 2011, AbR 2010/11, Nr. 15, E. 4.7.

⁹¹² OGer ZH, Urteil vom 6. September 2012, SB120218, E. 3.2.6.

körperlich überlegenen Vater tötlich angegriffen wird, kann ihr ein Handeln im entschuldbaren Affekt zugestanden werden.⁹¹³

Klarerweise nicht entschuldigbar ist ein Affekt, wenn der Täter die Konfliktlage selber herbeigeführt hat, da er dann notwendigerweise um einen möglicherweise folgenden Angriff weiss. Es besteht Einigkeit darüber, dass die Entschuldbarkeit fehlt, wenn der Täter zwar nicht seine Gemütsbewegung, hingegen den Angriff schuldhaft verursacht hat.⁹¹⁴ Führt der Angegriffene die Notwehrsituation sogar absichtlich herbei, um den Angreifer unter dem Deckmantel der Notwehr zu töten oder zu verletzen, liegt eine Absichtsprovokation und damit keine Notwehrsituation vor.⁹¹⁵

Die Praxis ist auch im Rahmen eines im Affekt begangenen Notwehrexzesses sehr zurückhaltend mit der Annahme einer Entschuldigung des Täters. Dies zeigt sich nicht zuletzt darin, dass ein zusätzliches Verhältnismässigkeitskriterium eingeführt wurde. Diese Praxis dürfte kriminalpolitische Beweggründe haben und steht im Einklang mit der Zurückhaltung bei der affektbedingten Schuldunfähigkeit.⁹¹⁶

(3) Auswirkung

Im Gegensatz zum früheren Recht ist nun explizit im Gesetz festgehalten, dass die Überschreitung der Notwehrgrenzen im entschuldbaren Affekt zur Schuldlosigkeit des Täters führt.⁹¹⁷ Es hat ein Freispruch zu ergehen.⁹¹⁸ Nach dem früheren Gesetzeswortlaut war bloss die Folge der Straflosigkeit vorgeschrieben, nicht jedoch die Schuldlosigkeit.⁹¹⁹ Dies führte in der Praxis allerdings

⁹¹³ BezGer Horgen, Urteil vom 27. Oktober 2011, DG110011, zitiert nach NZZ vom 28. Oktober 2011, 19.

⁹¹⁴ BGE 109 IV 5, E. 3; 102 IV 1, E. 3b; BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_251/2013, E. 1.3.2; OGer ZH, Urteil vom 4. Juni 2014, SB130461, E. II. 2.3; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 16 N 3; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 16 N 2; vgl. auch MÜLLER, Notwehr, 80 f.

⁹¹⁵ BGer, Urteil vom 30. August 2012, 6B_810/2011 und 6B_811/2011, E. 5.3.3; vgl. dazu auch vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. b) aa) (4).

⁹¹⁶ Vgl. vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) dd).

⁹¹⁷ Art. 16 Abs. 2 StGB.

⁹¹⁸ Botschaft StGB 1998, 2009; OGer ZH, Urteil vom 14. September 2012, SB120127, E. Rechtliche Würdigung 1.3.4.; OGer ZH, Urteil vom 6. September 2012, SB120218, E. 3.2.6.; RIKLIN, AT I, § 14 N 38; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 16 N 2; WIPRÄCHTIGER, Revision, 150.

⁹¹⁹ Art. 33 Abs. 2 Satz 2 aStGB.

ebenfalls zum Freispruch des Täters.⁹²⁰ Der Grund für die Strafflosigkeit wurde bereits unter Geltung des früheren Gesetzestextes in der Verminderung der Schuld des Täters gesehen.⁹²¹ Unabhängig vom Gesetzeswortlaut wurde dem Affekt in diesem Zusammenhang also schuldausschliessende Wirkung beigegeben.⁹²² Daraus folgt, dass der Exzess rechtswidrig ist, das Gegenüber dagegen also seinerseits Notwehr üben darf.⁹²³

Überschreitet der Täter die Notwehrgrenzen im Affekt, so kann gleichzeitig eine Situation von Schuldunfähigkeit oder verminderter Schuldfähigkeit vorliegen. Es fragt sich, wie dies zu beurteilen ist. MÜLLER legte in seiner Dissertation von 1948 dar, dass solche Fälle alleine unter Art. 33 aStGB (heute Art. 19 StGB) zu behandeln seien.⁹²⁴ Das Bundesgericht folgt dieser Ansicht bis heute, indem es ausschliesslich Art. 19 StGB anwendet, wenn der Täter die Grenzen der Notwehr im Zustand der Schuldunfähigkeit beziehungsweise der verminderten Schuldfähigkeit überschreitet.⁹²⁵ Dieser Auffassung ist nicht durchwegs zu folgen. Führt der Affekt in einer Extremsituation tatsächlich dazu, dass der Täter bei der Tatausführung völlig schuldunfähig ist,⁹²⁶ so ist die Fallbeurteilung mit der Feststellung der Schuldunfähigkeit beendet. Anderes gilt jedoch, wenn der Affekt nur zur Annahme der verminderten Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 StGB führt. In diesem Fall ist zunächst die Frage nach einem Schuldausschluss und insofern der Notwehrexzess im Affekt nach Art. 16 Abs. 2 StGB zu prüfen. Wird dieser bejaht, ist die Tat entschuldigt und die Prüfung der verminderten Schuldfähigkeit erübrigt sich. Nur wenn der Affekt nicht als entschuldbar gesehen wird, ist zu untersuchen, ob der Täter sich in einem Zustand der verminderten Schuldfähigkeit befunden hat.

⁹²⁰ BGE 101 IV 119; 73 IV 261, E. 2.

⁹²¹ BGE 102 IV 1, E. 3b.

⁹²² Eine ähnliche Berücksichtigung des Affekts gibt es im deutschen Strafrecht, wo der Notwehrexzess aufgrund von Verwirrung, Furcht oder Schrecken zur Strafflosigkeit führt. Auch hier wird dies mit der schuldausschliessenden Wirkung des Affekts begründet; vgl. z.B. ZABEL, 48 ff.

⁹²³ STRATENWERTH, AT I, § 10 N 88; TRECHSEL/NOLL, 132.

⁹²⁴ MÜLLER, Notwehr, 66.

⁹²⁵ BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 4.4.

⁹²⁶ Vgl. dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) cc).

(4) Prozessuales

Ob der Notwehrexzess im Affekt begangen wurde, muss retropektiv festgestellt werden. Die zuständige Behörde hat für diese Feststellung grundsätzlich auf die Einschätzung einer sachverständigen Person zurückzugreifen.⁹²⁷

In welchem psychischen Zustand sich die Person, welche die Grenzen der Notwehr überschritt, befunden hat, ist eine Frage der Sachverhaltsfeststellung und demnach eine Tatfrage.⁹²⁸ Die Entschuldbarkeit des Affekts ist demgegenüber eine juristische Rechtsauslegung und stellt eine Rechtsfrage dar.⁹²⁹ Vor Bundesgericht kann grundsätzlich nur Letzteres überprüft werden.⁹³⁰

c) Der Notstandsexzess (Art. 17 StGB)

Gemäss Art. 17 StGB handelt rechtmässig, wer eine Straftat begeht, um ein eigenes oder das Rechtsgut einer anderen Person aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten, sofern damit höherwertige Interessen gewahrt werden. Im Unterschied zur Notwehr nach Art. 15 StGB wird beim Notstand zur Abwehr einer Gefahr in die Rechtsgüter einer Person eingegriffen, die für das Entstehen der Gefahrenlage nicht verantwortlich ist.⁹³¹

Für den rechtfertigenden Notstand ist vorausgesetzt, dass eine unmittelbare Gefahrenlage mit einer verhältnismässigen Rettungsaktion abgewehrt wird, um höherwertige Interessen zu wahren.⁹³² Ist dies nicht der Fall oder es werden die Schranken der Subsidiarität oder der Proportionalität überschritten, so liegt ein Notstandsexzess vor.⁹³³ In dieser Konstellation wird der Täter milder bestraft oder bleibt straffrei, wenn ihm die Preisgabe des gefährdeten Guts nicht zugemutet werden konnte.⁹³⁴

⁹²⁷ Im österreichischen Recht ebenso WK-LEWISCH, § 3 N 173; ausführlich zur Begutachtung eines Affektdelikts hinten Zweiter Teil 3. Kap.

⁹²⁸ Vgl. dazu im Rahmen von Art. 113 StGB hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) dd) (2).

⁹²⁹ BGer, Urteil vom 30. August 2012, 6B_810/2011 und 6B_811/2011, E. 5.3.4; Urteil vom 14. März 2007, 6S.38/2007, E. 2.

⁹³⁰ Art. 97 Abs. 1 BGG sowie Art. 105 Abs. 2 BGG.

⁹³¹ DONATSCH/TAG, 238 f.

⁹³² Ausführlich zu den Anforderungen an den Notstand statt vieler DONATSCH/TAG, 239 ff.; CR CP I-MONNIER, Art. 17 N 1 ff.; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 17 N 1 ff.

⁹³³ DONATSCH/TAG, 248; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 18 N 1 ff.

⁹³⁴ Art. 18 Abs. 1 und 2 StGB.

Der Strafausschluss beziehungsweise die Strafmilderung dürfte ihren Hintergrund in gewisser Weise im emotionalen Befinden der betroffenen Person haben. So wird nach WALDER damit berücksichtigt, „dass der Täter wegen der akuten Gefahr meistens in eine gewisse Erregung, mitunter sogar in einen Affektzustand gerät, in welchem man sich nicht immer völlig korrekt verhält.“⁹³⁵ Im Rahmen des Notstandsexzesses besteht keine dem Notwehrexzess im Affekt entsprechende Regelung, welche Rechtsfolgen an eine entschuldbare heftige Gemütsbewegung knüpft. Trotzdem beruht Art. 18 StGB zu einem wesentlichen Teil auf dem durch die Umstände hervorgerufenen emotionalen Zustand des Täters.

Da ein etwaiger Affekt damit jedoch nicht gesondert behandelt wird, ist bei klarem Vorliegen eines Affekts aufgrund der Gefahrensituation die verminderte Schuldfähigkeit oder zumindest eine Berücksichtigung des Affekts im Rahmen der Strafzumessung zu prüfen.⁹³⁶

4. Affekt als Schuld-milderungsgrund

a) Die verminderte Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 2 StGB)

War der Täter zum Tatzeitpunkt nur teilweise fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, so hat das Gericht die Strafe zu mildern. Art. 19 Abs. 2 StGB umschreibt damit die verminderte Schuldfähigkeit. Entscheidend ist hier nicht ein völliger Ausschluss, sondern eine Einschränkung von Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit. Die Funktionsfähigkeit des Täters ist soweit beeinträchtigt, dass er zwar noch nicht unter die Regelung von Art. 19 Abs. 1 StGB fällt, er aber auch nicht als voll schuldfähig betrachtet werden kann.⁹³⁷ Mögliche Schuldausschlussgründe sind weniger stark ausgeprägt, haben das normgemässe Handeln des Täters aber dennoch in erheblichen Mass erschwert.⁹³⁸

⁹³⁵ WALDER, ZStrR 1965, 53; vgl. auch FRISCHKNECHT, recht 2008, 187 f., der von einer „psychischen Zwangslage“ spricht; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 18 N 1, welche von psychischem Druck sprechen.

⁹³⁶ Vgl. dazu hinten Zweiter Teil I. Kap. B.

⁹³⁷ DONATSCH/TAG, 282; DUPUIS et al., Art. 19 N 14; HURTADO POZO, *Partie générale*, 881; KILLIAS et al., 915; CR CP I-MOREILLON, Art. 19 N 26; RIKLIN, AT I, § 15 N 47; SCHMID, Diss., 209 f.; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 26; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 19 N 7.

⁹³⁸ STRATENWERTH, AT I, § 11 N 26; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 19 N 7; vgl. auch DONATSCH/TAG, 282; KUONEN, 77.

Die Einsichtsfähigkeit eines Täters ist dann herabgesetzt, wenn es ihm im Vergleich zu einem Menschen in normaler Verfassung wesentlich schwerer fällt, das Unrecht seiner Tat zu erkennen.⁹³⁹ Die Herabsetzung der Steuerungsfähigkeit zeigt sich dadurch, dass der Täter der Versuchung zur Tatbegehung nur durch ungewöhnliche Willensanstrengung hätte entgegen können.⁹⁴⁰ Dabei genügt jedoch nicht jegliche Herabsetzung der Beherrschungsfähigkeit; es bedarf einer gewissen Intensität für die Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit.⁹⁴¹ Die Praxis folgt diesbezüglich einer harten Linie. Eine verminderte Schuldfähigkeit wird nur zurückhaltend angewendet. Dafür ist eine bedeutende Einschränkung von Einsichts- und/oder Steuerungsfähigkeit vorausgesetzt.⁹⁴²

Zur Feststellung der verminderten Schuldfähigkeit ist eine Vergleichsdiagnose anzustrengen. Entscheidend ist, in welchem Ausmass der Täter von einer Durchschnittsperson abweicht. Dabei muss eine erhebliche Diskrepanz festgestellt werden, welche den Täter auch von anderen „Verbrechensgenossen“ unterscheidet.⁹⁴³ Damit wird klargestellt, dass das deliktische Verhalten des Täters für sich alleine keine rechtlich relevante Begründung für die verminderte Schuldfähigkeit sein kann.⁹⁴⁴ Es darf insbesondere kein Zirkelschluss getätigt werden: „Wiederholt delinquent gleich abnorm gleich psychisch gestört gleich vermindert schuldfähig“.⁹⁴⁵

Die Grenze zwischen völliger Schuldunfähigkeit und verminderter Schuldfähigkeit ist fließend. Daher ist es in der Praxis sehr schwierig, eine klare Trennlinie zwischen diesen beiden Kategorien zu ziehen.⁹⁴⁶ Ausserdem ist die verminderte Schuldfähigkeit nicht immer von gleicher Relevanz. Daher werden verschiedene Grade der Schuldverminderung unterschieden. Die Herabsetzung wird in leicht, mittelschwer und schwer unterteilt.⁹⁴⁷ Die Quantifizie-

⁹³⁹ DONATSCH/TAG, 283 f.

⁹⁴⁰ DONATSCH/TAG, 284.

⁹⁴¹ BGE 102 IV 226, E. 7b; 107 IV 5, E. 1a; DONATSCH/TAG, 284; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 13.

⁹⁴² STRATENWERTH, AT I, § 11 N 27, der darauf hinweist, dass dabei kriminalpolitische Rücksichten im Spiel sind; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 19 N 7; vgl. auch CR CP I-MOREILLON, Art. 19 N 26 ff.

⁹⁴³ BGE 102 IV 226, E. 7b; vgl. auch DUPUIS et al., Art. 19 N 15; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 13.

⁹⁴⁴ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 60.

⁹⁴⁵ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 60 m.w.H.

⁹⁴⁶ SCHMID, Diss., 209; vgl. auch HURTADO POZO, *Partie générale*, 878.

⁹⁴⁷ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 73; MATHYS, *Leitfaden*, 120; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 16.

rung hat durch einen Sachverständigen zu ergehen und ist für die Strafzumessung relevant.⁹⁴⁸

Auch bei der verminderten Schuldfähigkeit stellt sich die Frage nach der zugrunde liegenden Methode ihrer Feststellung. So wurde im Revisionsprozess das Erfordernis einer psychischen Beeinträchtigung des Täters als Ursache für die Herabsetzung von Einsichts- beziehungsweise Steuerungsfähigkeit gestrichen. Ebenso wie bei der Feststellung der Schuldunfähigkeit geht ein Teil der Lehre allerdings davon aus, dass trotzdem von der gemischten Methode auszugehen sei.⁹⁴⁹ Grundsätzlich ist unter Bezugnahme auf den klaren Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 StGB auch hier vom biologischen Erfordernis abzusehen und demnach von einer rein psychologischen Methode auszugehen. Wobei die verminderte Schuldfähigkeit hier in den meisten Fällen ebenfalls auf einem psychiatrischen Befund basiert.

Im Unterschied zur vollständigen Schuldunfähigkeit ist die verminderte Schuldfähigkeit keine Frage der Strafbegründung, sondern der Strafzumessung – der Täter ist weiterhin zumindest teilweise schuldfähig.⁹⁵⁰ Als Rechtsfolge ist eine obligatorische Strafmilderung nach Art. 48a StGB vorgesehen.⁹⁵¹ Rein dogmatisch wäre die Frage demnach eher unter den Strafmilderungsgründen abzuhandeln.⁹⁵²

b) Affekt und verminderte Schuldfähigkeit

aa) Der Affekt als Grund für eingeschränkte Einsichts- und Steuerungsfähigkeit

Wie gezeigt, kann der Täter seine Handlung unter dem Einfluss des Affekts nur eingeschränkt willentlich steuern oder unter Umständen kann ihm auch die Einsicht in sein Handeln schwer fallen. Trotzdem ist der Affekttäter grundsätzlich

⁹⁴⁸ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 73; MATHYS, Leitfaden, 119 f.; ausführlich zum sachverständigen Gutachten hinten Zweiter Teil 3. Kap. und zur Beachtung der verminderten Schuldfähigkeit bei der Strafzumessung hinten Zweiter Teil 1. Kap. B. III. 2. a) aa).

⁹⁴⁹ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 56; DONATSCH/TAG, 283; vgl. zu dieser Debatte ausführlich vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) aa).

⁹⁵⁰ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 59; SCHMID, Diss., 209.

⁹⁵¹ CR CP I-MOREILLON, Art. 19 N 29; RIKLIN, AT I, § 15 N 51; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 28; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 16. Vgl. zur Berücksichtigung der verminderten Schuldfähigkeit bei der Strafzumessung hinten Zweiter Teil 1. Kap. B. III. 2. a) aa).

⁹⁵² BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 59.

lich schuldfähig.⁹⁵³ Aufgrund der eingeschränkten Beherrschungsfähigkeit wird die Handlung im Affekt verschiedentlich als wichtiges Beispiel für eine verminderte Schuldfähigkeit genannt.⁹⁵⁴

Nicht jegliche Gefühlsregung kann zur Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit führen. Nur bei einer als Affekt zu klassifizierenden heftigen Gemütsbewegung ist die Prüfung der verminderten Schuldfähigkeit angebracht.⁹⁵⁵ Zu bejahen ist diese nur, sofern die Einsichts- oder die Steuerungsfähigkeit des Täters massgeblich eingeschränkt war. Für eine entsprechende Einschätzung ist grundsätzlich auf ein fachmännisches Gutachten zurückzugreifen.⁹⁵⁶ Dabei können Kriterienkataloge als Hilfsmittel dienen. Daneben sind jedoch stets alle anderen Umstände des Einzelfalls zu beachten, um den retrospektiven Schluss auf eine durch den Affektzustand des Täters verursachte verminderte Schuldunfähigkeit sachgemäss zu ermöglichen.⁹⁵⁷ Kommt der Gutachter zum Schluss, dass der Affekt zur Beeinträchtigung der Beherrschungsfähigkeit des Täters geführt hat, kann dies zur Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit nach Art. 19 Abs. 2 StGB führen.⁹⁵⁸ Die Handlung des Täters kann zwar zielgerichtet und damit vorsätzlich ablaufen und trotzdem der „bewussten, vernunftgemässen Steuerung mehr oder weniger entzogen sei[n]“.⁹⁵⁹

⁹⁵³ Vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) cc); vgl. auch BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 70.

⁹⁵⁴ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 70; HURTADO POZO, *Partie générale*, 877; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 20 f.; vgl. auch StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/ JEAN-RICHARD, Art. 19 N 19; für das deutsche Schrifttum FRISCH, ZStW 1989, 560; LACKNER/KÜHL, § 21 N 2; ROXIN, AT I, § 20 N 33; SALGER, FS-Tröndle, 201 ff. In der psychologischen Literatur ist eine freiheitsbeschränkende Funktion des Affekts ebenfalls anerkannt; vgl. SOKOLOWSKI, 312.

⁹⁵⁵ Vgl. BGer, Urteil vom 21. April 2015, 6B_132/2015, E. 3.5.

⁹⁵⁶ Ausführlich zum Gutachten hinten Zweiter Teil 3. Kap.

⁹⁵⁷ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 70; zu den Kriterienkatalogen vorne Erster Teil 1. Kap. D. II. 3.

⁹⁵⁸ BGE 121 IV 49, E. 2c/bb, wo der Gutachter jedoch die Bewusstseinsbeeinträchtigung verneinte und das Gericht daher die verminderte Schuldfähigkeit ausschloss; BGer, Urteil vom 30. August 2012, 6B_379/2012, E. 4.6; Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013, 6B_366/2013, E. 5.; OGer ZH, Urteil vom 22. Juni 2012, SB110610, E. C. 2; auch in Deutschland führen Affekte regelmässig zur Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit; vgl. BLAU, FS-Tröndle, 117; FISCHER, § 20 N 30; SALGER, FS-Tröndle, 214 m.w.H.

⁹⁵⁹ So ein in BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 3.3. zitierter Gutachter.

Wie zuvor dargelegt, kann sich ein Affekt auf Einsichts- und Steuerungsfähigkeit auswirken.⁹⁶⁰ Auch hier ist es mehrheitlich die eingeschränkte Steuerungsfähigkeit, welche zur Verminderung der Schuldfähigkeit führt.⁹⁶¹ Zur Feststellung einer affektbedingten Einschränkung der Steuerungsfähigkeit ist der Tathergang zu beachten. Wenn es einem Täter vor der Tatbegehung während einer gewissen Zeit trotz zahlreicher Provokationen durch das Opfer gelang, Ruhe zu bewahren, spricht dies zumindest für eine grundsätzlich erhaltene Steuerungsfähigkeit. Der Affekt kann daher nur zu einer höchstens leicht- bis mittelgradigen Minderung der Steuerungsfähigkeit geführt haben.⁹⁶²

Grundsätzlich kann man davon ausgehen, dass ein Täter bei fast jeder Straftat in einer gewissen affektiven Anspannung steht. Daher bleibt es vor allem ein Quantifizierungsproblem, wann von einer verminderten Schuldfähigkeit auszugehen ist.⁹⁶³ Entscheidend ist, ob die Gemütsbewegung eine Intensität erreichte, die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit des Täters in einer relevanten Weise einschränkte. Da die Schuld des Täters grundsätzlich eine juristische Zuschreibung ist,⁹⁶⁴ geht es massgeblich darum, inwieweit vom Täter die Beherrschung seiner Gefühle und Handlungsimpulse gefordert werden kann.⁹⁶⁵ Die Praxis ist dabei äusserst zurückhaltend. So wird eine verminderte Schuldfähigkeit kaum je angenommen und noch seltener wird auf eine starke Verminderung entschieden.⁹⁶⁶ Das Bundesgericht führt dazu aus, dass „die Annahme eines Handelns im Affekt für sich allein noch nicht [bedeutet], dass diesem emotionalen Zustand in jedem Fall auch schuldeinschränkende Wirkung zukommt.“⁹⁶⁷

Neben dem Affekt können verschiedene weitere Faktoren – etwa eine Alkoholisierung zum Tatzeitpunkt oder eine Persönlichkeitsstörung – die Schuldfähigkeit in einem weiteren Umfang vermindern oder gar ganz ausschliessen. Auch wenn eine Persönlichkeitsstörung dazu führt, dass der Täter schneller

⁹⁶⁰ Vgl. vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) cc) (3) und (4).

⁹⁶¹ So etwa OGer ZH, Urteil vom 22. Juni 2012, SB110610, E. C. 2.; Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. III. 2.1.1.3b; BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 70; vgl. zum Verhältnis des Affekts zur Steuerungsfähigkeit auch vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) cc) (4).

⁹⁶² OGer ZH, Urteil vom 22. Juni 2012, SB110610, E. C. 4.

⁹⁶³ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 70.

⁹⁶⁴ Dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 1. b).

⁹⁶⁵ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 70; vgl. auch BGer, Urteil vom 13. Mai 2016, 6B_1180/2015, E. 4.2.

⁹⁶⁶ OGer ZH, Urteil vom 7. November 1963, SJZ 62/1966, S. 141, E. 2.

⁹⁶⁷ BGer, Urteil vom 13. Mai 2016, 6B_1180/2015, E. 4.2.

reizbar ist und darum leichter in einen Affekt gerät, so ist es in der Regel die Persönlichkeitsstörung, welche zur verminderten Schuldfähigkeit führt, während der Affekt unbeachtet bleibt, da er nur eine Folge des Krankheitsbilds ist.⁹⁶⁸

bb) WALDERS Kritik an der affektbedingten verminderten Schuldfähigkeit

An der Beachtung des Affekts für die Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit wurde vereinzelt Kritik geübt. So führte WALDER aus, dass eine diesbezügliche Berücksichtigung des Affekts im Vergleich zu den allgemeinen Strafmilderungsgründen unstatthaft sei und Affekttaten so zu sehr privilegiert würden.⁹⁶⁹ Er bezog sich damit auf Art. 64 Abs. 3 aStGB, wonach bei Handlungen im Zorn oder unter grossem Schmerz aufgrund von ungerechter Reizung oder Kränkung eine Strafmilderung möglich war. WALDER hielt es für unangebracht, für eine Strafmilderung bei einer Handlung aus Zorn oder Schmerz einen begründeten Anlass zu verlangen, bei einer Strafmilderung wegen affektbedingter verminderter Schuldfähigkeit dagegen nicht. Er forderte daher eine Unterscheidung in „gewöhnliche“ und „höher oder höchstgradige Affekte“, wobei nur bei Letzteren von einer verminderten Schuldfähigkeit ausgegangen werden könne.⁹⁷⁰

Dieser Argumentation ist aus mehreren Gründen zu widersprechen. Zunächst erübrigt sich die von WALDER geforderte Unterscheidung. Eine Differenzierung geschieht schon dadurch, dass die Feststellung eines Affekts nicht automatisch zur Annahme der verminderten Schuldfähigkeit führt. Nur wenn sich erhebliche Auswirkungen auf Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit zeigen, wird Art. 19 Abs. 2 StGB angewendet. Ausserdem bestimmt sich der Grad der Verminderung der Schuldfähigkeit nach der Stärke der Auswirkung auf die intellektuellen beziehungsweise voluntativen Fähigkeiten des Täters. Demnach kommt es zu einer angemessenen Berücksichtigung des Affekts basierend auf dessen Stärkegrad. Die Schaffung künstlicher Kategorien ist nicht notwendig und hindert die einzelfallgerechte Beurteilung. Schliesslich bezieht sich WALDER auf Art. 64 Abs. 3 aStGB. Mit der Einführung von Art. 48 lit. c StGB wurde der Affekt zu einem allgemeinen Schuld-milderungsgrund gemacht.⁹⁷¹ Damit ist gewährleistet, dass ein Affekt nicht unterschiedlich berücksichtigt

⁹⁶⁸ Vgl. dazu auch hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb) (6).

⁹⁶⁹ WALDER, ZStrR 1965, 56 f.

⁹⁷⁰ WALDER, ZStrR 1965, 57.

⁹⁷¹ Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 1. Kap. B. II. 3.

wird, indem jede entschuld bare heftige Gemütsbewegung zu einer Strafmilderung führt.⁹⁷²

cc) *Fazit zur affektbedingten verminderten Schuldfähigkeit*

Insgesamt ist es sachgerecht und in der Praxis anzutreffen, dass dem Affekt schuldvermindernde Wirkung zukommt. Der Grad der Verminderung bestimmt sich dabei nach den Auswirkungen, welcher der Affekt auf die Einsichts- oder im Regelfall auf die Steuerungsfähigkeit hat.

Die Praxis ist bei der affektbedingten verminderten Schuldfähigkeit allerdings zu ungenau. Zu fordern ist, dass sich beim Vorliegen eines Affekts differenziert mit dessen Auswirkungen auf die Einsichts- und die Steuerungsfähigkeit auseinandergesetzt wird. Dazu ist regelmässig ein Sachverständiger beizuziehen.⁹⁷³ Nur so wird ermöglicht, dass einzelfallgerecht entschieden werden kann, ob der Affekt tatsächlich eine Beeinträchtigung der Beherrschungsfähigkeit zur Folge hatte und dementsprechend eine verminderte Schuldfähigkeit vorlag. Ausserdem lässt sich nur so der richtige Grad der Verminderung feststellen. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die gutachterliche Feststellung der Wirkung der heftigen Gemütsbewegung zu beachten ist. Eine generelle Ablehnung einer schweren verminderten Schuldfähigkeit bei Affektdelikten ist nicht angebracht.

5. Der vorverschuldete Affekt – eine Anwendung der *actio libera in causa*

Bereits die Beachtung der Entschuldbarkeit bei der Notwehr hat gezeigt, dass dem Affekt keine strausschliessende Wirkung zukommen kann, wenn der Täter dessen Entstehung vorwiegend selbst zu verantworten hat.⁹⁷⁴ Eine solche Beachtung einer vor der Affektentstehung liegenden Mitverantwortung des Täters ist beim Affekt typisch.⁹⁷⁵ Es stellt sich daher die Frage, ob und wie ein solches Vorverschulden des Täters im Rahmen der Schuldfähigkeitsprüfung beachtet werden kann.

⁹⁷² Wobei anzumerken ist, dass die Umsetzung in der Praxis dies teilweise verhindert; vgl. dazu auch hinten im Schlusswort.

⁹⁷³ Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 3. Kap.

⁹⁷⁴ Vgl. dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. b) cc) (2).

⁹⁷⁵ Diese Mitverantwortung wird in der Regel mit der Voraussetzung der Entschuldbarkeit umschrieben; so bei Art. 16 Abs. 2, Art. 48 lit. c und Art. 113 StGB.

a) Die actio libera in causa (Art. 19 Abs. 4 StGB)

Gemäss Art. 19 Abs. 4 StGB ist eine ausgeschlossene oder verminderte Schuldfähigkeit nicht zu beachten, wenn der Täter diese hätte vermeiden können und die in diesem Zustand begangene Tat für ihn vorhersehbar war. Damit wird die Rechtsfigur der actio libera in causa umschrieben.⁹⁷⁶ Grundsätzlich soll das selbstverantwortliche Herbeiführen einer Situation, in welcher der Täter eine Tat im Zustand von verminderter oder ausgeschlossener Schuldfähigkeit begeht, gleich bestraft werden wie die Begehung derselben Tat im Zustand voller Schuldfähigkeit.⁹⁷⁷

Die actio libera in causa steht grundsätzlich im Widerspruch zum Schuldprinzip. Nach diesem wäre der zum Tatzeitpunkt schuldunfähige oder vermindert schulfähige Täter grundsätzlich freizusprechen respektive milder zu bestrafen. Aus rechtspolitischen Gründen – vorwiegend um dem öffentlichen Strafbedürfnis gerecht zu werden – wird die strafrechtliche Verantwortung mit der actio libera in causa in das Vorfeld der Tat verlegt.⁹⁷⁸

aa) Verschiedene Arten der actio libera in causa

Bei der actio libera in causa werden grundsätzlich zwei Arten unterschieden: die vorsätzliche und die fahrlässige. Entsprechend zur Rechtspraxis zu Art. 12 aStGB sind nach Lehre und Rechtsprechung beide Arten von Art. 19 Abs. 4 StGB erfasst.⁹⁷⁹ Der aktuelle Gesetzeswortlaut ist diesbezüglich irre-

⁹⁷⁶ Vgl. zur Herkunft der Terminologie HRUSCHKA, ZStrR 1974, 55 ff.

⁹⁷⁷ Vgl. auch BGE 85 IV 1, E. 2; BGer, Urteil vom 16. März 2006, 6S.3/2006, 6P.10/2006, E. 14.1; Urteil vom 15. Oktober 2001, 6P.96/2001, 6S.413/2001, E. 5a; BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 86; SEELMANN/GETH, 222.

⁹⁷⁸ Vgl. etwa TRECHSEL/NOLL, 146, die von „irrationalen Ängsten“ der Bevölkerung sprechen. Zur Begründung dieser Vorverlagerung werden verschiedene Konzepte vertreten, die an dieser Stelle nicht ausführlich erarbeitet werden können; dazu z.B. BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 122 ff.; HETTINGER, 57 ff.; HRUSCHKA, ZStrR 1974, 60 ff. In der österreichischen Literatur ebenso ZERBES, 133.

⁹⁷⁹ BGer, Urteil vom 10. September 2012, 6B_58/2012, E. 5.4; Urteil vom 8. November 2007, 6B_401/2007, 6B_426/2007, 6B_473/2007, E. 7.2; Urteil vom 8. Februar 2007, 6P.227/2006, 6S.522/2006, E. 4.1; OGer ZH, Urteil vom 23. Mai 2014, SB140061, Strafzumessung 4.1.2.2.; HEINE, recht 2008, 251; KUONEN, 80 f.; RIKLIN, AT I, § 15 N 44; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 22; WIPRÄCHTIGER, Revision, 152 f.; vgl. auch CR CP I-MOREILLON, Art. 19 N 35. Vgl. für Art. 12 aStGB BGE 120 IV 169, E. 2a; 117 IV 292, E. 2a; 104 IV 249, E. 2b; 85 IV 1, E. 2; KUONEN, 80 f.; REHBERG, Kriminalistik 1983, 507; TRECHSEL/NOLL, 160; VEST/FREI/MONTERO, 98.

führend, da er bloss die fahrlässige Variante erkenntlich wiedergibt.⁹⁸⁰ In Art. 12 aStGB war demgegenüber ausschliesslich die vorsätzliche *actio libera in causa* statuiert.⁹⁸¹ Beiden Formen ist gemeinsam, dass der Täter den Zustand der Schuldunfähigkeit oder der verminderten Schuldfähigkeit selbst verschuldet hat.⁹⁸² Unterschieden wird nach der Einstellung des Täters zur späteren Tatbegehung zum Zeitpunkt, in welchem er zur Herbeiführung der verminderten oder ausgeschlossenen Schuldfähigkeit ansetzt.⁹⁸³ Zur Differenzierung ist nicht darauf abzustellen, ob die spätere Tat vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde.⁹⁸⁴ Auch ob die Herbeiführung des Zustands der ausgeschlossenen oder verminderten Schuldfähigkeit vorsätzlich oder fahrlässig erfolgte, ist nicht massgebend für die Abgrenzung.⁹⁸⁵

(1) Vorsätzliche *actio libera in causa*

Fasst der Täter noch im Vollbesitz seiner geistigen Fähigkeiten den Entschluss, eine Straftat zu verüben und sich zu diesem Zweck vorgängig zu betäuben, handelt es sich um eine direkt vorsätzliche *actio libera in causa*.⁹⁸⁶ Der Täter handelt sowohl hinsichtlich der Herbeiführung der verminderten Schuldfähigkeit als auch bezüglich der darauffolgenden Tatbegehung vorsätzlich.⁹⁸⁷ Wird die Rauschtat dann noch vorsätzlich begangen, so herrscht ein „Dreifachvorsatz“.⁹⁸⁸ Da der subjektive Tatbestand der Tatbegehung für die Unterscheidung

⁹⁸⁰ STRATENWERTH, AT I, § 11 N 33; vgl. auch DUPUIS et al., Art. 19 N 28. Anders war dies noch im Vorentwurf von SCHULTZ, wo beide Varianten erwähnt waren; vgl. SCHULTZ, Vorentwurf, 58 ff.

⁹⁸¹ Der Absatz hatte folgenden Wortlaut: „Die Bestimmungen der Artikel 10 und 11 sind nicht anwendbar, wenn die schwere Störung oder die Beeinträchtigung des Bewusstseins vom Täter selbst in der Absicht herbeigeführt wurde, in diesem Zustande die strafbare Handlung zu verüben“; vgl. SEELMANN/GETH, 223; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 33.

⁹⁸² BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 97; vgl. auch BGE 93 IV 39, E. 2.

⁹⁸³ BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 98.

⁹⁸⁴ BGer, Urteil vom 16. März 2006, 6S.3/2006, 6P.10/2006, E. 14.1; so jedoch OGer ZH, Urteil vom 23. Mai 2014, SB140061, Strafzumessung 4.1.2.2.

⁹⁸⁵ BGer, Urteil vom 16. März 2006, 6S.3/2006, 6P.10/2006, E. 14.1; BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 98; GRAVEN, *infrac*, 243; REHBERG, *Kriminalistik* 1983, 507; vgl. auch KUONEN, 80.

⁹⁸⁶ BGer, Urteil vom 15. Oktober 2001, 6P.96/2001, 6S.413/2001, E. 5a; DONATSCH/TAG, 280; DONATSCH/WOHLERS, 248; DUPUIS et al., Art. 19 N 28; GRAVEN, *infrac*, 238 f.; SEELMANN/GETH, 222; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 33; vgl. auch CR CP I-MOREILLON, Art. 19 N 34.

⁹⁸⁷ DONATSCH/TAG, 280; SEELMANN/GETH, 222.

⁹⁸⁸ BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 99.

nicht relevant ist, spricht man sachgerechter von einem notwendigen „Doppelvorsatz“.⁹⁸⁹

Für die Annahme einer vorsätzlichen *actio libera in causa* ist nicht vorausgesetzt, dass der Täter die Herbeiführung des Defektzustands und auch die spätere Deliktsbegehung direkt anstrebt. Sowohl für das Wissen als auch den Willen über die Tat und die Herbeiführung des Defektzustands genügt ein Eventualvorhaben. Art. 19 Abs. 4 StGB ist demnach anzuwenden, wenn der Täter die Möglichkeit erkennt, dass er in einen Zustand der verminderten oder ausgeschlossenen Schuldfähigkeit kommt sowie dass er in diesem Zustand eine Straftat begehen könnte und er diese Konsequenz in Kauf nimmt.⁹⁹⁰ Der *dolus eventualis* richtet sich dabei nach den üblichen Abgrenzungskriterien des Vorsatzes.⁹⁹¹

In der Praxis kommt es selten vor, dass sich jemand zum Zweck einer späteren Deliktsbegehung in einen Zustand der vollen Schuldunfähigkeit bringt. So ist die Fähigkeit zur Umsetzung dieses Ziels durch den Defektzustand gefährdet.⁹⁹² Dieses Risiko besteht nicht, wenn das spätere Delikt vom Täter nicht angestrebt, sondern bloss als möglich erkannt und in Kauf genommen wird. Eine eventualvorsätzliche *actio libera in causa* dürfte daher häufiger vorkommen als eine direkt vorsätzliche, was auch mit der enthemmenden Wirkung einer Berausung zu tun hat.⁹⁹³

(2) Fahrlässige *actio libera in causa*

Hat der Täter die Tat vor der Herbeiführung der Schuldunfähigkeit nicht geplant oder zumindest als möglich erkannt und in Kauf genommen, wäre sie für ihn bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit jedoch vorhersehbar und vermeidbar

⁹⁸⁹ So etwa HURTADO POZO, *Partie générale*, 893; vgl. auch GRAVEN, *infracrion*, 238; KUONEN, 79; in der deutschen Lehre ebenso SALGER/MUTZBAUER, *NStZ* 1993, 562.

⁹⁹⁰ BGE 120 V 224, E. 3a; 117 IV 292, E. 2b; BGer, Urteil vom 10. September 2012, 6B_58/2012, E. 5.3; Urteil vom 15. Oktober 2001, 6P.96/2001, 6S.413/2001, E. 5a; KantGer GR, Urteil vom 18. April 2012, SK1 11 40, E. II. 6a; BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 99; DONATSCH/TAG, 280; GRAVEN, *infracrion*, 239; REHBERG, *recht* 1996, 82 f.; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 33; vgl. auch StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 19 N 15; HURTADO POZO, *Partie générale*, 893; RIKLIN, AT I, § 15 N 43; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 22; für die deutsche Lehre ebenso SALGER/MUTZBAUER, *NStZ* 1993, 562.

⁹⁹¹ BGer, Urteil vom 16. März 2006, 6S.3/2006, 6P.10/2006, E. 14.2.

⁹⁹² BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 99; vgl. auch STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 19 N 9.

⁹⁹³ BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 99.

gewesen, liegt eine fahrlässige *actio libera in causa* vor.⁹⁹⁴ Dabei besteht zunächst die Möglichkeit, dass sowohl bezüglich der eigenen Versetzung in den Status der verminderten oder ausgeschlossenen Schuldfähigkeit als auch bezüglich der späteren Tatbegehung Fahrlässigkeit vorliegt.⁹⁹⁵ Selbst wenn die Herbeiführung des Defektzustands vorsätzlich geschieht, die spätere Möglichkeit einer Tatbegehung in dieser Befindlichkeit jedoch durch pflichtwidrige Unvorsicht ausser Acht gelassen wurde, kann dem Täter lediglich eine fahrlässige *actio libera in causa* entgegengehalten werden.⁹⁹⁶

Die fahrlässige *actio libera in causa* ist auch anzuwenden, wenn der Täter die pflichtwidrig nicht vorausgesehene Tat vorsätzlich begeht.⁹⁹⁷ Das Konstrukt des *Vorverschuldens* macht klar, dass es in einem solchen Fall nur darauf ankommen kann, was dem Täter im Vorfeld der Tat vorgeworfen werden kann. Hat er aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung verkannt, dass er später vorsätzlich eine Straftat begeht, so ist das relevante Vorverschulden die Fahrlässigkeit.

(3) Notwendige Kenntnisse über den Kausalverlauf

Für beide Formen der *actio libera in causa* und der sich daraus ergebenden strafrechtlichen Haftung ist erforderlich, dass der Täter im Zeitpunkt der vollen Schuldfähigkeit ein bestimmtes Delikt plante, es als möglich erkannte oder bei pflichtgemäßem Verhalten hätte vorhersehen können.⁹⁹⁸ Nicht notwendig ist hingegen, dass er den Geschehnisverlauf in allen Einzelheiten voraussehen

⁹⁹⁴ BGE 85 IV 1, E. 2; BGer, Urteil vom 10. September 2012, 6B_58/2012, E. 5.4; Urteil vom 16. März 2006, 6S.3/2006, 6P.10/2006, E. 14.1; Urteil vom 15. Oktober 2001, 6P.96/2001, 6S.413/2001, E. 5a; DONATSCH/TAG, 280; DONATSCH/WOHLERS, 248; DUPUIS et al., Art. 19 N 28; GRAVEN, *infracrime*, 243 f.; KUONEN, 80; CR CP I-MOREILLON, Art. 19 N 35; REHBERG, *recht* 1996, 82 f.; REHBERG, *Kriminalistik* 1983, 507; RIKLIN, AT I, § 15 N 44; TRECHSEL/NOLL, 160; vgl. auch StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 19 N 16.

⁹⁹⁵ BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 103, der von einer „Dreifachfahrlässigkeit“ spricht.

⁹⁹⁶ HURTADO POZO, *Partie générale*, 895; REHBERG, *Kriminalistik* 1983, 507; RIKLIN, AT I, § 15 N 44; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 19 N 9; vgl. auch BGE 117 IV 292, E. 2b.

⁹⁹⁷ BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 105.

⁹⁹⁸ BGE 120 IV 169, E. 2c; BGer, Urteil vom 10. September 2012, 6B_58/2012, E. 5.4; Urteil vom 15. Oktober 2001, 6P.96/2001, 6S.413/2001, E. 5a; OGer ZH, Urteil vom 23. Mai 2014, SB140061, *Strafzumessung* 4.1.2.2.; DUPUIS et al., Art. 19 N 29; VEST/FREI/MONTERO, 100; vgl. auch REHBERG, *Kriminalistik* 1983, 507.

konnte.⁹⁹⁹ Eine *actio libera in causa* ist anzuwenden, wenn der Täter den späteren Handlungsablauf in seinen wesentlichen Zügen erkennen konnte.¹⁰⁰⁰

Für die geforderte Bestimmbarkeit des Delikts ist vorausgesetzt, dass der Täter die Tat nach ihrer Art und in den Grundzügen auch nach dem Tatort und der Tatzeit bei pflichtgemäßem Verhalten zumindest hätte vorhersehen können.¹⁰⁰¹ Es genügt nicht, wenn der Täter bloss den Taterfolg erkennen konnte, vielmehr muss er auch die Tathandlung im Wesentlichen erkannt haben können.¹⁰⁰² Das Bundesgericht verneint die Vorhersehbarkeit dann, wenn der Täter erst durch ein Fehlverhalten einer anderen Person zur konkreten Tathandlung veranlasst wird.¹⁰⁰³

bb) Rechtsfolge der actio libera in causa

(1) Unbeachtlichkeit der Schuldunfähigkeit

Grundsätzlich unbestritten sind die Rechtsfolgen der *vorsätzlichen actio libera in causa*. Hat der Täter die Tat bewusst in Kauf genommen und sich dennoch in den Zustand der verminderten oder ausgeschlossenen Schuldunfähigkeit begeben, so sind die Art. 19 Abs. 1-3 StGB nicht anwendbar und der Täter wird bestraft, wie wenn er voll schuldfähig gewesen wäre. Diese an sich relativ klare Regel bedarf gewisser Ergänzungen und ist im Einzelfall durchaus umstritten.

Liegt eine vorsätzliche *actio libera in causa* vor und hat der Täter den Vorsatz bei noch bestehender voller Schuldunfähigkeit gefasst, so ist er für das später begangene Delikt vollumfänglich strafrechtlich zur Verantwortung zu zie-

⁹⁹⁹ BGE 120 IV 169, E. 2c; BGer, Urteil vom 10. September 2012, 6B_58/2012, E. 5.4; Urteil vom 15. Oktober 2001, 6P.96/2001, 6S.413/2001, E. 5a; DUPUIS et al., Art. 19 N 29; CR CP I-MOREILLON, Art. 19 N 35; VEST/FREI/MONTERO, 100.

¹⁰⁰⁰ BGE 120 IV 169, E. 2c; DUPUIS et al., Art. 19 N 29; vgl. auch GRAVEN, *infracition*, 241.

¹⁰⁰¹ BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 104, mit Verweis auf OGer BL, Urteil vom 9. Februar 1993, BJM 1994, 210.

¹⁰⁰² BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 104; vgl. auch StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 22; für die deutsche Lehre SALGER/MUTZBAUER, NSz 1993, 560, die darauf hinweisen, dass die Bestimmtheit des Opfers nicht unbedingt vorhanden sein muss; so genüge etwa die Vorstellung einer Vergewaltigung irgendeiner Frau.

¹⁰⁰³ BGE 120 IV 196, E. 2d; BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 104; kritisch gegen den Entscheid des BGer REHBERG, recht 1996, 84.

hen.¹⁰⁰⁴ Der Täter kann sich nicht auf den Strafausschluss nach Art. 19 Abs. 1 StGB oder die Strafmilderung nach Art. 19 Abs. 2 StGB berufen.¹⁰⁰⁵ Fasst der Täter den Vorsatz zur Tatbegehung hingegen erst im Zustand der verminderten Schuldfähigkeit, so trifft ihn nicht die volle Verantwortung. Schliesslich befand er sich zum für das Vorverschulden relevanten Zeitpunkt – der Entschlussfassung beziehungsweise der Erkennung der Möglichkeit des späteren Delikts – in einem Zustand der verminderten Schuldfähigkeit. Dementsprechend bleibt der Täter bei der späteren Tatbegehung in vollständiger Schuldunfähigkeit nicht straffrei, kommt aber in den Genuss einer Strafmilderung nach Art. 19 Abs. 2 StGB.¹⁰⁰⁶

Für die *fahrlässige actio libera in causa* wird in der Regel angenommen, dass der Täter – sofern er voll schuldunfähig war – nur wegen der fahrlässigen Variante des Delikts bestraft werden soll, was einen gesetzlich normierten Fahrlässigkeitstatbestand des entsprechenden Delikts voraussetzt.¹⁰⁰⁷ Damit wird der Täter nur für ein fahrlässiges Vorverhalten bestraft: er hat die Tat sorgfaltswidrig nicht vorhergesehen.¹⁰⁰⁸ So darf dem Täter „der subjektive Tatbestand nur so weit angerechnet werden, wie er ihn vor Eintritt der Schuldunfähigkeit verwirklicht hat.“¹⁰⁰⁹ Betrachtet man indes den Wortlaut von Art. 19 Abs. 4 StGB, wo bloss die Unbachtlichkeit von Art. 19 Abs. 1-3 StGB normiert wird, so scheint die Bestrafung einer fahrlässigen *actio libera in causa* als Vorsatzdelikt möglich. Dies stellt jedoch eine nicht beabsichtigte Folge der Gesetzesänderung dar.¹⁰¹⁰ Eine Mindermeinung ist im Gegensatz dazu der

¹⁰⁰⁴ BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 99; DONATSCH/TAG, 280; GRAVEN, *infracation*, 238; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 33; TRECHSEL/NOLL, 160.

¹⁰⁰⁵ BGE 117 IV 292, E. 2b; BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 99; DONATSCH/TAG, 280; REHBERG, *recht* 1996, 83; RIKLIN, AT I, § 15 N 43; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 36; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 19 N 9 ff.; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 21.

¹⁰⁰⁶ BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 114; GRAVEN, *infracation*, 242; REHBERG, *recht* 1996, 83; vgl. auch BGE 117 IV 292, E. 2b, welcher sich jedoch auf die fahrlässige *actio libera in causa* bezieht; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 23.

¹⁰⁰⁷ BGE 120 V 224, E. 3a; 117 IV 292, E. 2b; BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 107; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 19 N 16; DONATSCH/TAG, 280 f.; RIKLIN, AT I, § 15 N 44; vgl. auch HRUSCHKA, ZStrR 1974, 72; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 19 N 10.

¹⁰⁰⁸ BGE 117 IV 292, E. 2b; BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 107; vgl. auch STRATENWERTH, *Schuldausschluss*, 492.

¹⁰⁰⁹ StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 22.

¹⁰¹⁰ SEELMANN/GETH, 223; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 23; vgl. auch BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 110.

Ansicht, dass eine Vorsatzhaftung entsteht, wenn der Täter die Straftat bei pflichtgemäßem Verhalten hätte vorhersehen können.¹⁰¹¹

Die Rechtsfolgen sind gerade bei der fahrlässigen *actio libera in causa* unklar und bedürfen der Differenzierung. Die gerade skizzierte Lösung gilt nur für den Fall, dass der Täter die spätere Tatbegehung vor dem Zeitpunkt der verminderten Schuldfähigkeit hätte voraussehen können und die Tat dann im Zustand der Schuldunfähigkeit begangen hat.¹⁰¹² Hat er die Tat demgegenüber im Zustand der verminderten Schuldfähigkeit begangen, so soll er nach herrschender Lehre für die vorsätzliche Tatvariante bestraft werden.¹⁰¹³ Dies ist zu rechtfertigen, weil der Täter bei der Tatausführung gerade nicht voll schuldunfähig war und er demnach zumindest einen Teil der Verantwortung für das Delikt zu tragen hat.¹⁰¹⁴ In diesem Fall wird ihm trotzdem eine Strafmilderung nach Art. 19 Abs. 2 StGB zugutegehalten.¹⁰¹⁵ Im Rahmen eines Analogieschlusses zur Situation der Schuldunfähigkeit, wo anstelle eines Vorsatzlediglich wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts bestraft wird, soll auch die zum Tatzeitpunkt vorliegende verminderte Schuldfähigkeit beachtet werden.¹⁰¹⁶ So kann „eine Minderung des verschuldeten Vorsatzunrechts im Tatzeitpunkt [...] nicht durch den Fahrlässigkeitsvorwurf kompensiert werden.“¹⁰¹⁷ Obwohl der Wortlaut von Art. 19 Abs. 4 StGB die Nichtanwendbarkeit von Abs. 1-3 vorzugeben scheint, muss dem Täter in dieser Konstellation zugutegehalten werden, dass ihm seine Tat zwar wegen einem fahrlässigen Vorverschulden vorgeworfen werden kann, diese Fahrlässigkeit jedoch nicht gleich schwer wiegt, wie ein vorsätzliches Vorverschulden. Dementsprechend hat das Bundesgericht eindeutig entschieden, dass die fahrlässige *actio libera in causa* die Anwendung der Strafmilderung nach Art. 19 Abs. 4 StGB nicht ausschliesst.¹⁰¹⁸ Aufgrund des fahrlässigen Vorverschuldens kann der verminderten Schuldfä-

¹⁰¹¹ STRATENWERTH, AT I, § 11 N 35; STRATENWERTH, *Schuldausschluss*, 495.

¹⁰¹² BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 107.

¹⁰¹³ BGE 117 IV 292, E. 2b; BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 108; GRAVEN, *infracation*, 241; DONATSCH/TAG, 286.

¹⁰¹⁴ Vgl. auch REHBERG, *recht* 1996, 83.

¹⁰¹⁵ BGE 117 IV 292, E. 2b; BGer, Urteil vom 10. September 2012, 6B_58/2012, E. 5.5.5; BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 108; GRAVEN, *infracation*, 242; REHBERG, *recht* 1996, 83; vgl. auch STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 19 N 11; differenzierend StGB-Praxis-kommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 23.

¹⁰¹⁶ BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 108; a.M. STRATENWERTH, AT I, § 11 N 36.

¹⁰¹⁷ BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 108.

¹⁰¹⁸ BGE 117 IV 292, E. 2b; zustimmend BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 108.

higkeit jedoch „nicht vollumfänglich strafmindernd Rechnung getragen werden“.¹⁰¹⁹

Handelt es sich demgegenüber um einen Fall doppelter Fahrlässigkeit; d.h. der Täter hat die im Zustand der verminderten Schuldfähigkeit begangene Fahrlässigkeitstat pflichtwidrig nicht vorausgesehen, so hält das Bundesgericht die Anwendung von Art. 19 Abs. 2 StGB für unbeachtlich. Es kommt zu keiner Strafmilderung; der Täter haftet voll für das von ihm begangene Fahrlässigkeitsdelikt.¹⁰²⁰ Diese Lösung ist aus Sicht der zuvor skizzierten Analogie zur vorsätzlichen *actio libera in causa* stringent. Wenn das relevante Vorverschulden in einer Fahrlässigkeit liegt, so ist der Täter für ein danach begangenes Fahrlässigkeitsdelikt vollumfänglich, also ohne Strafmilderung nach Art. 19 Abs. 2 StGB, zu bestrafen. Der kleinere Schuldvorwurf der Fahrlässigkeit wird mit der geringeren Strafdrohung für das Fahrlässigkeitsdelikt abgegolten. Hätte der Täter indes erst im Zustand der verminderten Schuldfähigkeit bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen können, dass er später ein Delikt begehen wird, so ist ihm die Strafmilderung nach Art. 19 Abs. 2 StGB zu gewähren.¹⁰²¹

(2) Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit

Wer infolge selbstverschuldeter Trunkenheit oder Betäubung unzurechnungsfähig ist und in diesem Zustand eine Straftat begeht, welche als Verbrechen oder Vergehen bestraft wird, macht sich nach Art. 263 StGB strafbar.¹⁰²² Die Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit ist dabei nach dem klaren Wortlaut auf Fälle von Trunkenheit und Betäubung – insbesondere durch Rauschmittel und Medikamente – anwendbar.¹⁰²³ Ausserdem kommt Art. 263 StGB nur für Fälle zur Anwendung, in welchen die Schuldfähigkeit des Täters gänzlich ausgeschlossen war; eine bloss verminderte

¹⁰¹⁹ BGer, Urteil vom 8. November 2007, 6B_401/2007, 6B_426/2007, 6B_473/2007, E. 7.2; vgl. auch BGE 117 IV 292, E. 2b; BGer, Urteil vom 10. September 2012, 6B_58/2012, E. 5.5.2.

¹⁰²⁰ BGE 120 IV 169, E. 2a; 117 IV 292, E. 2b; BGer, Urteil vom 8. Februar 2007, 6P.227/2006, 6S.522/2006, E. 4.1; DONATSCH/TAG, 285; vgl. auch REHBERG, recht 1996, 83.

¹⁰²¹ BGE 117 IV 292, E. 2b.

¹⁰²² Vgl. ausführlich zu Art. 263 StGB z.B. BSK StGB II-BOMMER, Art. 263 N 1 ff.; CORBOZ, Volume II, Art. 263 N 1 ff.; DONATSCH/WOHLERS, 244 ff.; DUPUIS et al., Art. 263 N 1 ff.; GRAVEN, *infrac*, 246 ff.

¹⁰²³ BSK StGB II-BOMMER, Art. 263 N 8; CORBOZ, Volume II, Art. 263 N 2; SEELMANN/GETH, 224; STRATENWERTH/BOMMER, § 40 N 57.

Schuldfähigkeit führt nicht zu dessen Anwendung.¹⁰²⁴ Bei der Rauschtat handelt es sich nach herrschender Lehre um eine objektive Strafbarkeitsbedingung.¹⁰²⁵

Liegt jedoch eine *actio libera in causa* vor, so tritt Art. 263 StGB als subsidiäre Bestimmung hinter die Bestrafung der Rauschtat zurück.¹⁰²⁶ Die Norm ist nur anzuwenden, wenn „sämtliche Formen strafbarer *actio libera in causa* ausgeschlossen sind.“¹⁰²⁷ Dies gilt auch für den Fall der fahrlässigen *actio libera in causa*.¹⁰²⁸ Der Anwendungsfall für Art. 263 StGB ist insbesondere gegeben, wenn für das betreffende Delikt keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit vorgesehen ist oder wenn der Täter die spätere Rauschtat nicht vorhersehen konnte.¹⁰²⁹

b) Der vorverschuldete Affekt

aa) Die Anwendung der *actio libera in causa* auf den vorverschuldeten Affekt

Wie einleitend ausgeführt, wird beim Affekt eine Mitverantwortung des Täters bei dessen Entstehung in verschiedener Weise beachtet. Man spricht in diesem Zusammenhang häufig vom „*vorverschuldeten Affekt*“.¹⁰³⁰ Diese Begrifflichkeit entspringt der deutschen Strafrechtswissenschaft. Dort wird ein vorverschuldeter Affekt regelmässig von der Exkulpation ausgeschlossen. Gegenüber dem Täter wird ein Schuldvorwurf, der sich auf ein vor der eigentlichen Tat

¹⁰²⁴ BSK StGB II-BOMMER, Art. 263 N 7; vgl. auch DUPUIS et al., Art. 19 N 33; STRATENWERTH/BOMMER, § 40 N 56.

¹⁰²⁵ BGE 104 IV 249, E. 2a; CORBOZ, Volume II, Art. 263 N 1; DONATSCH/TAG, 282; DUPUIS et al., Art. 263 N 4; REHBERG, Kriminalistik 1983, 507; SEELMANN/GETH, 224; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 263 N 2; differenzierend BSK StGB II-BOMMER, Art. 263 N 15; DONATSCH/WOHLERS, 244 f.; STRATENWERTH/BOMMER, § 40 N 61 ff.; kritisch TRECHSEL/NOLL, 163.

¹⁰²⁶ BGE 104 IV 249, E. 2b; CORBOZ, Volume II, Art. 263 N 7; RIKLIN, AT I, § 15 N 45; SEELMANN/GETH, 224; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 24; vgl. auch DUPUIS et al., Art. 19 N 34; CR CP I-MOREILLON, Art. 19 N 37 f.

¹⁰²⁷ BSK StGB II-BOMMER, Art. 263 N 12; vgl. auch BGE 120 V 224, E. 3a; GRAVEN, *infraction*, 248; REHBERG, Kriminalistik 1983, 507; STRATENWERTH/BOMMER, § 40 N 60.

¹⁰²⁸ SEELMANN/GETH, 224.

¹⁰²⁹ Vgl. auch BSK StGB II-BOMMER, Art. 263 N 12; andeutungsweise ebenso DONATSCH/WOHLERS, 249.

¹⁰³⁰ Kritisch bezüglich dieses Begriffs FRISCH, ZStW 1989, 555 ff., der den Terminus „vorverschuldete Affekttat“ vorzieht.

liegendes Versäumnis stützt, erhoben.¹⁰³¹ Dem Täter wird vorgehalten, den Affekt während der Entstehung durch für ihn mögliche und zumutbare Vorkehrungen nicht vermieden zu haben.¹⁰³² Die Figur des vorverschuldeten Affekts wurde vor allem durch die Rechtsprechung geschaffen und als Rechtsfolge wurde die Unbeachtlichkeit einer auf dem Affekt beruhenden ausgeschlossenen oder verminderten Schuldfähigkeit festgelegt.¹⁰³³ Im deutschen Schrifttum wird diese Haltung verschiedentlich kritisiert. So widerspricht es dem Schuldprinzip – insbesondere § 20 und § 21 D-StGB – wenn zur Schuldbegründung auf vor der Tat liegende Gegebenheiten zurückgegriffen wird; massgebend ist die Schuldfähigkeit zum Tatzeitpunkt. Dementsprechend wurde sich in der Lehre darum bemüht, eine dogmatisch saubere Begründung für die Unbeachtlichkeit der verminderten oder ausgeschlossenen Schuldfähigkeit beim vorverschuldeten Affekt zu finden. Dazu wird vor allem auf die Rechtsfiguren des unvermeidbaren Verbotsirrtums¹⁰³⁴ und der *actio libera in causa*¹⁰³⁵ zurückgegriffen.

In der schweizerischen Strafrechtspraxis ist die *actio libera in causa* überaus bedeutsam für Fälle, in denen ein Straftäter wegen der Einnahme von Alkohol, Betäubungsmitteln oder Drogen vermindert schuldfähig oder voll schuldunfähig war.¹⁰³⁶ Sie ist indes nicht auf solche Konstellationen beschränkt und ist grundsätzlich für jegliche Situationen relevant, in denen die Schuldfähigkeit

¹⁰³¹ Der vorverschuldete Affekt wird indes auch mit anderen dogmatischen Begründungen versehen. Ausführlich zum vorverschuldeten Affekt nach deutscher Lehre GEILEN, FS-Maurach, 182 ff.; RUDOLPHI, FS-Henkel, 206 ff.; MK-STRENG, § 20 N 83 ff. THEUNE, NStZ 1999, 278 ff.

¹⁰³² SALGER, FS-Tröndle, 213; kritisch ZERBES, 122 ff.

¹⁰³³ Vgl. dazu ausführlich FRISCH, ZStW 1989, 543 ff., mit Hinweisen auf verschiedene Urteile; MAATZ, Nervenarzt 2005, 1396 f.

¹⁰³⁴ KRÜPELMANN, Strafrechtliche Beurteilung, 36 f.; KRÜPELMANN, FS-Welzel, 341; RUDOLPHI, FS-Henkel, 207 ff.; vgl. auch SALGER, FS-Tröndle, 213; zu Recht kritisch dazu FRISCH, ZStW 1989, 560 ff.; ROXIN, AT I, § 20 N 17.

¹⁰³⁵ FISCHER, § 20 N 34; GEILEN, FS-Maurach, 182; SSW StGB-KASPAR, § 20 N 65; KINDHÄUSSER, § 20 N 12 f.; ROXIN, AT I, § 20 N 18 m.w.H.; SCHÖNKE/SCHRÖDER-PERRON/WEIBER, § 20 N 15a; andeutungsweise ebenso FRISCH, ZStW 1989, 558 ff.; MAATZ, Nervenarzt 2005, 1395 f.; differenzierend SALGER, FS-Tröndle, 216; MK-STRENG, § 20 N 85 ff.; kritisch gegen die Anwendung der *actio libera in causa* bei Affektdelikten THEUNE, NStZ 1999, 280. Auch die österreichische Lehre anerkennt die Anwendung der *actio libera in causa* auf den Affekt; vgl. WK-HÖPFEL, § 11 N 9; ZERBES, 133 ff.; kritisch WK-MOOS, § 76 N 14.

¹⁰³⁶ BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 86.

des Täters aus Gründen, welche in gewisser Weise seiner Kontrolle unterlagen, ausgeschlossen war. Dies gilt insbesondere auch für den Affekt.¹⁰³⁷

Der Zustand der verminderten oder ausgeschlossenen Schuldfähigkeit muss vom Täter selbstverschuldet verursacht worden sein. In Anlehnung an die Entschuldbarkeit des Affekts sind dabei insbesondere die Ausgangssituation und das Verhalten des Täters zu beachten.¹⁰³⁸ Hat der Täter zu einer Situation beigetragen, in welcher es erfahrungsgemäss zu starken emotionalen Reaktionen kommt oder welche der Täter sogar bereits ähnlich erlebt hat und dabei in einen Affekt geriet, so liegt eine selbstverschuldete heftige Gemütsbewegung vor. Vorausgesetzt ist, dass der Täter die Entstehung beziehungsweise die Auswirkungen des Affekts überhaupt hätte vermeiden können. Fehlt es daran, so kann kein vorgelagertes Verschulden des Täters angenommen werden. Die Vermeidbarkeit des Affekts alleine genügt jedoch nicht zur Annahme einer *actio libera in causa*. Vielmehr müssen die zusätzlichen Anforderungen der vorsätzlichen oder fahrlässigen *actio libera in causa* erfüllt sein. Der Täter muss dazu im Zeitpunkt der Vermeidbarkeit des Affekts erkannt haben oder hätte zumindest bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen müssen, dass er unter dem Einfluss einer heftigen Gemütsbewegung möglicherweise eine Straftat begeht.¹⁰³⁹

bb) Vorsätzlich vorverschuldeter Affekt

Die vorsätzliche *actio libera in causa* verlangt, dass der Täter die Möglichkeit, dass er in den Zustand der Schuldunfähigkeit kommt und darin eine Straftat begeht, erkennt und in Kauf nimmt. Für ein Affektdelikt bedeutet dies, dass der Täter die Entstehung der heftigen Gemütsbewegung und deren Folgen mindestens als potentiell voraussieht, dieser Entwicklung nicht entgegensteuert und sie somit in Kauf nimmt.¹⁰⁴⁰ Damit verfügt er über den notwendigen Doppelvorsatz hinsichtlich der Entstehung der heftigen Gemütsbewegung und der später folgenden Affekttat.

In der deutschen Lehre wird gegen die Anwendung der *actio libera in causa* auf den Affekt vorgebracht, dass der Täter nicht den nötigen Doppelvorsatz

¹⁰³⁷ BSK StGB I-BOMMER, Art. 19 N 86; HURTADO POZO, *Partie générale*, 877; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 35; vgl. auch STRATENWERTH, *Schuldausschluss*, 493 f.

¹⁰³⁸ Vgl. dazu insb. hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb) (2) und (3).

¹⁰³⁹ Für das deutsche Recht ebenso FRISCH, ZStW 1989, 565 ff.; RUDOLPHI, FS-Henkel, 210; SCHÖNKE/SCHRÖDER-PERRON/WEIBER, § 20 N 15a. Ähnlich für das österreichische Recht ZERBES, 136 f.

¹⁰⁴⁰ Ähnlich im deutschen Recht SCHÖNKE/SCHRÖDER-PERRON/WEIBER, § 20 N 15a.

bilden könne. So werde der Affekt nicht durch aktives Tun herbeigeführt, sondern höchstens nicht verhindert.¹⁰⁴¹ Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass eine Affektentstehung stark umgebungsgeprägt ist, da Emotionen regelmässig auf äussere Reize folgen.¹⁰⁴² Das Verhalten einer Person kann daher auf das eigene Emotionsbefinden wirken, wenn es typischerweise affektauslösende Umstände begünstigt. Dies gilt etwa für das Anzetteln eines Streits oder ähnlicher Situationen. Ausserdem ist es grundsätzlich möglich, das eigene Gefühlsleben steuernd zu beeinflussen.¹⁰⁴³ Sowohl die Schaffung einer emotionsauslösenden Situation als auch die Nichtverhinderung der Affektentstehung beziehungsweise -beherrschung kann vom Wissen und Willen der handelnden Person erfasst sein, weshalb diesbezüglich ein relevanter Vorsatz gebildet werden kann.¹⁰⁴⁴ Ist der relevante Vorsatz also nicht grundsätzlich auszuschliessen, so dürfte die Annahme einer vorsätzlichen *actio libera in causa* bei Affektdelikten häufig an der notwendigen Vorhersehbarkeit der heftigen Gemütsbewegung scheitern.¹⁰⁴⁵ So handelt es sich dabei um eine emotionale Extremsituation, welche nur in Ausnahmefällen entsteht. Daher wird der Täter diese nur in seltenen Fällen vorhersehen können.¹⁰⁴⁶ Fehlt ihm jedoch das Wissen über den späteren Zustand der verminderten oder eingeschränkten Schuldfähigkeit und die darin begangene Tat, so kann er dies nicht in Kauf genommen haben.

Insgesamt ist davon auszugehen, dass bei Affektdelikten kaum einmal von einer vorsätzlichen *actio libera in causa* auszugehen ist. Insbesondere ist so gut wie nie eine direkt vorsätzliche Variante denkbar, da über eine emotionale Sondersituation kein sicheres Wissen bestehen kann und sie auch nicht direkt angestrebt werden kann. Hat der Täter jedoch die Möglichkeit eines Affekts und der damit einhergehenden Tat erkannt und nimmt er sie in Kauf, so liegt eine vorsätzliche *actio libera in causa* vor. Ist dies der Fall, kann sich der Täter nicht auf eine ausgeschlossene oder eine verminderte Schuldfähigkeit berufen und wird bestraft, wie wenn er vollständig schuldfähig gewesen wäre.¹⁰⁴⁷

Das Erkennen der Möglichkeit einer im Affekt begangenen Tat und deren Inkaufnahme müssen bei noch vollständiger erhaltener Schuldfähigkeit vorhan-

¹⁰⁴¹ THEUNE, NSStZ 1999, 280.

¹⁰⁴² Vgl. vorne Erster Teil 1. Kap. C.

¹⁰⁴³ Vgl. vorne Erster Teil 2. Kap. A. IV. 2. und Erster Teil 2. Kap. B. II. 3.

¹⁰⁴⁴ Bei der Nichtverhinderung des Affekts folgt dies nicht zuletzt daraus, dass auch eine Nichthandlung vorsätzlich begangen werden kann (vorsätzliches echtes Unterlassungsdelikt).

¹⁰⁴⁵ Für das österreichische Recht ähnlich ZERBES, 144.

¹⁰⁴⁶ So für das deutsche Recht THEUNE, NSStZ 1999, 280.

¹⁰⁴⁷ Art. 19 Abs. 4 StGB.

den sein, um die Anwendung einer vorsätzlichen *actio libera in causa* zu ermöglichen.¹⁰⁴⁸ Gelangt der Täter erst im Zustand der verminderten Schuldfähigkeit zu dieser Erkenntnis, so kann ihm die Strafmilderung nach Art. 19 Abs. 2 StGB nicht versagt werden.

cc) Fahrlässig vorverschuldeter Affekt

Ein Affektdelikt ist fahrlässig durch den Täter vorverschuldet, wenn er die emotionale Sondersituation und das spätere Delikt im Zustand voller Schuldfähigkeit bei pflichtgemässer Vorsicht hätte voraussehen und vermeiden können. Im Unterschied zur vorsätzlichen *actio libera in causa* ist die Wissensproblematik über den Affekt und die dabei verübte Tat bei der fahrlässigen Variante kleiner. So handelt es sich um eine fahrlässige *actio libera in causa*, wenn der Täter das Affektdelikt sorgfaltswidrig nicht erkannte oder wenn er pflichtwidrig davon ausging, die Affektentstehung vermeiden beziehungsweise die heftige Gemütsbewegung kontrollieren zu können.¹⁰⁴⁹ Dementsprechend ist der Anwendungsbereich der fahrlässigen *actio libera in causa* beim Affekt grösser.

Von zentraler Bedeutung ist der Tathergang. Es ist zu prüfen, was der Täter hätte tun können und müssen, um der Affektentstehung und der Tatausführung entgegenzuwirken.¹⁰⁵⁰ Zu denken ist etwa, dass der Täter eine physische Auseinandersetzung unterlässt, einen Konflikt der Eskalation in straffreier Weise beendet, den Tatort verlässt oder keine Waffe zu einem Treffen mit einem Kontrahenten mitführt.¹⁰⁵¹ Es ist jedoch zu beachten, dass die sorgfaltspflichtwidrige Voraussicht nicht zu weit gezogen werden darf. Es kann nicht angehen, dass in der allgemeinen Lebensweise oder der konkreten Handlung des Täters bloss eine „moralische Entgleisung“ gesehen wird, in welcher er zwanghaft mit einer emotionalen Reaktion rechnen muss.¹⁰⁵² Dies würde das Abstellen auf eine eigentliche Lebensführungsschuld bedeuten, was nicht mit

¹⁰⁴⁸ Vgl. auch FRISCH, ZStW 1989, 572, für das deutsche Recht.

¹⁰⁴⁹ Ähnlich ROXIN, AT I, § 20 N 18, für das deutsche Recht.

¹⁰⁵⁰ So in Deutschland SCHÖNKE/SCHRÖDER-PERRON/WEIBER, § 20 N 15a.

¹⁰⁵¹ Vgl. auch FRISCH, ZStW 1989, 580, der verschiedene Beispiele aufzählt und ausführt: „[d]ie Mitnahme einer Waffe, wenn nach früheren Erfahrungen eine affektive Entgleisung möglich ist, ist insoweit ein typisches Beispiel.“; ähnlich SCHÖNKE/SCHRÖDER-PERRON/WEIBER, § 20 N 15a.

¹⁰⁵² Dies war in der älteren deutschen Rechtsprechung gebräuchlich; vgl. dazu kritisch und m.w.H. GEILEN, FS-Maurach, 183 f.

dem geltenden Schuldkonzept in Einklang zu bringen ist.¹⁰⁵³ Die Bewertung muss sich auf den konkreten Affekt und die darin ausgeführte Tat beziehen. Das heisst, nur die direkten Umstände sind miteinzubeziehen. Es muss eine konkrete sorgfaltswidrige Unvorsicht des Täters, die zum Affektdelikt geführt hat, vorliegen. Andernfalls würde lediglich Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Affekts zur Annahme der fahrlässigen *actio libera in causa* ausreichen. Dies kann jedoch nicht genügen.¹⁰⁵⁴ Es bedarf konkreter Anhaltspunkte, dass der Täter im Affekt delinquent oder dies tun könnte. Solche können etwa darin erblickt werden, dass er in ähnlichen Situationen bereits straffällig wurde¹⁰⁵⁵ oder die Situation – wie in den bereits beschriebenen Beispielen – unangemessen handhabt, sodass mit grosser Wahrscheinlichkeit mit einer heftig emotionalen Reaktion und einer strafbaren Handlung gerechnet werden muss.

Da für die fahrlässige *actio libera in causa* eine Pflichtwidrigkeit verlangt wird, stellt sich die Frage nach dem Pflichtinhalt. Dabei gelten zwei unterschiedliche Formen. Zum einen ist dies die Pflicht zur ordnungsgemässen Vorsicht und Reflexion über das eigene Handeln. Steht hingegen die pflichtwidrige Nichtvermeidung der eigenen Emotionen in Frage, so geht es um eine allgemeine „Pflicht zur Selbstzügelung“¹⁰⁵⁶. Diese beiden Formen lassen sich nicht direkt aus dem Gesetz entnehmen. Nur in Einzelfällen können normierte Regeln herangezogen werden – beispielsweise beim unsachgerechten Umgang mit einer Schusswaffe. Überwiegend geht es jedoch um Situationen, in denen sich der Täter nicht so verhalten hat, wie dies von einem besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und der sozialen Rolle des Handelnden erwartet werden könnte.¹⁰⁵⁷ Zu fordern ist jedoch stets, dass das

¹⁰⁵³ GEILEN, FS-Maurach, 183; vgl. auch KUNZ, ZstrR 2014, 49 f.; MATHYS, Leitfaden, 54; ROXIN, AT I, § 20 N 15; SCHWARZENEGGER, ZstrR 2000, 363.

¹⁰⁵⁴ Vgl. FRISCH, ZStW 1989, 566, der ebenfalls klar darauf hinweist, dass blosser Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Affekts nicht zur Unbeachtlichkeit einer ausgeschlossenen oder verminderten Schuldfähigkeit führen können; in Österreich ebenso ZERBES, 139.

¹⁰⁵⁵ Ähnlich FRISCH, ZStW 1989, 566.

¹⁰⁵⁶ FRISCH, ZStW 1989, 580; kritisch ZERBES, 135.

¹⁰⁵⁷ Dies richtet sich nach dem allgemeinen Gefahrensatz, wonach jeder, der eine Gefahrenzustand – vorliegend die Affektbegünstigung – hervorruft, alles Zumutbare zu tun hat, damit die Gefahr zu keiner Rechtsgutsverletzung führt; siehe dazu statt vieler BGE 106 IV 80, E. 4; HURTADO POZO, *Partie générale*, 565; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 98 ff.; SEELMANN/GETH, 473. Für das österreichische Recht ähnlich ZERBES, 145 f.

pflichtgemäße Verhalten tatsächlich eine reale Chance zur Entspannung der Situation gebracht hätte.¹⁰⁵⁸

Führt ein Affekt im Extremfall zur Schuldunfähigkeit des Täters und hätte er seinen emotionalen Ausnahmezustand sowie das darin begangene Delikt bei pflichtgemäßer Sorgfalt voraussehen und verhindern können, so ist er wegen der fahrlässigen Variante des Delikts zu bestrafen – praktisch relevant dürften insbesondere die fahrlässige Tötung oder die fahrlässige Körperverletzung sein.¹⁰⁵⁹ In der Regel wird dem Affekt allerdings höchstens schuldvermindernde Wirkung zugestanden. Dann kommt es im Rahmen der fahrlässigen *actio libera in causa* dennoch zu einer Bestrafung wegen der Vorsatztat, da dem Täter weiterhin ein gewisser diesbezüglicher Schuldvorwurf gemacht werden kann. Aufgrund des fahrlässigen Vorverschuldens des Täters hat die Strafmilderung nach Art. 19 Abs. 2 StGB bloss in eingeschränkter Weise zu erfolgen.¹⁰⁶⁰

dd) Notwendige Kenntnisse über den wesentlichen Geschehnisverlauf

Damit von einem vorverschuldeten Affekt im Sinne einer *actio libera in causa* ausgegangen werden kann, ist zu fordern, dass der Täter den späteren Geschehnisablauf wenigstens in seinen wesentlichen Zügen voraussehen konnte. Es muss ihm also im Zustand von erhaltener Schuldfähigkeit insbesondere bewusst gewesen sein oder er hätte zumindest bei pflichtgemäßem Verhalten voraussehen können, dass er in eine emotionale Ausnahmesituation geraten könnte und welches Delikt er aufgrund deren begehen könnte. Dementsprechend muss ihm zunächst bewusst sein oder hätte ihm bewusst sein müssen, dass er durch sein Verhalten in eine starke Gefühlsregung, welche zur verminderten oder ausgeschlossenen Schuldfähigkeit führt, gerät. Dazu genügt es im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre, wenn er zumindest erkennen konnte, dass er seine Beherrschungsfähigkeit affektbedingt verlieren oder ihm die Situationskontrolle erschwert werden könnte.¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁸ So in der österreichischen Lehre ZERBES, 139.

¹⁰⁵⁹ In der deutschen Lehre ebenso THEUNE, NSTZ 1999, 279; vgl. auch FRISCH, ZStW 1989, 570.

¹⁰⁶⁰ Vgl. dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 5. a) bb) (1); diese Einschränkung der Strafmilderung aufgrund des Fahrlässigkeitsverschuldens im Vorfeld wird auch in Deutschland vertreten; vgl. FRISCH, ZStW 1989, 574.

¹⁰⁶¹ So im deutschen Recht FRISCH, ZStW 1989, 572 f.

Ausserdem muss der Täter die später folgende Unrechtstat jedenfalls nach ihrer Art vorhergesehen haben oder er hätte sie vorhersehen können.¹⁰⁶² Es genügt dabei zwar die Voraussicht des wesentlichen Geschehnisablaufs und der Art des Delikts, indes kein allgemeines Wissen über emotionale Abfälligkeiten. Die bloss Kenntnis darum, dass eine Person zu Gefühlsausbrüchen und Unbeherrschtheiten neigt, begründet noch keine notwendige Voraussicht des wesentlichen Geschehnisablaufs.¹⁰⁶³ In einem solchen Fall ist ein Fehlverhalten zwar nicht ausgeschlossen, es liegt jedoch noch nicht so nahe, dass bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit eine bestimmte Straftat vorhergesehen werden müsste.¹⁰⁶⁴ Dies bedeutet für die Annahme eines vorverschuldeten Affekts, dass über eine bloss allgemeine emotionale Unausgeglichenheit hinausgehende Anhaltspunkte vorliegen müssen. Solche können etwa darin liegen, dass der Täter bereits früher in einer gleichen Situation in eine heftige Gemütsbewegung geriet und zu strafbaren Handlungen schritt.¹⁰⁶⁵ Ebenfalls beachtlich ist, wenn sich der Täter selber so an der Situation beteiligt, dass ihm klar sein muss, dass er in eine emotionale Erregung geraten und infolgedessen eine rechtswidrige Handlung begehen könnte. Dies ist etwa anzunehmen, wenn der Täter die Ausgangssituation – insbesondere einen Streit oder eine andere Auseinandersetzung mit dem Opfer – massgeblich selber verschuldet oder zumindest mitverursacht.¹⁰⁶⁶ Dabei muss aber die konkrete Gefahr einer im Affekt begangenen Straftat bestehen und erkannt werden; es kann nicht genügen, wenn bloss eine abstrakte diesbezügliche Möglichkeit besteht.¹⁰⁶⁷

ee) Fazit zum vorverschuldeten Affekt

Da bei Affektdelikten in der Regel nur eine verminderte und keine ausgeschlossene Schuldfähigkeit im Raum steht, bedeutet dies, dass dem Täter grundsätzlich eine Strafmilderung zugesprochen werden muss.¹⁰⁶⁸ Sind jedoch die Voraussetzungen der vorsätzlichen *actio libera in causa* gegeben, entfällt

¹⁰⁶² Für das deutsche Recht ebenso RUDOLPHI, FS-Henkel, 211.

¹⁰⁶³ BGE 120 IV 169, E. 2d; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 23.

¹⁰⁶⁴ BGE 120 IV 169, E. 2d.

¹⁰⁶⁵ Das BGer pflegt auf einschlägige Vorstrafen abzustellen; vgl. BGer, Urteil vom 10. September 2012, 6B_58/2012, E. 5.4.

¹⁰⁶⁶ Vgl. auch die diesbezüglichen Ausführungen bei der Entschuldbarkeit der heftigen Gemütsbewegung bei Art. 113 StGB hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb) (2).

¹⁰⁶⁷ Vgl. dazu ausführlich FRISCH, ZStW 1989, 584 ff.

¹⁰⁶⁸ Gleiches wird auch in Deutschland vertreten; vgl. FRISCH, ZStW 1989, 551 f.; RUDOLPHI, FS-Henkel, 214, der fordert, dass bei einem Affektdelikt in jedem Fall eine gemilderte Strafe auszusprechen ist.

diese Strafmilderung in Anwendung von Art. 19 Abs. 4 StGB. Handelt es sich lediglich um ein fahrlässiges Vorverschulden, so kommt es dennoch zu einer Strafmilderung; diese wird jedoch nur in eingeschränktem Mass berücksichtigt.¹⁰⁶⁹

Die volle Strafbarkeit trotz schuldausschliessendem Affekt steht eigentlich im Widerspruch zum Schuldprinzip. Mit der Anwendung der *actio libera in causa* auf den Affekt werden kriminalpolitische Interessen verfolgt.¹⁰⁷⁰ So wird befürchtet, dass es gerade bei Tötungsdelikten zu einer zu häufigen Ex- beziehungsweise Dekulpierung kommen würde.¹⁰⁷¹

Solche Gründe dürfen jedoch nicht dazu führen, dass die Berücksichtigung des Vorverschuldens zu weit ausgedehnt wird. Würde man etwa davon ausgehen, dass bereits mit dem Ergreifen einer Waffe notwendigerweise mit dem Aufkommen von heftigen Emotionen gerechnet werden muss, so bedeutet dies nichts anderes, als dass eine schuldausschliessende beziehungsweise schuld-mildernde Wirkung des Affekts praktisch ausgeschlossen wäre.¹⁰⁷² Mit einer so weitgehenden Beachtung des Vorverschuldens beim Affekt würde das Schuldprinzip in Frage gestellt werden.¹⁰⁷³

Sind die Voraussetzungen der *actio libera in causa* nicht erfüllt und kommt es im Extremfall zu einer vollständigen Schuldunfähigkeit aufgrund des Affekts, so ist eine Bestrafung des Täters ausgeschlossen, da Art. 263 StGB nach klarem Wortlaut nur auf Rauschzustände ausgelegt ist. Haben beim Affekt allerdings vorwiegend konstellative Faktoren, insbesondere ein durch Alkoholkonsum verursachter Rausch, eine Rolle gespielt und führen erst diese zur vollständigen Aufhebung der Schuldfähigkeit, so kommt es dennoch zu einer Anwendung von Art. 263 StGB.¹⁰⁷⁴

Nicht zu verwechseln ist der vorverschuldete Affekt mit der forensischen Frage nach sogenannten *Vorgestalten*. Dabei handelt es sich um ein Merkmal, welches gegen die Annahme eines Affektdelikts spricht.¹⁰⁷⁵ Der Gutachter hat zu untersuchen, ob vor der Tat schon eine Auseinandersetzung mit aggressiven

¹⁰⁶⁹ Vgl. zur Begründung dieser Rechtsfolge vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 5. a) bb) (1).

¹⁰⁷⁰ So etwa RUDOLPHI, FS-Henkel, 206; vgl. auch THEUNE, NSTZ 1999, 279 f.

¹⁰⁷¹ Vgl. auch ROXIN, AT I, § 20 N 16 m.w.H., der diese Befürchtungen jedoch ablehnt.

¹⁰⁷² Vgl. auch GEILEN, FS-Maurach, 180 f., der sich dabei jedoch auf die Zurechnungsfrage bei Blutausch-Fällen bezieht.

¹⁰⁷³ Für Deutschland ähnlich ROXIN, AT I, § 20 N 16.

¹⁰⁷⁴ Für Deutschland wird Gleiches für die Anwendung von § 323a D-StGB vorgebracht; MAATZ, Nervenarzt 2005, 1398 f.

¹⁰⁷⁵ Es ist so im SAß-Katalog enthalten; vgl. vorne Erster Teil 1. Kap. D. II. 1.

Inhalten stattfand. Die Bejahung davon kann zur Annahme der erhaltenen Steuerungsfähigkeit zum Tatzeitpunkt führen.¹⁰⁷⁶ Bei den Vorgestalten handelt es sich um einen forensisch-psychiatrischen und keinen juristischen Begriff, welcher nichts mit dem juristischen Konzept des vorverschuldeten Affekts zu tun hat.¹⁰⁷⁷

B. Berücksichtigung von Affekten bei der Strafzumessung

Wie bisher gezeigt, kann einer Affektlage des Täters bei verschiedenen Elementen des Verbrechensaufbaus Bedeutung zukommen. Führt der Affekt jedoch nicht zur völligen Exkulpation des Täters, handelt dieser schuldhaft und wird mit einer Strafe belegt. Im Folgenden soll untersucht werden, ob und wie eine besondere psychische Verfassung des Täters, die ihn zum Tatzeitpunkt in seiner Beherrschungsfähigkeit einschränkte, bei der Strafzumessung zu beachten ist.

I. Die Strafzumessung

Handelt ein Täter rechtswidrig und schuldhaft, so ist gegen ihn eine Sanktion auszusprechen. Grundlage bildet dabei die im Tatbestand des Besonderen Teils des StGB festgesetzte Strafdrohung. Gerade im schweizerischen Strafrecht, welches sich durch weite Strafrahmen auszeichnet,¹⁰⁷⁸ bedarf es weiterer Schritte, um die genaue Strafhöhe festzulegen.

Zunächst ist zu untersuchen, ob das Verhalten des Täters überhaupt zu sanktionieren ist. Es sind allfällige *Strafbefreiungsgründe* (Art. 52-55 StGB) zu prüfen. Danach sind die *Art* und die *Höhe* der Strafe festzulegen. Dazu ist zu beurteilen, ob der im Besonderen Teil für die betreffende Tat vorgegebene Strafrahmen anzupassen ist. Liegen Schuldmilderungsgründe vor, wird er nach unten erweitert (Strafmilderung), hat der Täter mehrere Taten in echter Konkurrenz erfüllt, erfolgt eine Ausdehnung nach oben (Strafschärfung). Erst wenn der Strafrahmen festgelegt ist, erfolgt die konkrete Strafzumessung; das

¹⁰⁷⁶ Ausführlich dazu HOFF, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2010, 242 ff.; HOFF, Vorgestalten, 95 ff.

¹⁰⁷⁷ Vgl. HOFF, Vorgestalten, 97 ff.; KRÜPELMANN, Strafrechtliche Beurteilung, 34 ff.

¹⁰⁷⁸ DUBS, ZStW 1982, 161 f.; HUG, forumpoenale 2011, 365; KILLIAS et al., 1009; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 73; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 1; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 5.

heisst, die Festlegung der genau bezifferten Strafe – auch Strafzumessung im engeren Sinne genannt. Dabei kann die Strafe innerhalb dieses Rahmens entsprechend den vorliegenden Umständen höher (Straferhöhung) oder tiefer (Strafmilderung) ausfallen. Je nach Delikt und festgelegter Strafhöhe stehen dem Gericht verschiedene Strafarten zur Verfügung, woraus die geeignete zu wählen ist. Die Richter haben, sofern es die Strafhöhe zulässt, ausserdem über den bedingten Vollzug der Strafe zu entscheiden.¹⁰⁷⁹

Der Affekt ist bei der Strafzumessung vor allem bei zwei Aspekten zu berücksichtigen: bei der Strafmilderung und bei der konkreten Strafzumessung. Zwar können sich bei einer Affekttat auch andere Fragen der Sanktionsfestlegung stellen, diese sind aber nicht vorwiegend mit der heftigen Gemütsbewegung verknüpft. So kann in einem bestimmten Fall etwa eine Strafbefreiung nach Art. 52 StGB möglich sein. Nach dieser Bestimmung ist eine Tat nicht mit Strafe zu belegen, wenn die Schuld des Täters und die Tatfolgen gering sind. Der Affekt könnte unter Umständen die Schuld des Täters als vermindert erscheinen lassen. Dazu müssen jedoch kumulativ unerhebliche Tatfolgen hinzukommen. So ist dieser Strafbefreiungsgrund vorwiegend dazu geschaffen, bei Bagatelldelikten auf Strafe verzichten zu können.¹⁰⁸⁰ Die geringen Tatfolgen und nicht der Affekt stehen im Vordergrund. Dementsprechend beschränkt sich die folgende Darstellung auf die beiden erwähnten Themenbereiche.

II. Der Affekt als Strafmilderungsgrund

1. Allgemeines zur Strafmilderung und deren Wirkung

Zur Festlegung von Art und Höhe der Strafe ist zunächst von der Strafdrohung aus dem Besonderen Teil auszugehen. Diese kann nach unten erweitert werden, wenn ein *Strafmilderungsgrund* vorliegt.¹⁰⁸¹ Solche Gründe sind im Ge-

¹⁰⁷⁹ Vgl. zum schematischen Ablauf der Strafzumessung SCHWARZENEGGER, FS-Wiprächtiger, 33 ff.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 58 ff.; SEELMANN/GETH, 592 ff.; vgl. auch KOCH, 137 f.; ob in der Praxis indes jeweils ein derart schemenhaftes Vorgehen gewählt wird, kann bezweifelt werden; ALBRECHT, ZStrR 1991, 51; BSK StGB I-; MATHYS, Leitfaden, 23 ff.; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 87, weisen darauf hin, dass keine allgemein anerkannte, gebräuchliche Systematik existiert; in der Praxis ist zuweilen ein Streben nach systematischen Zumessungsansätzen auszumachen; BGE 136 IV 55.

¹⁰⁸⁰ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 62 f.; STRATENWERTH, AT II, § 7 N 5; vgl. jedoch zur Strafbefreiung bei der Beschimpfung hinten Zweiter Teil 2. Kap. B. II. 1. c).

¹⁰⁸¹ Bei einem anderen Begriffsverständnis wird nur dann von Strafmilderung ausgegangen, wenn tatsächlich eine Strafe unterhalb des ordentlichen Strafrahmens ausgespro-

setz in verschiedenen Bestimmungen vorgesehen:¹⁰⁸² sowohl im Allgemeinen¹⁰⁸³, als auch im Besonderen Teil.¹⁰⁸⁴

Die *Wirkung* einer Strafmilderung ist Art. 48a StGB zu entnehmen. Das Gericht ist nicht mehr an die in der Strafdrohung festgesetzte Mindeststrafe gebunden. Das im Besonderen Teil festgelegte Strafminimum fällt weg.¹⁰⁸⁵ Es kann sogar auf eine andere als die angedrohte Strafart entschieden werden, wobei die gesetzlichen Höchst- beziehungsweise Mindestmasse der Strafarten weiterhin den Rahmen vorgeben.¹⁰⁸⁶ Die Strafmilderung reagiert einerseits darauf, dass sich der ordentliche Straffrahmen bei Vorliegen von ausserordentlichen Umständen als zu eng erweist.¹⁰⁸⁷ Andererseits werden mit einer Strafmilderung teilweise unter rechtstaatlichen Gesichtspunkten bedenklich weitreichende Straffrahmen geschaffen – im Extremfall von einem Franken Busse bis zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe.¹⁰⁸⁸

Mit der AT-Revision 2007 wurde die Strafmilderung in den meisten Fällen obligatorisch gemacht. Liegt ein Strafmilderungsgrund vor, muss das Gericht den Straffrahmen nach unten anpassen.¹⁰⁸⁹ In der Praxis wird die Strafe allerdings trotz Vorliegen eines Strafmilderungsgrunds in der Regel innerhalb des ordentlichen Straffrahmens angesetzt. Nach bundesgerichtlicher Rechtspre-

chen wird; so etwa StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Vor Art. 48 N 2.

¹⁰⁸² StGB Kommentar-HUG, Art. 48a N 1; SCHWARZENEGGER, FS-Wiprächtiger, 33 f.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 76; SEELMANN/GETH, 600; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 93.

¹⁰⁸³ Z.B. Art. 11 Abs. 4, Art. 16 Abs. 1, Art. 18 Abs. 1, Art. 19 Abs. 2, Art. 22 oder insbesondere die Spezialbestimmung in Art. 48 StGB.

¹⁰⁸⁴ Z.B. Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2, Art. 173 Ziff. 4, Art. 174 Ziff. 3 oder Art. 308 StGB.

¹⁰⁸⁵ KILLIAS et al., 1011; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art 48a N 1; vgl. auch DUBS, ZStW 1982, 162; NAY, ZStrR 1994, 180; SCHWARZENEGGER, FS-Wiprächtiger, 34.

¹⁰⁸⁶ Art. 48a Abs. 2 StGB.

¹⁰⁸⁷ MAHAIM, 238; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 1.

¹⁰⁸⁸ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 91; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art 48a N 1.

¹⁰⁸⁹ Botschaft StGB 1998, 2601, GREINER, 104 f.; StGB Kommentar-HUG, Art. 48a N 3; MAHAIM, 239; CR CP I-PELLET, Art. 48a N 1; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 76 f.; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 106; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 48 N 1; TAG/GRUBMILLER, 131; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Vor Art. 48 N 1; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 4, Art 48a N 1; damit nahm die Revision einen schon zuvor eingeleiteten Prozess der Umwandlung von fakultativen in obligatorische Milderungsgründe explizit ins Gesetz auf; vgl. zur diesbezüglichen Situation vor der Revision, ARZT, recht 1994, 146 f.

chung darf die untere Strafgenze des ordentlichen Strafrahmens nur bei Vorliegen von aussergewöhnlichen Umständen unterschritten werden.¹⁰⁹⁰ Zu widersprechen ist dem Bundesgericht jedoch, wenn es ausführt, dass sich der „der ordentliche Strafrahmen durch Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe nicht automatisch erweitert.“¹⁰⁹¹ Richtigerweise führt die Strafmilderung wie soeben beschrieben tatsächlich zu einer Erweiterung des Strafrahmens, indem das Gericht nicht mehr an die vorgesehene Begrenzung gebunden ist.¹⁰⁹² Die Anpassung des Strafrahmens nach unten bedeutet indes nicht, dass der ordentliche Strafrahmen tatsächlich zu verlassen ist. Dies ist nur möglich, wenn dem Täter bei der konkreten Strafzumessung lediglich ein sehr geringes Verschulden attestiert wird.¹⁰⁹³

Dennoch sind Strafmilderungsgründe keineswegs bedeutungslos. Ihnen wird in der Regel schuld-mildernder Charakter zugemessen und sie führen dementsprechend zu einer geringeren Strafe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens. SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH folgern: „Die Strafmilderungsgründe sind zudem, ja sogar in erster Linie Strafminderungsgründe.“¹⁰⁹⁴ Diese strafmildernde Wirkung der Strafmilderung gilt als zwingend.¹⁰⁹⁵

¹⁰⁹⁰ BGE 136 IV 55, E. 5.8; vgl. auch BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art 48a N 5.

¹⁰⁹¹ BGE 136 IV 55, E. 5.8.

¹⁰⁹² Ebenfalls für eine zwingende Erweiterung des Strafrahmens SCHWARZENEGGER, FS-Wiprächtiger, 34; andeutungsweise ebenso KILLIAS et al., 1011; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Vor Art. 48 N 3.

¹⁰⁹³ Auch STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 48a N 2, verdeutlichen, dass die gemilderte Strafe durchaus innerhalb des ordentlichen Strafrahmens liegen kann; dem BGER im Ergebnis zustimmend StGB Kommentar-HUG, Art. 47 N 4a, Art. 48a N 4; HUG, forum-poenale 2011, 364 f.; KILLIAS et al., 1011; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Vor Art. 48 N 3; andeutungsweise ebenso SCHWARZENEGGER, FS-Wiprächtiger, 36.

¹⁰⁹⁴ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 74; vgl. auch BGE 116 IV 11, E. 2e; ARZT, recht 1994, 147; StGB Kommentar-HUG, Art. 47 N 4a; KIENER, ZStrR 2007, 378 f.; KILLIAS et al., 1211; KOCH, 139; MAHAIM, 238; MATHYS, Leitfaden, 114; MATHYS, SJZ 2004, 177; NAY, ZStrR 1994, 180; CR CP I-PELLET, Art. 48a N 24; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art 48a N 5.

¹⁰⁹⁵ StGB Kommentar-HUG, Art. 48a N 4; NAY, ZStrR 1994, 176; SCHWARZENEGGER, FS-Wiprächtiger, 40; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Vor Art. 48 N 3; zumindest implizit ebenso KILLIAS et al., 1211; vgl. auch PAREIN, 125 f.

2. Strafmilderung nach Art. 19 Abs. 2 StGB

Eine Affektlage des Täters kann zur Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit nach Art. 19 Abs. 2 StGB führen.¹⁰⁹⁶ Wird auf eine solche entschieden, hat das Gericht die Strafe zwingend zu mildern.¹⁰⁹⁷ Die Milderung richtet sich auch bei Art. 19 Abs. 2 nach Art. 48a StGB. Die Strafe wird jedoch auch im Falle einer verminderten Schuldfähigkeit regelmässig innerhalb des ordentlichen Strafrahmens angesetzt. Die Schuldverminderung ist allerdings nicht wirkungslos, sondern wirkt strafmindernd.¹⁰⁹⁸

3. Strafmilderung aufgrund einer heftigen entschuldbaren Gemütsbewegung (Art. 48 lit. c StGB)

a) Entstehung der Regelung

Gemäss Art. 48 lit. c StGB ist ein Täter milder zu bestrafen, wenn er in einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung handelte. Die Bestimmung wurde mit der Revision des Allgemeinen Teils neu gefasst und ersetzt das Handeln aus Zorn oder grossem Schmerz über eine ungerechtfertigte Reizung oder Kränkung (Art. 64 Abs. 4 aStGB).¹⁰⁹⁹ Mit der heutigen Fassung wurde eine sprachliche Aktualisierung vorgenommen und die Strafmilderung auf die umständehalber entschuldbare heftige Gemütsbewegung oder grosse seelische Belastung ausgeweitet.¹¹⁰⁰ Der Affekt wird damit als allgemeiner Strafmilderungsgrund für jegliche Delikte anerkannt.¹¹⁰¹

¹⁰⁹⁶ Vgl. dazu ausführlich vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 4.

¹⁰⁹⁷ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 76; DUPUIS et al., Art. 19 N 19; KILLIAS et al., 920; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 28; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 16.

¹⁰⁹⁸ Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 1. Kap. B. III. 2. a) aa).

¹⁰⁹⁹ STOOSS hingegen hatte das Ziel, die Provokation einzig im BT zu regeln; vgl. STOOSS, Prot. I, Bd 1, 244; vgl. auch CR CP I-PELLET, Art. 48 N 31; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 101.

¹¹⁰⁰ Botschaft StGB 1998, 2061; BGer, Urteil vom 1. Mai 2009, 6B_158/2009, E. 1.1; Urteil vom 27. August 2008, 6B_517/2008, E. 5.3.1; DUPUIS et al., Art. 48 N 19; GREINER, 105; KUHN, RJJ 2006, 242; MATHYS, Leitfaden, 176; CR CP I-PELLET, Art. 48 N 31; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 101; TAG/GRUBMILLER, 129; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 24.

¹¹⁰¹ BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 24; vgl. auch BGer, Urteil vom 13. Januar 2009, 6B_622/2008, E. 8.1; BGer, Urteil vom 27. August 2008, 6B_517/2008, E. 5.3.1; MOREILLON/MAIRE, JdT 2006, 119; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 101. Gleiches gilt im österreichischen Strafrecht mit der Bestimmung von § 34

Diesbezüglich kam es zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs.¹¹⁰² Hintergrund der Strafmilderung ist, dass der Täter aufgrund seines emotionalen Erregungszustands zum Tatzeitpunkt nur noch beschränkt in der Lage ist, sein Verhalten zu kontrollieren.¹¹⁰³

Die gegenwärtige Fassung entspricht wortwörtlich Art. 113 StGB. Zur Auslegung von Art. 48 lit. c StGB – insbesondere zur Frage, was als heftige Gemütsbewegung gilt und wann eine solche entschuldbar ist – wird auf die Literatur und Rechtsprechung zum Totschlag zurückgegriffen.¹¹⁰⁴ Da sich beide Bestimmungen sowohl grammatikalisch als auch inhaltlich entsprechen, können die erarbeiteten Regeln ohne Anpassung übernommen werden.¹¹⁰⁵ Die bezüglich Art. 113 StGB geschaffene Praxis ist jedoch mit derjenigen zu Art. 64 aStGB zu ergänzen.¹¹⁰⁶ Lehre und Rechtsprechung sind allerdings vorwiegend für den historisch bedeutsameren Totschlag entwickelt worden. Daher wird hier nur ein kurzer Überblick über die heftige Gemütsbewegung im Sinne von Art. 48 lit. c StGB gegeben. Verschiedene Einzelfragen werden beim Totschlag detailliert aufgearbeitet.¹¹⁰⁷

b) Der Affekt

Der zur Strafmilderung führende Affekt ist ein psychologischer Zustand emotionalen Ursprungs, wobei der Täter von einer starken Gefühlsregung überwäl-

Abs. 1 Ziff. 8 Ö-StGB; vgl. SbgK-BIRKLBAUER/SCHMIDTHUBER, § 34 N 65; MALECZY, 59.

¹¹⁰² BGer, Urteil vom 13. Januar 2009, 6B_622/2008, E. 8.1; BGer, Urteil vom 27. August 2008, 6B_517/2008, E. 5.3.1.

¹¹⁰³ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 83 mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur zu Art. 113 StGB; vgl. auch MATHYS, Leitfaden, 175.

¹¹⁰⁴ BGer, Urteil vom 28. Februar 2011, 6B_829/2010, E. 5.4; Urteil vom 1. Mai 2009, 6B_158/2009, E. 1.1; Urteil vom 13. Januar 2009, 6B_622/2008, E. 8.1; Urteil vom 27. August 2008, 6B_517/2008, E. 5.3.1; OGer ZH, Urteil vom 17. Februar 2014, SB130458, E. Sanktion 3.3; Urteil vom 22. Juni 2012, SB110610, E. C. 3.; StGB Kommentar-HUG, Art. 48 N 6; KUHN, RJJ 2006, 242; MAHAIM, 239; MATHYS, Leitfaden, 176; MOREILLON/BICHOVSKY, ZStrR 2010, 235; CR CP I-PELLET, Art. 48 N 32; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 24; vgl. auch BGer, Urteil vom 10. Juli 2012, 6B_246/2012, E. 2.4.1; Urteil vom 22. Mai 2009, 6B_105/2009, E. 3.1; KILLIAS et al., 1018; MOREILLON/MAIRE, JdT 2006, 119.

¹¹⁰⁵ MAHAIM, 240; CR CP I-PELLET, Art. 48 N 32J; vgl. auch MATHYS, Leitfaden, 176.

¹¹⁰⁶ MOREILLON/BICHOVSKY, ZStrR 2010, 235; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 24; vgl. auch BGer, Urteil vom 13. Januar 2009, 6B_622/2008, E. 8.1; Urteil vom 27. August 2008, 6B_517/2008, E. 5.3.1.

¹¹⁰⁷ Vgl. dazu ausführlich hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a).

tigt wird und seine Fähigkeit zur Einschätzung der Lage oder zur Selbstbeherrschung einschränkt wird.¹¹⁰⁸ Typischerweise wird die betroffene Person durch ein äusseres Geschehnis in den emotional aufgewühlten Zustand gebracht. So ist Art. 48 lit. c StGB insbesondere anwendbar, wenn der Täter durch eine ungerechte Reizung oder Kränkung zutiefst aufgebracht und dadurch zu einer spontanen Reaktion getrieben wurde.¹¹⁰⁹ Geht der Tatvorgang über längere Zeit, kann nicht mehr von einer situativen Reaktion gesprochen werden, weshalb das kausale Vorliegen eines Affekts zu verneinen ist.¹¹¹⁰

Die gesetzliche Neufassung im Zuge der AT-Revision macht deutlich, dass der Affekt nicht zwingend auf eine Reizung oder Kränkung zurückgeführt werden muss. Jegliche heftige Gemütsbewegung kann zur Anwendung der Strafmilderung nach Art. 48 lit. c StGB führen. Es sind nicht nur spezifische Emotionszustände erfasst.¹¹¹¹

Die in Art. 48 lit. c StGB ebenfalls erwähnte Variante der grossen seelischen Belastung entspricht nicht der klassischen Affekttat. Darunter fallen Verzweiflungszustände, welche über einen längeren Zeitraum entstehen, bis dem Täter die deliktische Handlung als alternativlose Lösungsmöglichkeit erscheint.¹¹¹² Auch zu dieser Variante kann auf die Auslegung nach Art. 113 StGB zurückgegriffen werden.¹¹¹³

¹¹⁰⁸ BGer, Urteil vom 10. November 2014, 6B_88/2014, E. 4.2; Urteil vom 10. Juli 2012, 6B_246/2012, E. 2.4.1; Urteil vom 21. November 2011, 6B_384/2011, E. 2.2; Urteil vom 20. Oktober 2009, 6B_395/2009, E. 6.6.2; Urteil vom 22. Mai 2009, 6B_105/2009, E. 3.1; Urteil vom 27. August 2008, 6B_517/2008, E. 5.3.2; HURTADO POZO, *Partie générale*, 1533; MATHYS, *Leitfaden*, 178; CR CP I-PELLET, Art. 48 N 32; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 82.

¹¹⁰⁹ BGE 104 IV 232, E. c; BGer, Urteil vom 21. November 2011, 6B_384/2011, E. 2.2; Urteil vom 22. Mai 2009, 6B_105/2009, E. 3.1; StGB Kommentar-HUG, Art. 48 N 6; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 26; vgl. auch BGer, Urteil vom 10. Juli 2012, 6B_246/2012, E. 2.4.1; Urteil vom 20. Oktober 2009, 6B_395/2009, E. 6.6.2.

¹¹¹⁰ BGer, Urteil vom 21. November 2011, 6B_384/2011, E. 2.3; Urteil vom 20. Oktober 2009, 6B_395/2009, E. 6.6.2.

¹¹¹¹ Vgl. dazu ausführlich hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) aa) (1).

¹¹¹² BGer, Urteil vom 22. Mai 2009, 6B_105/2009, E. 3.1. mit Verweis auf BGE 119 IV 202, E. 2a und 118 IV 233, E. 2a, wo es jedoch um die grosse seelische Belastung nach Art. 113 StGB geht.

¹¹¹³ Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. b).

c) Die Entschuldbarkeit des Affekts

Der Affekt wirkt nach dem Gesetzeswortlaut nur strafmildernd, wenn er – und nicht die Tat – entschuldigbar ist. Die Gefühlslage des Täters muss dafür psychologisch nachvollziehbar sein und die Tat darüber hinaus im Sinne einer normativen, ethischen Bewertung nach objektiven Gesichtspunkten milder erscheinen lassen.¹¹¹⁴ Dafür ist insbesondere erforderlich, dass der Täter die affektauslösende Situation nicht hauptverantwortlich selbst hervorrief.¹¹¹⁵ Die Emotionslage muss vielmehr auf Umständen beruhen, welche ausserhalb seiner Verantwortung liegen.¹¹¹⁶ Zu solchen Gegebenheiten zählt insbesondere das Verhalten eines späteren Opfers.¹¹¹⁷ Gibt dieses Anlass zur emotionalen Reaktion des Täters, ist die Entschuldbarkeit zu bejahen. Auch das Verhalten eines Dritten oder andere objektive Umstände können zur Beurteilung der Entschuldbarkeit beigezogen werden.¹¹¹⁸ Ist der Täter jedoch entscheidend an einer verbalen oder tätlichen Auseinandersetzung vor einem Raufhandel beteiligt, so hat er die Ausgangssituation erheblich mitzuverantworten und die durch Beleidigungen oder den Angriff des Opfers hervorgerufene Gemütsbewegung ist nicht entschuldigbar.¹¹¹⁹ Auch wer sich bewusst auf die Konfrontation mit einer bereits gereizten Person einlässt und daher erwarten muss, dass diese unbeherrscht reagieren könnte, kann sich nicht auf Art. 48 lit. c StGB berufen.¹¹²⁰ Die Person, die einen Streit mit ihrem Gegenüber selber verursacht, kann nicht anführen, dass sie im Rahmen dieser Auseinandersetzung in einen entschuldbaren Affekt geraten ist.¹¹²¹

Zur Beurteilung der Entschuldbarkeit wird danach gefragt, ob eine besonnene Durchschnittsperson der Rechtsgemeinschaft unter den gleichen Umständen

¹¹¹⁴ OGer ZH, Urteil vom 17. Februar 2014, SB130458, E. Sanktion 3.3; MATHYS, Leitfaden, 179; CR CP I-PELLET, Art. 48 N 33; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 83; vgl. ausführlich zur Entschuldbarkeit hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb).

¹¹¹⁵ BGer, Urteil vom 28. April 2015, 6B_187/2015, E. 5.3; Urteil vom 10. Juli 2012, 6B_246/2012, E. 2.4.1.

¹¹¹⁶ BGer, Urteil vom 10. Juli 2012, 6B_246/2012, E. 2.4.1; Urteil vom 22. Mai 2009, 6B_105/2009, E. 3.1. Ähnlich im österreichischen Recht WK-EBNER, § 34 N 20.

¹¹¹⁷ BGer, Urteil vom 21. November 2011, 6B_384/2011, E. 2.2; Urteil vom 22. Mai 2009, 6B_105/2009, E. 3.1.

¹¹¹⁸ BGer, Urteil vom 21. November 2011, 6B_384/2011, E. 2.2; Urteil vom 22. Mai 2009, 6B_105/2009, E. 3.1; vgl. auch MATHYS, Leitfaden, 179.

¹¹¹⁹ BGer, Urteil vom 27. August 2008, 6B_517/2008, E. 5.3.3; KantGer GR, Urteil vom 9. April 2010, SK1-10-1, E. 6cb; MATHYS, Leitfaden, 180.

¹¹²⁰ KantGer GR, Urteil vom 19. September 2009, AR GVP 21/2009, Nr. 3537, E. 2.

¹¹²¹ BGer, Urteil vom 22. Mai 2009, 6B_105/2009, E. 3.2.

ebenfalls in eine entsprechend heftige Gefühlserregung geraten wäre.¹¹²² Die gedankliche Durchschnittsperson wird zumindest dahingehend individualisiert, dass sie dem Täter nach Herkunft, Erziehung und täglicher Lebensführung entsprechen muss.¹¹²³ Wird beispielsweise eine sonst friedliebende Person verbal und handgreiflich provoziert, so erscheint es menschlich begreiflich, dass diese dadurch emotional zutiefst aufgewühlt wird und darum zu einer spontanen Fehlreaktion veranlasst werden kann.¹¹²⁴ Geringfügige Provokationen genügen demgegenüber nicht zur Annahme der Entschuldbarkeit; solche sind ungeeignet, einen besonnenen Menschen aus dem emotionalen Gleichgewicht zu bringen.¹¹²⁵ Da es sich um einen Vergleich mit einer ausgeglichenen Durchschnittsperson handelt, können abnorme Elemente in der Täterpersönlichkeit nicht zur Bejahung der Entschuldbarkeit beigezogen werden.¹¹²⁶

Die Praxis fordert für die Entschuldbarkeit des Affekts nach Art. 48 lit. c StGB in gewissen Entscheiden auch, dass es eine Verhältnismässigkeit zwischen der den Affekt auslösenden Provokation und der Reaktion des Täters gibt.¹¹²⁷ So sei der Stich mit einem Messer in den Thorax eine unverhältnismässige Reaktion auf einen Schlag im Rahmen eines Streits aufgrund einer politischen Diskussion.¹¹²⁸ Nach dem Obergericht Zürich sind der Angriff und die Drohung mit einem Beilhammer gegenüber der in flagranti beim Fremdgehen erwischten Partnerin und deren Liebhaber unangemessen zur Ausgangssituation.¹¹²⁹ Wenn die Gerichte bei der Frage nach der Entschuldbarkeit jedoch die Tat handlung in Vergleich mit der Provokation setzen, so widerspricht dies dem

¹¹²² BGer, Urteil vom 10. Juli 2012, 6B_246/2012, E. 2.4.1; Urteil vom 22. Mai 2009, 6B_105/2009, E. 3.1; MATHYS, Leitfaden, 179; vgl. dazu auch hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb) (1). Ein entsprechender, vergleichender Massstab wird bei der „allgemeinen Begreiflichkeit“ nach § 34 Abs. 1 Ziff. 8 Ö-StGB angewendet; vgl. SbgK-BIRKLBAUER/SCHMIDTHUBER, § 34 N 66; WK-EBNER, § 34 N 20.

¹¹²³ MATHYS, Leitfaden, 179.

¹¹²⁴ OGer ZH, Urteil vom 17. Januar 2012, SB110524, E. Strafzumessung 1.

¹¹²⁵ OGer ZH, Urteil vom 14. November 2011, SB110521, E. II. 2.2.2.; vgl. zur Beachtung der Ausgangssituation ausführlich hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb) (2).

¹¹²⁶ Dazu ausführlich hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb) (6).

¹¹²⁷ BGer, Urteil vom 10. Juli 2012, 6B_246/2012, E. 2.4.1; Urteil vom 13. Januar 2009, 6B_622/2008, E. 8.2; Urteil vom 27. August 2008, 6B_517/2008, E. 5.3.2.; vgl. auch OGer ZH, Urteil vom 30. April 2012, SB110690, E. Rechtliche Würdigung 3.3.2.2. Gleiches wurde schon unter Geltung von Art. 64 aStGB angenommen; vgl. BGer, Urteil vom 5. Juli 2004, 6S.119/2004, E. 2.5; in der Lehre ebenso MATHYS, Leitfaden, 178.

¹¹²⁸ BGer, Urteil vom 10. Juli 2012, 6B_246/2012, E. 2.4.2.

¹¹²⁹ OGer ZH, Urteil vom 30. April 2012, SB110690, E. Rechtliche Würdigung 3.3.2.2.

Grundsatz, dass einzig der Affekt und nicht die Tat entschuldbar sein muss. Die Verhältnismässigkeit zwischen Provokation und Reaktion ist keine relevante Bedingung für die Entschuldbarkeit der Emotionslage. Es ist einzig danach zu fragen, ob ein Anlass – beispielsweise ein Schlag im Rahmen eines Streits – auch bei einem besonnenen Menschen eine heftige Gemütsbewegung hervorgerufen hätte.¹¹³⁰ Dass das Verhältnismässigkeitskriterium nichts mit dem Affekt, sondern bloss mit der Tat zu tun hat, zeigt der soeben erwähnte Entscheid des Zürcher Obergerichts. Dem Täter wird zwar attestiert, dass er auf das Vorfinden seiner Partnerin mit einem Geliebten erzürnt und verletzt war. Diese emotionale Reaktion wird auch als nachvollziehbar betitelt. Trotzdem wird die Strafmilderung nach Art. 48 lit. c StGB wegen Unverhältnismässigkeit der Reaktion auf die Fremdbeziehung abgelehnt.¹¹³¹

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine Strafmilderung nach Art. 48 lit. c StGB immer dann anzuwenden ist, wenn der Täter zum Tatzeitpunkt unter dem Einfluss eines Affekts spontan zur Tat schritt. Einschränkend ist für die Entschuldbarkeit vorausgesetzt, dass die Entstehung der heftigen Gemütsbewegung menschlich nachvollziehbar ist – also bei einer anderen Person in der gleichen Situation auch hervorgerufen worden wäre – und sie nicht überwiegend vom Täter selbstverschuldet wurde. Ist dies gegeben, erscheint die Tat in einem milderen Licht und die Strafe des Täters ist zu reduzieren.

d) Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich von Art. 48 lit. c StGB ist unklar. Es stellt sich zunächst die Frage, ob ein provozierte Affekt unter dieser Bestimmung zu beachten ist oder ob die Strafmilderung wegen einer Provokation gemäss Art. 48 lit. b StGB greift.¹¹³² SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH gehen diesbezüglich davon aus, dass einzig Art. 48 lit. b StGB anzuwenden ist, wenn eine Provokation durch das Opfer vorliegt.¹¹³³ Dem ist nicht zuzustimmen. Wie die vorangehenden Ausführungen zur Definition des Affekts im Sinne von Art. 48 lit. c StGB zeigen, ist eine Reizung beziehungsweise eine Kränkung typischerweise der Auslöser für die heftige Gemütsbewegung. Litera c ist im Verhältnis zu Litera b die speziellere Bestimmung, da Erstere nur Provokationen, welche zu

¹¹³⁰ Die gleiche Fehlüberlegung wird auch beim Totschlag angestellt; vgl. hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb) (8).

¹¹³¹ OGer ZH, Urteil vom 30. April 2012, SB110690, E. Rechtliche Würdigung 3.3.2.2.
¹¹³² Art. 48 lit. b StGB.

¹¹³³ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 82; differenzierend BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 27.

einem Affekt führen, erfasst. Handelt der Täter in einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung, ist dies nach Art. 48 lit. c StGB zu beurteilen; diese Bestimmung geht Art. 48 lit. b StGB als *lex specialis* vor. Praktische Bedeutung kommt dieser Frage dahingehend zu, dass der Affekt bei der konkreten Strafzumessung zu berücksichtigen ist.¹¹³⁴ Wird die Provokation und nicht der Affekt beachtet, so bleibt die verschuldensvermindernde Wirkung der heftigen Gemütsbewegung unbeachtet.

Eine weitere Abgrenzungsproblematik ergibt sich zu Art. 48 lit. a Ziff. 2 StGB. So ist gerade der Fall einer grossen seelischen Belastung kaum von der schweren Bedrängnis im Sinne von Art. 48 lit. a Ziff. 2 StGB zu unterscheiden.¹¹³⁵ Eine Lösung bietet hier PIGNAT. Er will Art. 48 lit. c StGB nur auf Straftaten gegen die bedeutsamsten Rechtsgüter anwenden. Für Delikte zum Schutz weniger wichtiger Rechtsgüter soll die schwere Bedrängnis, bei der keine Entschuldbarkeit vorausgesetzt ist, zur Anwendung gelangen.¹¹³⁶ Diesem Vorschlag wird entgegengehalten, dass er keine Grundlage im Gesetz hat und dementsprechend wird eine parallele Anwendung beider Strafmilderungsgründe befürwortet.¹¹³⁷ Zumindest im Ergebnis ist erster Meinung zuzustimmen. So wird bei der schweren Bedrängnis im Sinne von Art. 48 lit. a Ziff. 2 StGB auf eine notstandsähnliche Situation abgestellt. Entsprechend zum Notstand wird darum die Verhältnismässigkeit zwischen dem Beweggrund des Täters und dem verletzten Rechtsgut vorausgesetzt.¹¹³⁸ Dies dürfte bei einer Tat gegen gewichtige Rechtsgüter regelmässig nicht gegeben sein.¹¹³⁹ Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass die Verhältnismässigkeit in einem Einzelfall auch bei der Verletzung von gewichtigen Rechtsgütern angenommen werden kann. Für den Fall eines Affekts stellt sich indes diese Abgrenzungsfrage nicht, da sich dieser klar von der schweren Bedrängnis gemäss Art. 48 lit. a Ziff. 2 StGB unterscheidet. Handelt der Täter in einer heftigen Gemütsbewegung, richtet sich die Strafmilderung alleine nach Art. 48 lit. c StGB.

¹¹³⁴ Vgl. zur konkreten Strafzumessung beim Affektdelikt hinten Zweiter Teil 1. Kap. B. III. 2.

¹¹³⁵ KUHN, RJJ 2006, 242; MAHAIM, 240; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 101; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 29; vgl. auch KILLIAS et al., 1018; PIGNAT, 37.

¹¹³⁶ PIGNAT, 37 f.; differenzierend MAHAIM, 240 f.

¹¹³⁷ BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 29.

¹¹³⁸ BGE 127 IV 10, E. 4; BGer, Urteil vom 17. Juli 2008, 6B_289/2008, 6B_290/2008/sst, E. 9.4; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 79; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 13 f.

¹¹³⁹ Vgl. etwa BGE 127 IV 10.

Dennoch hält STRATENWERTH die praktische Bedeutung von Art. 48 lit. c StGB, gestützt auf den unklaren Anwendungsbereich der Bestimmung und weil ihr die Strafmilderungsgründe im Besonderen Teil sowie andere Strafmilderungsgründe nach Art. 48 StGB und dem Allgemeinen Teil vorgehen, für gering.¹¹⁴⁰ Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Neufassung der Bestimmung anlässlich der AT-Revision dazu führt, dass nun in allen Fällen, in welchen der Täter im entschuldbaren Affekt handelte, zwingend eine Strafmilderung vorzunehmen ist. Betrachtet man die Praxis, so fällt jedoch auf, dass nur sehr eingeschränkt von der affektbedingten Strafmilderung Gebrauch gemacht wird. Insbesondere das Kriterium der Entschuldbarkeit wird sehr restriktiv ausgelegt, weshalb der praktische Anwendungsbereich der Norm tatsächlich gering ist.¹¹⁴¹

e) **Begründungspflicht nach Art. 50 StGB**

Gemäss Art. 50 StGB hat ein Gericht im Urteil die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten. Es hat die einzelnen Elemente so zu bezeichnen, dass die Strafzumessung nachvollziehbar ist.¹¹⁴² Stand der Täter zum Tatzeitpunkt unter dem Einfluss von heftigen Emotionen und liegen damit Umstände vor, welche die Anwendung von Art. 48 lit. c StGB zumindest als möglich erscheinen lassen, muss sich das Gericht explizit damit auseinandersetzen. Anderenfalls verletzt es die Begründungspflicht nach Art. 50 StGB.¹¹⁴³ Um dieser Pflicht in jedem Fall nachzukommen wird in gewissen Urteilen pauschal darauf hingewiesen, dass keine entschuldbare Gemütsbewegung im Sinne von Art. 48 lit. c StGB vorliegt, auch wenn die Umstände keinen Affekteinfluss nahelegen.¹¹⁴⁴ Derart pauschale Ausführungen sind zu unterlassen. Entscheidend ist, dass eine affektbedingte Strafmilderung geprüft wird, wenn tatsächlich Anhaltspunkte dafür vorliegen.

¹¹⁴⁰ STRATENWERTH, AT II, § 6 N 101; vgl. auch STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 48 N 7.

¹¹⁴¹ Vgl. etwa BGer, Urteil vom 15. Dezember 2014, 6B_564/2014, E. 1.3; Urteil vom 11. Februar 2014, 6B_501/2013, E. 6.3.

¹¹⁴² BGE 134 IV 17, E. 2.1; 127 IV 101, E. 2c; 121 IV 49, E. 2a/aa; 120 IV 136, E. 3a; MATHYS, Leitfaden, 52; CR CP I-QUELOZ/HUMBERT, Art. 50 N 15 ff.; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 8 ff.

¹¹⁴³ BGer, Urteil vom 7. Februar 2012, 6B_525/2011, E. 5.2.

¹¹⁴⁴ So insbesondere die Rechtsprechung des OGer ZH; vgl. statt vieler OGer ZH, Urteil vom 8. Dezember 2011, SB110460, E. IV. 2.4.; Urteil vom 08. September 2011, SB110371, E. 3.2.2.

f) Doppelverwertungsverbot bei der Strafmilderung

Das Doppelverwertungsverbot verlangt, dass belastende oder entlastende Faktoren nicht doppelt verwendet werden.¹¹⁴⁵ Daraus folgt insbesondere, dass ein Sachverhaltselement, welches bereits die Auswahl des konkreten Tatbestands – und die damit einhergehende Strafdrohung – bestimmt hat, bei der Anpassung des Strafrahmens nicht erneut berücksichtigt werden darf.¹¹⁴⁶ Die Tatbestandserfüllung hat „sich bereits im Eröffnen des gesetzlichen Strafrahmens niedergeschlagen und ist in ihrer Bedeutung für die Strafmassfindung insoweit verbraucht, sonst würde dem Täter der gleiche Umstand zwei Mal zur Last gelegt oder zugutegehalten.“¹¹⁴⁷ Wenn ein bestimmtes Merkmal im Besonderen Teil des StGB zur Anwendung einer milderen Tatbestandsvariante führt, darf es aufgrund des gleichen Umstands nicht zu einer verschuldensbedingten Anpassung des Strafrahmens im Sinne einer Strafmilderung kommen.¹¹⁴⁸

Für den Affekt bedeutet dies, dass eine heftige Gemütsbewegung, welche schon bei der Auswahl des Tatbestands entscheidend war, nicht auch als Strafmilderungsgrund im Sinne von Art. 48 lit. c StGB gelten kann.¹¹⁴⁹ Insbesondere wenn die Tötung im Affekt als Totschlag klassifiziert wird und damit der mildere Strafrahmen von Art. 113 StGB einschlägig ist, darf keine zusätzliche Strafmilderung angenommen werden.¹¹⁵⁰ Art. 48 lit. c StGB ist demnach subsidiär zum Totschlag nach Art. 113 StGB.¹¹⁵¹ Daher ist ein Zusammentreffen von Art. 48 lit. c StGB mit einem Mord oder einer vorsätzlichen Tötung nicht möglich. Wird eine vorsätzliche Tötung in einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung begangen, so ist diese als Totschlag nach Art. 113 StGB zu klassifizieren. Eine gleichzeitige Annahme einer entschuldbaren heftigen Ge-

¹¹⁴⁵ FIOKA, ZStrR 2007, 136; vgl. auch CR CP I-PELLET, Art. 48 N 3.

¹¹⁴⁶ BGE 118 IV 342, E. 2b; BGer, Urteil vom 20. Januar 2004, 6P.119/2003, E. 7.5; Urteil vom 15. Juni 2001, 6S.132/2001/sch, E. 2c/aa; OGer ZH, Urteil vom 7. Juli 2014, SB140053, E. 3.7; FIOKA, ZStrR 2007, 136; KILLIAS et al., 1212; MATHYS, Leitfaden, 28; PAREIN, 179; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 47 N 6.

¹¹⁴⁷ OGer ZH, Urteil vom 7. Juli 2014, SB140053, E. 3.7.

¹¹⁴⁸ CR CP I-PELLET, Art. 48 N 3; vgl. auch BGer, Urteil vom 20. Januar 2004, 6P.119/2003, E. 7.5.

¹¹⁴⁹ Vgl. BGer, Urteil vom 27. August 2008, 6B_517/2008, E. 5.3.2.

¹¹⁵⁰ FIOKA, ZStrR 2007, 136; MATHYS, Leitfaden, 177; PAREIN, 179; CR CP I-PELLET, Art. 48 N 3; PIETH, BT, 19; vgl. auch BGer, Urteil vom 28. Februar 2011, 6B_829/2010, E. 5.4; KILLIAS et al., 1018; SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 113 N 23 ff. Im österreichischen Recht für das Zusammenspiel von § 76 und § 34 Abs. 1 Ziff. 8 Ö-StGB ebenso SbgK-BIRKLBAUER/SCHMIDTHUBER, § 34 N 68; WK-EBNER, § 34 N 21; MALECZYK, 60.

¹¹⁵¹ OGer ZH, Urteil vom 22. Juni 2012, SB110610, E. C. 3.

mütsbewegung und der besonderen Skrupellosigkeit des Mordes ist nicht möglich, da sich die beiden Definitionen ausschliessen.¹¹⁵² Liegt der Annahme des Totschlags jedoch eine entschuld bare grosse seelische Belastung zugrunde und handelte der Täter gleichzeitig in einem Affekt, so kann dieser unter Umständen noch einmal zu beachten sein.¹¹⁵³ In der Regel dürfte es dann jedoch bloss zu einer strafmindernden Berücksichtigung des Affekts führen.¹¹⁵⁴

Ausserdem kann es nicht zu einer doppelten Strafmilderung kommen. Führt eine heftige Gemütsbewegung zur Annahme der verminderten Schuldfähigkeit, so ist eine Strafmilderung nach Art. 19 Abs. 2 StGB vorzunehmen.¹¹⁵⁵ Eine Anwendung von Art. 48 lit. c StGB erübrigt sich in diesen Fällen.

III. Berücksichtigung eines Affekts bei der konkreten Strafzumessung

1. Die konkrete Strafzumessung nach Art. 47 StGB

Ausgangspunkt der auszufällenden Strafe ist jeweils der Strafrahmen, welcher im Besonderen Teil des StGB für das in Frage stehende Delikt vorgesehen ist. Dieser zeichnet sich meist durch einen grossen Ermessensspielraum für das Gericht aus. Daher kommt der Zumessung der Strafe innerhalb des – unter Umständen erweiterten – Strafrahmens grosse Tragweite zu. Dieser Schritt wird als konkrete Strafzumessung bezeichnet.

Nach der gesetzlichen Konzeption misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Dabei berücksichtigt es das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters.¹¹⁵⁶ In dieser auf dem Schuldprinzip beruhenden Konzeption der Strafzumessung ist das Verschulden von entscheidender Bedeutung.¹¹⁵⁷ Dieses wird gemäss Art. 47 Abs. 2 StGB „nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweg-

¹¹⁵² BGer, Urteil vom 1. Mai 2009, 6B_158/2009, E. 1.2; vgl. auch MATHYS, Leitfaden, 177; ausführlich dazu hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 5.

¹¹⁵³ BGer, Urteil vom 15. Juni 2001, 6S.132/2001/sch, E. 2c/cc.

¹¹⁵⁴ BGer, Urteil vom 15. Juni 2001, 6S.132/2001/sch, E. 2c/cc.

¹¹⁵⁵ Siehe vorne Zweiter Teil 1. Kap. B. II. 2.

¹¹⁵⁶ Art. 47 Abs. 1 StGB.

¹¹⁵⁷ DUBS, ZStW 1982, 168; HURTADO POZO, *Partie générale*, 1522; MATHYS, Leitfaden, 53; MATHYS, SJZ 2004, 173; PAREIN, 127; CR CP I-QUELOZ/HUMBERT, Art. 47 N 3; vgl. auch STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 47 N 1.

gründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.“ Damit wurden die zuvor in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Kriterien in die Formulierung von Art. 47 StGB übernommen und präzisiert.¹¹⁵⁸

a) Für die Strafzumessung relevantes Verschulden

Bei dem für die Strafzumessung massgeblichen Verschulden handelt es sich um die Einzeltatschuld.¹¹⁵⁹ Es werden also nur diejenigen Umstände beachtet, welche für die zu beurteilende Tat relevant sind.¹¹⁶⁰ Zu berücksichtigen sind einerseits Faktoren, welche direkt die Tat betreffen, aber auch solche, welche beim Täter liegen. Die aus der Rechtsprechung entwickelte gesetzliche Umschreibung in Art. 47 StGB unterscheidet zwischen Tat- und Täterkomponenten.¹¹⁶¹ Damit geht das Konzept der Strafzumessungsschuld weiter als jenes der Straf begründungsschuld.¹¹⁶² Sie umfasst den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Tat.¹¹⁶³

¹¹⁵⁸ Botschaft StGB 1998, 2060 f.; BGE 134 IV 17, E. 2.a; BGer, Urteil vom 27. April 2011, 6B_31/2011, E. 3.3; FIOŁKA, ZStrR 2007, 133; GREINER, 104; StGB Kommentar-HUG, Art. 47 N 5; HUG, *forum*poenale 2011, 361; KOCH, 139; MAHAIM, 234; PAREIN, 128; PIGNAT/KUHN, ZStrR 2004, 251 f.; SEELMANN/GETH, 610; TAG/GRUBMILLER, 129; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 1, 18; vgl. zur früheren Rechtsprechung insbesondere NAY, ZStrR 1994, 175 ff.; QUELOZ, ZStrR 1998, 136 ff.; CR CP I-QUELOZ/HUMBERT, Art. 47 N 7; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 422 ff.

¹¹⁵⁹ HURTADO POZO, *Partie générale*, 1523; MATHYS, *Leitfaden*, 54; MATHYS, SJZ 2004, 174; SEELMANN/GETH, 611; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 9; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 47 N 2; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 15; vgl. auch ARZT, *recht* 1994, 152; DUBS, ZStW 1982, 163.

¹¹⁶⁰ MATHYS, *Leitfaden*, 30; MATHYS, SJZ 2004, 174; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 9.

¹¹⁶¹ BGE 129 IV 6, E. 6.1; 121 IV 49, E. 2a/aa; 118 IV 342, E. 1a; 118 IV 21, E. 2a; 117 IV 112, E. 1; ARZT, *recht* 1994, 151; StGB Kommentar-HUG, Art. 47 N 6; KOCH, 138; MATHYS, SJZ 2004, 173; PAREIN, 129; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 16; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 47 N 3; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 16; vgl. auch DUBS, ZStW 1982, 164; FIOŁKA, ZStrR 2007, 138 f.; HURTADO POZO, *Partie générale*, 1525.

¹¹⁶² BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 17; a.M. FIOŁKA, ZStrR 2007, 138; umstritten ist zudem, welcher Verschuldensbegriff für die Gewährung des bedingten Vollzugs nach Art. 43 Abs. 1 StGB massgebend ist; vgl. dazu ausführlich SCHENKER, ZStrR 2012, 230 ff.

¹¹⁶³ StGB Kommentar-HUG, Art. 47 N 6; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 14.

aa) *Tatbezogene Kriterien*

Betrachtet man die Tat im Lichte der Strafzumessung, so ist zwischen einer objektiven und einer subjektiven, den Täter betreffenden, Seite zu unterscheiden.¹¹⁶⁴ Objektiv wird vorwiegend die *Tatschwere* beachtet.¹¹⁶⁵ Massgebend ist, in welchem Ausmass das strafrechtlich geschützte Rechtsgut durch die Täterhandlung beeinträchtigt worden ist.¹¹⁶⁶ Um dies zu bestimmen, ist einerseits auf die Intensität des Erfolgs – z.B. Opferzahlen, Deliktsbetrag, Grösse der Gefährdung sowie Umfang der körperlichen oder psychischen Schädigung beim Opfer – und andererseits auf die Art und Weise der Tathandlung abzustellen.¹¹⁶⁷ Gerade im Hinblick auf Letzteres spricht das Gesetz von der Verwerflichkeit des Handelns. Entscheidend ist der *Modus operandi* – das Vorgehen des Täters vor, während und nach der Tat.¹¹⁶⁸ Insgesamt geht es darum, festzustellen, wie gross die kriminelle Energie war, die der Täter durch die Tat offenbart hat.¹¹⁶⁹

Subjektiv wird auf das *personale Handlungsunrecht* des Täters abgestellt. Berücksichtigt wird der Vorwurf, der ihm für den von ihm im konkreten Fall

¹¹⁶⁴ KOCH, 139; MATHYS, SJZ 2004, 175; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 47 N 4; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 90.

¹¹⁶⁵ HANSJAKOB, SJZ 1994, 58; StGB Kommentar-HUG, Art. 47 N 8; KOCH, 139; MATHYS, Leitfaden, 59; MATHYS, SJZ 2004, 175; vgl. auch PAREIN, 131; QUELOZ, ZStrR 1998, 151; CR CP I-QUELOZ/HUMBERT, Art. 47 N 14 ff.; SEELMANN/GETH, 613; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 19; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 47 N 5; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 15.

¹¹⁶⁶ BGE 129 IV 6, E. 6.1; BGer, Urteil vom 12. März 2013, 6B_561/2012, E. 1.4; MATHYS, SJZ 2004, 175; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 92; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 19; vgl. auch ARZT, recht 1994, 143, 152; FIOKA, ZStrR 2007, 149; MAHAIM, 235; NAY, ZStrR 1994, 176.

¹¹⁶⁷ BGE 117 IV 112, E. 1; StGB Kommentar-HUG, Art. 47 N 8; HURTADO POZO, *Partie générale*, 1525; KOCH, 139; MATHYS, Leitfaden, 66 ff.; MATHYS, SJZ 2004, 175, 181; PAREIN, 131 ff.; CR CP I-QUELOZ/HUMBERT, Art. 47 N 14 ff., 30 ff.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 92 ff.; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 19 ff.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 47 N 5; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 18; vgl. zu den einzelnen Elementen auch FIOKA, ZStrR 2007, 149 ff.; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 434 ff.; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 91 ff.; ausführlich zu den massgebenden Kriterien bei der Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen z.B. ALBRECHT, ZStrR 1998, 418 ff.; EUGSTER/FRISCHKNECHT, AJP 2014, 331 ff.; FREI/RANZONI, AJP 1995, 1439 ff.; HANSJAKOB, SJZ 1994, 57 ff.

¹¹⁶⁸ PAREIN, 137 ff.; vgl. auch SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 93 f.

¹¹⁶⁹ MATHYS, SJZ 2004, 175; vgl. auch MATHYS, Leitfaden, 67; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 19; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 107.

begangenen Rechtsbruch gemacht wird.¹¹⁷⁰ Es geht mit anderen Worten darum, inwieweit ihm die objektive Tatschwere tatsächlich zugerechnet werden kann.¹¹⁷¹ Nach der gesetzlichen Formulierung in Art. 47 Abs. 2 StGB ist danach zu fragen, „wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.“ Je leichter es dem Täter gewesen wäre, sich an die entsprechende Norm zu halten, desto schwerer wiegt seine Schuld.¹¹⁷² Betrachtet wird also das Mass an Entscheidungsfreiheit, über welches der Täter verfügte.¹¹⁷³

Es ist ausserdem zu prüfen, ob Umstände vorliegen, welche die Tat in einem günstigeren Licht erscheinen lassen, oder ob die Motivation des Täters erschwerend ins Gewicht fällt.¹¹⁷⁴ Was alles für die Bewertung des Täterverschuldens wesentlich ist, lässt sich abstrakt nicht abschliessend beurteilen. Im Einzelfall hat eine Gesamtwürdigung und -einschätzung der Situation zu erfolgen.¹¹⁷⁵ Dabei ist in subjektiver Hinsicht insbesondere die Intensität des deliktischen Willens entscheidend.¹¹⁷⁶ So ist etwa beim Handeln mit Eventualvorsatz von einem tieferen Verschulden auszugehen.¹¹⁷⁷ Ausserdem sind die

¹¹⁷⁰ MATHYS, Leitfaden, 99; MATHYS, SJZ 2004, 176; vgl. auch SEELMANN/GETH, 614.

¹¹⁷¹ MATHYS, Leitfaden, 99; MATHYS, SJZ 2004, 176.

¹¹⁷² BGE 127 IV 101, E. 2a; 122 IV 241, E. 1a; BGer, Urteil vom 27. April 2011, 6B_31/2011, E. 3.4.2; NAY, ZStrR 1994, 176; PAREIN, 143 f.; QUELOZ, ZStrR 1998, 151; CR CP I-QUELOZ/HUMBERT, Art. 47 N 26; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 95; SEELMANN/GETH, 614; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 13; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 21; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 117.

¹¹⁷³ PAREIN, 142 f.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 95; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 21; vgl. auch TAG/GRUBMILLER, 129.

¹¹⁷⁴ MATHYS, Leitfaden, 110 ff.; MATHYS, SJZ 2004, 176, 181; vgl. auch EGE, ZStrR 2012, 297 ff.

¹¹⁷⁵ MATHYS, SJZ 2004, 176.

¹¹⁷⁶ BGE 127 IV 101, E. 2a; 122 IV 241, E. 1a; 118 IV 21, 2a; 116 IV 288, E. 2a; StGB Kommentar-HUG, Art. 47 N 11; PAREIN, 148; CR CP I-QUELOZ/HUMBERT, Art. 47 N 22; SEELMANN/GETH, 614; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 25; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 47 N 7; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 115; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 20; vgl. auch KIENER, ZStrR 2007, 370.

¹¹⁷⁷ BGer, Urteil vom 16. Juli 2009, 6B_337/2009, 6B_422/2009, E. 5; Urteil vom 26. November 2008, 6B_619/2008, 6B_620/2008/sst, E. 5.3; StGB Kommentar-HUG, Art. 47 N 10; MATHYS, Leitfaden, 184 f.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 98; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 27; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 20; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 116, mit Hinweis auf BGer, Urteil vom 3.11.1995, 6S.676/1994; vgl. auch KOCH, 139.

Beweggründe und Ziele des Täters beizuziehen.¹¹⁷⁸ Die Strafe hat umso höher auszufallen, je grösser das Missverhältnis zwischen den vom Täter verfolgten und den dafür gepferten Interessen ist.¹¹⁷⁹

Von Bedeutung sind ausserdem die Strafmilderungsgründe. Diese haben sich grundsätzlich immer strafmindernd auszuwirken.¹¹⁸⁰ In der Praxis hat die verminderte Schuldfähigkeit die grösste Bedeutung.¹¹⁸¹

bb) Täterbezogene Kriterien

Die Täterkomponenten bestehen nicht etwa aus den einzelnen, beim Täter liegenden Verschuldenselementen. Vielmehr kann eine Strafe aufgrund von Umständen, die eigentlich mit der Tat nichts direkt zu tun haben, erhöht oder herabgesetzt werden.¹¹⁸² Dazu gehören nach Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB insbesondere das Vorleben des Täters sowie die zu erwartende Auswirkung der Strafe auf das Leben des Täters.

Unter dem *Vorleben* des Täters – welches seine ganze Lebensgeschichte umfasst – können insbesondere Vorstrafen berücksichtigt werden.¹¹⁸³ Nach geänderter bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind bereits entfernte Vorstrafen

¹¹⁷⁸ KILLIAS et al., 1213; MAHAIM, 235; PAREIN, 139 ff.; CR CP I-QUELOZ/HUMBERT, Art. 47 N 36 ff.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 94 f.; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 30; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 47 N 8; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 29; vgl. auch BGE 121 IV 49, E. 2d; ARZT, recht 1994, 152 f.; KOCH, 139; MATHYS, SJZ 2004, 176.

¹¹⁷⁹ STRATENWERTH, AT II, § 6 N 31.

¹¹⁸⁰ BGE 116 IV 11, E. 2e; ARZT, recht 1994, 147; KIENER, ZStrR 2007, 378 f.; KOCH, 139; MATHYS, Leitfaden, 114; MATHYS, SJZ 2004, 177; SCHWARZENEGGER, FS-Wiprächtiger, 34; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 74; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art 48a N 5.

¹¹⁸¹ MATHYS, SJZ 2004, 177; vgl. dazu auch hinten Zweiter Teil 1. Kap. B. III. 2. a) aa).

¹¹⁸² ARZT, recht 1994, 153; MATHYS, Leitfaden, 227; MATHYS, SJZ 2004, 178; vgl. auch KILLIAS et al., 1210, welche ausführen, dass diese Umstände erfasst werden, weil sie „namentlich die Rückfallrisiken beeinflussen“; CR CP I-QUELOZ/HUMBERT, Art. 47 N 48.

¹¹⁸³ ARZT, recht 1994, 153; StGB Kommentar-HUG, Art. 47 N 14a; KILLIAS et al., 1214; MATHYS, Leitfaden, 236; PAREIN, 149; CR CP I-QUELOZ/HUMBERT, Art. 47 N 56 ff.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 98 f.; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 43; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 47 N 11; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 30; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 437 f.; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 130; kritisch SEELMANN/GETH, 617.

nun richtigerweise nicht mehr in Betrachtung zu ziehen.¹¹⁸⁴ Das Bundesgericht hat zudem entschieden, dass die Vorstrafenlosigkeit nicht strafmindernd, sondern neutral zu behandeln ist.¹¹⁸⁵ Auch unter dem Vorleben zu beachten sind Schwierigkeiten in der Kinder- und Jugendzeit oder ein Kulturkonflikt.¹¹⁸⁶

Die *persönlichen Verhältnisse* des Täters im Zeitpunkt der Tat finden ebenfalls als Täterkomponente Beachtung. Dazu zählen etwa eine besondere Beziehung zwischen Täter und Opfer, sein sonstiges familiäres und soziales Umfeld, seine psychische und physische Gesundheit sowie insbesondere die Berücksichtigung der Straffolgen für den Täter.¹¹⁸⁷ Eine besondere Berücksichtigung der Strafempfindlichkeit des Täters ist dabei nur bei einer Abweichung vom Grundsatz einer einheitlichen Leidempfindlichkeit geboten, so etwa bei Gehirnverletzten, Schwerkranken, Gehörlosen oder Personen mit Haftpsychose.¹¹⁸⁸

Schliesslich wird auch das *Nachtatverhalten* bei der Strafzumessung miteinbezogen. Dabei wirken insbesondere das Geständnis und kooperatives Verhalten des Täters strafmindernd.¹¹⁸⁹ Auch das Verhalten des Staates – etwa der Ein-

¹¹⁸⁴ BGE 135 IV 87, E. 2; BGer, Urteil vom 8. Juli 2010, 6B_83/2010, E. 4.5; zuvor anders aufgrund von BGE 121 IV 3, E. 1c/cc; dazu bereits kritisch NIGGLI, AJP 1995, 943 f.

¹¹⁸⁵ BGE 136 IV 1, E. 2.6.2 ff.; z.B. bestätigt in BGer, Urteil vom 27. Januar 2015, 6B_182/2014, E. 5.3; Urteil vom 4. Dezember 2014, 6B_484/2014, E. 4.3; vgl. auch StGB Kommentar-HUG, Art. 47 N 14a; HUG, forumpoenale 2011, 363; MATHYS, Leitfaden, 241; WEISSENBERGER/HIRZEL, FS-Killias, 928 ff.

¹¹⁸⁶ StGB Kommentar-HUG, Art. 47 N 13; PAREIN, 153 ff.; SEELMANN/GETH, 617; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 37 ff.; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 438 f.; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 120 ff.; vgl. zum Kulturkonflikt in der Strafzumessung ausführlich EGETER, 131 ff.; ZIMMERLIN, 261 ff.

¹¹⁸⁷ MATHYS, Leitfaden, 259 ff.; QUELOZ, ZStrR 1998, 152; PAREIN, 159 ff.; CR CP I-QUELOZ/HUMBERT, Art. 47 N 64 ff.; SEELMANN/GETH, 618 f.; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 49; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 47 N 13 ff.; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 32; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 439 ff.; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 146 ff.

¹¹⁸⁸ BGer, Urteil vom 26. März 1996, 6S.703/1995; OGer ZH, Urteil vom 7. Juli 2014, SB140053, E. 3.13; vgl. für die Folgeberücksichtigung ausführlich HÄRRI, ZStrR 1998, 212 ff.; StGB Kommentar-HUG, Art. 47 N 15a; HUG, forumpoenale 2011, 362, der darauf hinweist, dass diese spezialpräventiv motivierte Bestimmung nur sehr zurückhaltend angewendet wird; PAREIN, 162 ff.

¹¹⁸⁹ ARZT, recht 1994, 155; HUG, forumpoenale 2011, 363 f.; MATHYS, Leitfaden, 266 f.; PAREIN, 165 ff.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 101; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 441 f.; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 146 ff.; vgl. auch CR CP I-QUELOZ/HUMBERT, Art. 47 N 74 ff.; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 52 ff.; kritisch DUBS, ZStW 1982, 165; SEELMANN/GETH, 619; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 24.

satz von V-Leuten oder die Verletzung des Beschleunigungsgebots – kann sich strafmindernd auswirken.¹¹⁹⁰ Gleiches gilt – jedoch in weit umstrittenem Mass – für das Opferverhalten. Dieses kann bereits zur Einschränkung des Tatbestands, zur Rechtfertigung oder zur Strafmilderung im Sinne von Art. 48 lit. b StGB führen. Der Opfermitverantwortung kommt aber auch bei der Strafzumessung grosse Bedeutung zu.¹¹⁹¹

Inwiefern weitere, insbesondere spezial- oder generalpräventive, Überlegungen bei der Strafzumessung eine Rolle spielen können, sollen oder dürfen, ist im Einzelnen unklar, kann im vorliegenden Kontext offen gelassen werden.¹¹⁹²

b) Auswirkung einzelner Zumessungselemente

Alle bisher benannten Elemente sind bei der Strafzumessung zu beachten. Verschiedene Zumessungskriterien können nebeneinander bestehen. Liegt ein Strafminderungsgrund vor, so können weitere Minderungs- und Straferhöhungsgründe bestehen. Dabei muss vermieden werden, dass einzelnen Elementen ein zu grosses Gewicht eingeräumt wird.¹¹⁹³ Jeder Faktor ist angemessen zu berücksichtigen, was eine Quantifizierung der einzelnen Elemente bedingt.¹¹⁹⁴

Um die konkrete Strafzumessung nachvollziehbar zu gestalten, wird ein schematisches Vorgehen vorgeschlagen: Zunächst soll aufgrund einer Qualifizierung der objektiven Tatschwere – als leicht, mittel oder schwer – eine erste hypothetische Einstufung der Strafhöhe, eine sogenannte Einsatzstrafe, festgelegt werden.¹¹⁹⁵ In einem nächsten Schritt wird die Einsatzstrafe aufgrund der

¹¹⁹⁰ ARZT, recht 1994, 154; StGB Kommentar-HUG, Art. 47 N 12, 21; MATHYS, Leitfaden, 270 ff.; SEELMANN/GETH, 620; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 57 ff.; WIPRÄCHTIGER, ZStR 1996, 442 ff.; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 178 ff.

¹¹⁹¹ ARZT, recht 1994, 154.

¹¹⁹² Vgl. dazu etwa KILLIAS et al., 1216 f.; PIGNAT/KUHN, ZStR 2004, 255 ff.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 103 ff.; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 8 ff.; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 48 ff., jeweils m.w.H.

¹¹⁹³ ALBRECHT, ZStR 1991, 54 f.

¹¹⁹⁴ MATHYS, Leitfaden, 56.

¹¹⁹⁵ EUGSTER/FRISCHKNECHT, AJP 2014, 330 f.; KIENER, ZStR 2007, 363 ff., der einige Hinweise dazu macht, wie diese Einsatzstrafe festzusetzen ist; MATHYS, SJZ 2004, 176; WIPRÄCHTIGER, ZStR 1996, 426; vgl. auch KOCH, 142 f. Die gleichen Kategorien verwendet das Bundesgericht; BGE 136 IV 55, E. 5.6; die Festlegung einer Einsatzstrafe wird nicht als zwingend angesehen; BGE 121 IV 49, E. 2a/aa; HUG, forumpoenale 2011, 365, weist darauf hin, dass die Begriffe teilweise bloss als „Worthülsen“ zu be-

übrigen Verschuldensmerkmale und täterbezogenen Zumessungskriterien erhöht oder gemindert. Dafür ist unerlässlich, dass das Gericht für jegliche Verschuldenselemente feststellt, ob es sie strafmindernd oder straf erhöhend bezieht und in welchem Ausmass dies geschieht.¹¹⁹⁶ Es besteht indes keine Verpflichtung, absolute Zahlen zu nennen oder Prozentangaben zu machen.¹¹⁹⁷ Es genügt, wenn ausgeführt wird, ob sich ein Element in leichtem, mittlerem oder schwerem Mass straf erhöhend oder -mindernd auswirkt.

Aus der objektiven Tatschwere und den einzelnen, anzuwendenden Zumessungskriterien ergibt sich dann die zusammenfassende Gesamteinschätzung des Täterschuldens. Dieses ist wiederum zu qualifizieren – als sehr leichtes, leichtes, mittleres, mittelschweres, schweres oder sehr schweres Verschulden.¹¹⁹⁸ Dabei ist zu betonen, dass das Verschulden in Relation zur konkreten Tat bestimmt wird. So kann bei einer Tötung ein leichtes und bei einer Beschimpfung ein schweres Verschulden angenommen werden, auch wenn erstere Tat von der objektiven Schwere her klar überwiegt.¹¹⁹⁹ Aus dieser Einschätzung des Täterschuldens und der einzelnen Zumessungskriterien ergibt sich unter Beachtung der Einsatzstrafe die, normalerweise im ordentlichen Strafrahmen liegende, erhöhte oder geminderte Strafe. Nur im Ausnahmefall, bei Vorliegen eines Strafmilderungsgrunds und entsprechenden Strafmilderungsgründen, kann die Strafe unter dem ordentlichen Strafrahmen angesetzt werden.

trachten sind und kein Konsens über deren Tragweite besteht; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 426.

¹¹⁹⁶ KIENER, ZStrR 2007, 371; KOCH, 142; MATHYS, Leitfaden, 56; MATHYS, SJZ 2004, 176; NAY, ZStrR 1994, 176; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 424.

¹¹⁹⁷ BGE 121 IV 49, E. 2a/aa; OGer ZH, Urteil vom 12. November 2014, SB140187, E. 5.4.2.; GREINER, 106; NAY, ZStrR 1994, 176; PAREIN, 177; SCHWARZENEGGER, FS-Wiprächtiger, 35 f.; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 38; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 425; kritisch KIENER, ZStrR 2007, 355 ff.; KILLIAS, FS-Gauthier, 43; ein schematischeres, mit Kategorien arbeitendes Zumessungssystem herrscht bei der Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen; vgl. dazu etwa EUGSTER/FRISCHKNECHT, AJP 2014, 327 ff. m.w.H.; FREI/RANZONI, AJP 1995, 1439 ff.; HANS-JAKOB, SJZ 1994, 57 ff.; kritisch ALBRECHT, ZStrR 1998, 424 ff.; ALBRECHT, AJP 1996, 369 ff.

¹¹⁹⁸ BGE 136 IV 55, E. 5.7; StGB Kommentar-HUG, Art. 47 N 13a; MATHYS, SJZ 2004, 178.

¹¹⁹⁹ MATHYS, SJZ 2004, 178, der darauf hinweist, dass dies in der Praxis oft missachtet wird; auch HUG, forumpoenale 2011, 365, führt aus, dass den Gerichten oft der Mut fehlt, bei einer schweren Straftat von einem leichten Verschulden zu sprechen.

Ein schematisches Vorgehen bei der Strafzumessung kann einerseits gewährleisten, dass einzelne Zumessungskriterien nicht unsachgemäss berücksichtigt werden und trägt andererseits massgeblich zur Wahrung der Begründungspflicht bei.¹²⁰⁰ Mit Art. 50 StGB wird der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts Rechnung getragen, wonach der Richter die Überlegungen, die für die Strafzumessung ausschlaggebend waren, in den Grundzügen wiedergeben muss. Entscheidend ist, dass die Strafzumessung nachvollziehbar ist. Erst bei einer auffallenden Diskrepanz zwischen der Strafe und der Begründung greift das Bundesgericht ein. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Strafe unhaltbar hoch oder mild ist.¹²⁰¹ In solch einem Fall weist es die Sache in der Regel zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück.¹²⁰² Trotz der Begründungspflicht verbleibt dem kantonalen Richter bei der Strafzumessung ein grosser Spielraum.¹²⁰³

c) Doppelverwertungsverbot bei der konkreten Strafzumessung

Ein strikt angewandtes Doppelverwertungsverbot würde bei der konkreten Strafzumessung dazu führen, dass Umstände, die zu einem höheren oder tieferen Strafrahmen führten, bei der konkreten Strafzumessung nicht nochmals berücksichtigt werden dürften.¹²⁰⁴ Das würde allerdings bedeuten, dass Strafmilderungsgründe nicht strafmindernd zu berücksichtigen sind. Dies ist gerade nicht der Fall; Strafmilderungsgründe haben in erster Linie strafmindernde Wirkung.¹²⁰⁵

Das Doppelverwertungsverbot bedarf bei der konkreten Strafzumessung gewisser Einschränkung. Grundsätzlich wird die Strafe auch bei einem nach unten angepassten Strafrahmen innerhalb der ordentlichen Strafdrohung ange-

¹²⁰⁰ Art. 50 StGB. Vgl. zu den einzelnen Anforderungen der Begründungspflicht an die Strafzumessung insbesondere BGE 121 IV 49, E. 2a/aa; 118 IV 14, E. 2; KIENER, ZStrR 2007, 353 ff.; KILLIAS et al., 1220 ff.; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 423 ff.; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 1 ff.

¹²⁰¹ BGE 127 IV 101, E. 2c; 121 IV 49, E. 2a/aa; 120 IV 136, E. 3a; 118 IV 337, E. 2a; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 50 N, 2 f.; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 23.

¹²⁰² BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 23.

¹²⁰³ BGE 129 IV 6, E. 6.1; 127 IV 101, E. 2c, SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 123; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 50 N 4.

¹²⁰⁴ BGE 118 IV 342, E. 2b; FIOKA, ZStrR 2007, 136; KILLIAS et al., 1212; CR CP I-QUELOZ/HUMBERT, Art. 47 N 2; SCHENKER, ZStrR 2012, 237; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 27; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 450; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 102; vgl. auch PAREIN, 179.

¹²⁰⁵ Vgl. vorne Zweiter Teil 1. Kap. B. I.

setzt; nur bei ausserordentlichen Umständen kann diese unterschritten werden.¹²⁰⁶ Würde man davon ausgehen, dass eine Strafmilderung aufgrund eines Strafmilderungsgrunds ausgeschlossen ist, käme dem Umstand, welcher zur Strafmilderung führt, faktisch keine Bedeutung zu. Eine entschuldbare heftige Gemütsbewegung würde nach Art. 48 lit. c i.V.m. Art. 48a StGB nur zu einem angepassten Strafraum führen, hätte darüber hinaus allerdings keine konkrete Auswirkung auf die ausgefallte Strafe. Richtigerweise beeinflussen die Strafmilderungsgründe jedoch auch das für die konkrete Strafzumessung relevante Verschulden. So ist mit der Beachtung des Strafmilderungsgrunds erst das abstrakte Vorhandensein eines bestimmten Elements „verbraucht“; dem konkreten Ausmass, in welchem es sich auf das Verschulden auswirkte, wurde damit noch nicht Rechnung getragen. Diese Auswirkung muss bei der konkreten Strafzumessung berücksichtigt werden.¹²⁰⁷ Daher ist es sachgerecht und wird in der Praxis auch so gehandhabt, dass sich die Strafmilderungsgründe innerhalb des konkreten Strafraums strafmindernd auswirken.

Dennoch ist das Doppelverwertungsverbot bei der konkreten Strafzumessung zu berücksichtigen. So kann der gleiche Umstand nicht in verschiedener Weise strafmindernd wirken. Kommt dem Affekt im Rahmen einer verminderten Schuldfähigkeit verschuldensmindernde Bedeutung zu, so kann er nicht noch eine Strafmilderung beziehungsweise -minderung gemäss Art. 48 lit. c StGB nach sich ziehen.

2. Berücksichtigung des Affekts bei der Strafbestimmung innerhalb des Strafraums

a) Strafmindernde Wirkung der affektbedingten Strafmilderung

aa) Strafmindernde Berücksichtigung der verminderten Schuldfähigkeit

Handelt der Täter im Affekt und führt dieser zu einer entscheidenden Einengung des Bewusstseins oder der Beherrschungsfähigkeit, so ist ihm eine ver-

¹²⁰⁶ So insbesondere die bundesgerichtliche Rechtsprechung nach BGE 136 IV 55; vgl. auch vorne Zweiter Teil 1. Kap. B. I.

¹²⁰⁷ BGE 118 IV 342, E. 2b; 120 IV 67, E. 2b; BGer, Urteil vom 22. August 2013, 6B_305/2013, E. 5.3.2; Urteil vom 20. Januar 2004, 6P.119/2003, E. 7.5; FIOKA, ZStrR 2007, 137; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 22; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 27; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 102; vgl. auch MATHYS, Leitfaden, 114.

minderte Schuldfähigkeit zuzusprechen.¹²⁰⁸ Aufgrund dessen ist die Strafe zwingend zu mildern.¹²⁰⁹ Die Schuldverminderung ist zusätzlich bei der Bestimmung des Tatverschuldens nach Art. 47 StGB zu beachten.¹²¹⁰ Im Rahmen der konkreten Strafzumessung kommt Art. 19 Abs. 2 StGB strafmindernder Charakter zu.¹²¹¹

Um die Auswirkungen auf das Strafmass genauer zu beziffern, werden häufig verschiedene Grade – leicht, mittel und schwer – der Schuldverminderung unterschieden.¹²¹² Wie sich diese jedoch im Strafmass niederschlagen, ist Gegenstand momentaner Diskussionen. Pauschale Reduktionen des Strafmasses – etwa 25 Prozent Reduktion bei leichter, 50 Prozent bei mittlerer und 75 Prozent bei schwerer Verminderung – werden vom Bundesgericht grundsätzlich abgelehnt.¹²¹³ Auch wenn nicht auf genaue Prozentangaben zurückgegriffen werden muss, so war die Strafe unter Geltung der bisherigen Rechtsprechung bei einer mittleren Schuldverminderung in mittlerem Mass zu reduzieren. Im Ergebnis wurde also einer linearen Reduktionsbemessung gefolgt.¹²¹⁴ Das Bundesgericht will die Auswirkungen der verminderten Schuldfähigkeit jedoch eindämmen, indem es im Rahmen einer Praxisänderung festsetzte, dass diese nicht zur Herabsetzung der Strafe, sondern lediglich zu einer Reduktion des Verschuldens führe.¹²¹⁵ Demnach sei zunächst das Gesamtverschulden des Täters unter Berücksichtigung des Grads der Verminderung zu bestimmen. Abgestützt darauf sei dann eine Strafe innerhalb des Straffrahmens festzulegen, welche aufgrund von Täterkomponenten nochmals verändert

¹²⁰⁸ Vgl. vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 4. b).

¹²⁰⁹ Vgl. vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 4. b) sowie Zweiter Teil 1. Kap. B. II. 2.

¹²¹⁰ BGE 136 IV 55, E. 5.5; BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 5.1.

¹²¹¹ MATHYS, Leitfaden, 118; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 97; vgl. andeutungsweise auch WIPRÄCHTIGER, AJP 2009, 1509.

¹²¹² BGE 136 IV 55, E. 5.6; vgl. auch MATHYS, Leitfaden, 120.

¹²¹³ BGE 136 IV 55, E. 5.6; 134 IV 132, E. 6.2; 129 IV 22, E. 6.2; 123 IV 49, E. 2c; so bereits in BGE 76 IV 34, E. 2; FORNI, ZStrR 2004, 218; MATHYS, Leitfaden, 123; demgegenüber eher befürwortend StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 16; vgl. zur zahlenmässigen Berücksichtigung von Strafmesungsfaktoren ausführlich KIENER, ZStrR 2007, 351 ff.

¹²¹⁴ BGE 134 IV 132, E. 6.1; 129 IV 22, E. 6.2; 123 IV 1, E. 2; 118 IV 1, E. 2; vgl. auch FORNI, ZStrR 2004, 219; KIENER, ZStrR 2007, 355 ff.; KILLIAS et al., 920; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 97, die ausführen, dass eine nicht lineare Berücksichtigung der verminderten Schuldfähigkeit besonders begründet werden muss; kritisch zur alten Rechtsprechung hingegen MATHYS, SJZ 2004, 177 f.

¹²¹⁵ BGE 136 IV 55, E. 5.5; vgl. auch MATHYS, Leitfaden, 118.

werden könne.¹²¹⁶ Ausserdem hält das Bundesgericht fest, dass die verminderte Schuldfähigkeit alleine nicht genügt, um den ordentlichen Strafrahmen zu unterschreiten.¹²¹⁷

Diese Rechtsprechung – an welcher in einigen Entscheiden festgehalten wurde¹²¹⁸ – wird berechtigterweise kritisiert.¹²¹⁹ Gerade im Strafrecht sollte mit Praxisänderungen zurückhaltend umgegangen werden und eine solche muss auf hinreichende sachliche Gründe abgestützt werden.¹²²⁰ Dies lässt BGE 136 IV 55 vermissen; die Praxisänderung scheint bloss auf einem Hang des Bundesgerichts zu härteren Strafen¹²²¹ und einem Misstrauen gegenüber forensischen Psychiatern¹²²² zu beruhen. Sie überzeugt zudem inhaltlich nicht. Das Bundesgericht führt aus: „Ein (objektiv) sehr schweres Tatverschulden kann sich wegen einer leichten Verminderung der Schuldfähigkeit auf ein schweres bis sehr schweres Verschulden reduzieren, bei einer mittelgradigen Beeinträchtigung auf ein mittelschweres bis schweres und bei einer schweren Einschränkung auf ein leichtes bis mittelschweres.“¹²²³ Dieses Tatverschulden solle dann mit weiteren Täterkomponenten konkretisiert werden.¹²²⁴ Letzteres kann meines Erachtens nicht überzeugen. Die volle Schuldunfähigkeit führt zur Strafflosigkeit des Täters – und damit auch zur Unbeachtlichkeit anderer Täterkomponenten. Dies muss auch für die verminderte Schuldfähigkeit gelten. Kann der Täter aufgrund eingeschränkter Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit nur teilweise für sein Handeln verantwortlich gemacht werden, so gilt diese verminderte Verantwortung nicht nur für die objektive Tatschwere, sondern auch für alle anderen Verschuldenskomponenten, weshalb sich die verminderte Schuld-

¹²¹⁶ BGE 136 IV 55, E. 5.7; vgl. auch MATHYS, Leitfaden, 124.

¹²¹⁷ BGE 136 IV 55, E. 5.8; ebenso DONATSCH/TAG, 285.

¹²¹⁸ Statt vieler BGer, Urteil vom 22. Januar 2014, 6B_658/2013, E. 4.3; Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 5.1; Urteil vom 29. Oktober 2012, 6B_272/2012, E. 3.4.

¹²¹⁹ HUG, *forum*poenale 2011, 365 f.; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N 17 ff.; eher befürwortend BERNARD, *Jusletter* vom 13. Februar 2012, 27 ff.

¹²²⁰ Für den konkreten Fall HUG, *forum*poenale 2011, 366; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N 19; vgl. allgemein zur Praxisänderung im Strafrecht GRAF, *Diss.*, 31 ff. m.w.H.

¹²²¹ Ebenso HUG, *forum*poenale 2011, 366, der zusätzlich ausführt, dass „eine geänderte personelle Zusammensetzung in der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts“ kein hinreichender Grund für die Praxisänderung sein kann; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N 22; vgl. auch BERNARD, *Jusletter* vom 13. Februar 2012, 28, der den Trend zu härteren Strafen anerkennt, den Entscheid jedoch nicht ablehnt.

¹²²² BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N 225.

¹²²³ BGE 136 IV 55, E. 5.6; vgl. auch MATHYS, Leitfaden, 122.

¹²²⁴ BGE 136 IV 55, E. 5.7.

fähigkeit auf das gesamte Strafzumessungsverschulden und damit auch direkt auf die Strafe auswirken muss.

Die genauen Auswirkungen einer verminderten Schuldfähigkeit sind demnach umstritten. Trotzdem ist unzweifelhaft, dass ein Affekt, welcher zur Schuldverminderung führte, bei der konkreten Strafzumessung strafmindernd zu berücksichtigen ist.¹²²⁵ Wie gerade gezeigt, hat sich dabei der – in der Regel durch einen Gutachter festzustellende – Grad der affektbedingten Schuldverminderung für das gesamte Zumessungsverschulden auszuwirken und dieses sollte nicht mehr durch andere Kriterien erhöht werden können.

bb) Strafmindernde Wirkung von Art. 48 lit. c StGB

Auch beim Affekt, welcher nach Art. 48 lit. c StGB zur Strafmilderung führt, kommt es zu einer Strafmilderung innerhalb des Strafrahmens. Dementsprechend ist das Verschulden des Täters, der eine Tat in einem entschuldbaren Affekt im Sinne dieser Bestimmung begangen hat, zu mindern.¹²²⁶

Für den Umfang der Minderung ist entsprechend zur sogleich zu erläuternden allgemein strafmindernden Wirkung des Affekts darauf abzustellen, inwieweit der Täter in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt war.

b) Affektbedingte Verminderung des Strafzumessungsverschuldens

Handelt ein Täter im Affekt und führt dies nicht zu einer verminderten Schuldfähigkeit oder zu einer Strafmilderung nach Art. 48 lit. c StGB – insbesondere bei fehlender Entschuldbarkeit –, ist dem Gemütszustand unter Umständen dennoch im Rahmen der konkreten Strafzumessung Rechnung zu tragen.

Das für diese Frage entscheidende Zumessungskriterium ist die Entscheidungsfreiheit des Täters.¹²²⁷ Dabei ist zu berücksichtigen, ob der Täter nach inneren Umständen nur erschwert in der Lage war, die Gefährdung oder Ver-

¹²²⁵ Vgl. etwa BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 5, in diesem Fall ist jedoch speziell, dass der Affekt zugleich bei der Bewertung der Tat als Totschlag ausgezeichnet hatte; OGer ZH, Urteil vom 12. November 2014, SB140187, E. 5.4.2.

¹²²⁶ Statt vieler BGE 136 IV 55, E. 5.6; OGer ZH, Urteil vom 7. Juli 2014, SB140053, E. 3.5.; Urteil vom 3. Juli 2014, SB140018, Sanktion E. 1.; Urteil vom 25. Februar 2014, SB130174, E. V. 4.; vgl. auch MATHYS, Leitfaden, 175. Ähnlich für das österreichische Recht SbgK-BIRKLEBAUER/SCHMIDTHUBER, § 34 N 68; WK-EBNER, § 34 N 21.

¹²²⁷ Vgl. vorne Zweiter Teil 1. Kap. B. III. 1. a) aa).

letzung eines fremden Rechtsguts zu vermeiden. Diesbezüglich kommen vorwiegend Zustände, welche unterhalb der Schwelle zur verminderten Schuldfähigkeit oder anderer Strafmilderungsgründe liegen, in Betracht. Dazu gehören insbesondere Affekte, die nicht entschuldigbar sind, aber dennoch einen Einfluss auf das Tatgeschehen haben.¹²²⁸ Es ist zu bestimmen, wie leicht es für den Täter gewesen wäre, trotz seiner heftigen Gemütsbewegung auf die Tat zu verzichten. War dies nur schwerlich möglich, so vermindert der Affekt die subjektive Tatschwere und hat strafmindernde Wirkung.¹²²⁹

Das Bundesgericht anerkennt die strafmindernde Wirkung des Affekts.¹²³⁰ Es korrigierte jedoch einen Entscheid des Zürcher Obergerichts, in welchem der Affekt eines Täters „merklich strafmildernd“ berücksichtigt wurde. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass ein in der Angst vor dem Gefängnisarrest und in der Bestürzung über die Verhaftung begründeter Affekt „höchstens geringfügig strafmildernd berücksichtigt werden [könne], jedenfalls dann, wenn ein Tötungsversuch zum Nachteil eines korrekt seine Aufgabe erfüllenden Polizeibeamten [...] begangen wird.“¹²³¹ Der Täter sei trotz des starken Affektdrucks in der Lage gewesen, die beiden Polizeibeamten durch eine List hinzuhalten und er sei auch im weiteren Tathergang gefasst und unauffällig gewesen.¹²³² Mit dieser Betrachtung vermischt das Gericht jedoch verschiedene Umstände. Die gefasste und unauffällige Handlungsweise des Täters lässt darauf schliessen, dass seine Entscheidungsfreiheit nicht stark eingeschränkt war und lässt Zweifel an der Intensivität des Affekts erwachen. Ein solcher schwacher Affekt ist bei der Strafzumessung tatsächlich nur leicht strafmildernd zu beachten. Unangebracht ist demgegenüber die erste Überlegung des Gerichts, wenn es ausführt, der Affekt könne höchstens geringfügig strafmildernd berücksichtigt werden, weil es sich um einen Tötungsversuch zum Nachteil eines korrekt seine Aufgabe erfüllenden Polizeibeamten handelt. Dies stellt eine Verhältnismässigkeitsprüfung dar. Das Gericht vergleicht den Affekt und die affektauslösende Situation mit der konkreten Tat. Richtigerweise geht

¹²²⁸ BGer, Urteil vom 27. April 2011, 6B_31/2011, E. 3.4.2; STRATENWERTH, AT II, § 6 N 35.

¹²²⁹ Vgl. auch BGer, Urteil vom 22. August 2013, 6B_305/2013, E. 5.3.3; OGer ZH, Urteil vom 26. November 2012, SB120260, E. Sanktion 1.4.1.; vgl. für die deutsche Lehre ähnlich THEUNE, NStZ 1999, 279.

¹²³⁰ BGE 121 IV 49, E. 2d/bb; BGer, Urteil vom 27. April 2011, 6B_31/2011, E. 3.4.2; vgl. auch BGer, Urteil vom 22. August 2013, 6B_305/2013, E. 5.3.3; Urteil vom 15. Dezember 2014, 6B_564/2014, E. 1.3; Urteil vom 21. Februar 2013, 6B_687/2012, E. 1.3.

¹²³¹ BGE 121 IV 49, E. 2d/bb.

¹²³² BGE 121 IV 49, E. 2d/bb.

es bei der Strafzumessung um die Feststellung des relativen Tatverschuldens. Die Bedeutung und der Umfang der Gefährdung des betroffenen Rechtsguts sind bei der objektiven Tatschwere zu berücksichtigen. Sie können nicht nochmals bei der Beurteilung weiterer Strafmilderungsgründe beigezogen werden. Bei Vorliegen eines Affekts ist einzig entscheidend, in welchem Ausmass dieser die Entscheidungsfreiheit des Täters eingeschränkt hat. Diesbezüglich ist grundsätzlich auf ein fachmännisches Gutachten zurückzugreifen.¹²³³

Das Gericht nimmt bei der Berücksichtigung des Affekts innerhalb der Strafzumessung gelegentlich ethische Bewertungen der Tat vor. Im zuvor erwähnten Fall wurde beispielsweise ausgeführt, dass die Angst vor einem drohenden Gefängnisaufenthalt und die Bestürzung über die Verhaftung einen Tötungsversuch an den handelnden Beamten nicht milder erscheinen lassen können.¹²³⁴ In einem anderen Fall stützte es die vorinstanzliche Entscheidung, eine emotionale Ausnahmesituation des Täters nicht anzuerkennen, weil dieser schon länger Probleme mit seiner Partnerin hatte, so dass ihn die Auseinandersetzung nicht wie aus heiterem Himmel traf.¹²³⁵ Solche Überlegungen erinnern an die Entschuldbarkeit des Affekts, wie sie für die heftige Gemütsbewegung nach Art. 48 lit. c und Art. 113 StGB vorausgesetzt wird. Diesbezüglich sind sich Lehre und Rechtsprechung jedoch einig, dass es der Affekt sein muss, der entschuldbar ist und nicht die Tat.¹²³⁶ Daher ist die Argumentation des Bundesgerichts einerseits nicht sachgerecht und hat andererseits keine Grundlage im Gesetz. Anders als bei der Strafmilderung und beim Totschlag ist für die einzelnen Strafzumessungskriterien nicht vorgesehen, dass diese nur dann zur Anwendung gelangen können, wenn sie nach einer ethischen Betrachtung beachtlich erscheinen. Da verschiedene Kriterien – sowohl mindernd wie auch erhöhend – für die Strafzumessung massgeblich sind und das relevante Verschulden im Rahmen einer Gesamtbewertung bestimmt wird, kann nichts anderes angenommen werden, als dass jeglicher Affekt, der die Entscheidungsfähigkeit des Täters beeinflusste, im Rahmen der Strafzumessung strafmindernd zu berücksichtigen ist.¹²³⁷

¹²³³ Vgl. dazu auch hinten Zweiter Teil 3. Kap.

¹²³⁴ BGE 121 IV 49, E. 2d/bb; implizit ähnlich BGer, Urteil vom 30. August 2012, 6B_379/2012, E. 3.1.

¹²³⁵ BGer, Urteil vom 21. Juli 2014, 6B_547/2014, E. 2.2.

¹²³⁶ Dazu ausführlich hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb) (8).

¹²³⁷ BGer, Urteil vom 15. Dezember 2014, 6B_719/2014, E. 1.3.

Die Gemütsbewegung des Täters kann sich aber nur dann bei der Strafzumessung auswirken, wenn er zum Tatzeitpunkt entscheidend durch sie beeinflusst war. Wird ein Delinquent provoziert, unternimmt dann aber noch verschiedene planerische Schritte und schreitet erst nach einiger Zeit zur Tat, handelte er nicht mehr unter dem direkten Einfluss seiner Emotionen. Dementsprechend kann sich die zuvor erlebte Gefühlsregung nicht strafmindernd auswirken.¹²³⁸ Dies gilt insbesondere dann, wenn er genügend Zeit hatte, „sich zu besinnen“¹²³⁹. Entsprechend zur Beachtung des Affekts beim Totschlag ist auch bei der Strafzumessung relevant, dass es sich bei der Tat um eine unmittelbare Reaktion auf den affektauslösenden Zustand handelt.¹²⁴⁰ Der Täter muss die Tat *in* einer heftigen Gemütsbewegung begangen haben.¹²⁴¹

Die grundsätzliche Anerkennung, dass eine für den Tathergang relevante heftige Gemütsbewegung des Täters bei der Strafzumessung zu berücksichtigen ist, sagt noch nichts über die Quantität dieser Auswirkung aus. Welche konkrete Folge einem Strafminderungsgrund zukommt, lässt sich nur schwer in absoluten Zahlen ausdrücken.¹²⁴² Es ist daher unerlässlich, dass das Gericht quantifiziert, in welchem Ausmass sich der Affekt strafmindernd ausgewirkt hat. Das Bundesgericht ist bei der Überprüfung der Affektberücksichtigung bei der Strafzumessung sehr zurückhaltend. So hat es ein Urteil gestützt, in welchem das vorinstanzliche Gericht lediglich angab, sich zur Berücksichtigung des Affekts bei der Strafzumessung auf die gutachterliche Feststellung abzustützen. Damit habe sich das Gericht die gutachterliche „Einschätzung, der Beschwerdeführer habe in einem heftigen normalpsychologischen Affekt gehandelt, zu eigen [gemacht].“¹²⁴³ Mit einer solchen Globalfeststellung wird indes ein relevantes Strafzumessungskriterium nicht einzeln bewertet und gewichtet.¹²⁴⁴ Im Hinblick auf die aus der Begründungspflicht abzuleitende Nachvollziehbarkeit der Strafzumessung sollte auf solche unspezifizierten Angaben verzichtet und die heftige Gemütsbewegung einzeln quantifiziert werden. Es ist anzugeben, in welchem Ausmass der Affekt das Verschulden des Täters beeinflusste. In der Regel kann es dabei nur zu einer leichten Verschuldensminderung kommen. So handelt es sich bei den ausschliesslich bei der konkre-

¹²³⁸ BGer, Urteil vom 30. August 2012, 6B_379/2012, E. 3.1.

¹²³⁹ BGer, Urteil vom 30. August 2012, 6B_379/2012, E. 3.2.

¹²⁴⁰ Vgl. zum temporalen Aspekt des Affekts hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) aa) (3).

¹²⁴¹ Vgl. ausführlich dazu hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) aa) (4).

¹²⁴² So bereits ALBRECHT, ZStrR 1991, 48.

¹²⁴³ BGer, Urteil vom 26. November 2008, 6B_619/2008, 6B_620/2008/sst, E. 5.4.

¹²⁴⁴ Soweit gibt das Bundesgericht dem Beschwerdeführer gar recht; BGer, Urteil vom 26. November 2008, 6B_619/2008, 6B_620/2008/sst, E. 5.4.

ten Strafzumessung zu beachtenden Gemütszuständen meistens lediglich um solche, die zwar die Intensitätsschwelle erreichen, um als Affekt zu gelten, jedoch keine sehr grossen Auswirkungen auf das Bewusstsein des Täters hatten. Andernfalls wäre eine verminderte Schuldfähigkeit aufgrund des Gefühlszustands des Täters anzunehmen.

Ausserdem sind neben dem Affekt auch alle übrigen Strafzumessungselemente zu beachten. Dementsprechend führt die emotionale Ausnahmesituation des Täters nicht notwendigerweise zu einer geringeren Strafe. Trotz einer heftigen Gemütsbewegung zum Tatzeitpunkt kann der Täter etwa aus niedrigen Motiven und mit direktem Vorsatz handeln, was sich strafferhöhend auswirkt.¹²⁴⁵

Die Praxis lässt erkennen, dass die strafmindernde Wirkung des Affekts häufig nicht beachtet wird. Bei Fällen, in welchen im Rahmen von Art. 48 lit. c StGB die Entschuldbarkeit einer heftigen Gemütsbewegung verneint wird, bleibt der Affekt in der Strafzumessung gänzlich unbeachtet.¹²⁴⁶ Das soeben Ausgeführte zeigt jedoch, dass auch der nicht entschuldbare Affekt die Entscheidungsfreiheit des Täters einschränken kann. Demnach ist von der Praxis zu fordern, dass eine Strafmilderung aufgrund des Affekts dementsprechend auch bei Ablehnung einer Strafmilderung nach Art. 19 Abs. 2 oder Art. 48 lit. c StGB zumindest geprüft wird.

C. Zwischenfazit zur Beachtung des Affekts im Allgemeinen Teil des StGB

Die aus der Emotionsforschung bekannte, verhaltensmotivierende Funktion von Gefühlszuständen, welche im Extremfall zu Einschränkungen in der Beherrschungsfähigkeit führen kann, wird im Strafrecht berücksichtigt. Ein Affektdelikt stellt eine rechtlich relevante Handlung dar und auch der Vorsatz ist in der Regel zu bejahen. Affektbedingte Einschränkungen in der Verhaltenssteuerung eines Täters können allerdings seine Schuld beeinflussen.

Die Wirkungen einer heftigen Gemütsbewegung sind in verschiedener Hinsicht schuldrelevant. Eine affektbedingte Schuldunfähigkeit ist zwar denkbar, stellt jedoch einen in der Praxis kaum anzutreffenden Extremfall dar. Überschreitet eine Person die Grenzen der Notwehr in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung, so wird der Täter exkulpiert. Führt die emotionale Sondersi-

¹²⁴⁵ BGer, Urteil vom 13. April 2010, E. 3.3.

¹²⁴⁶ So z.B. OGer ZH, Urteil vom 17. Februar 2014, SB130458, E. Sanktion 3.3; Urteil vom 30. April 2012, SB110690, E. Rechtliche Würdigung 3.3.2.2.

tuation zu einer Einschränkung von Einsichts- und/oder Steuerungsfähigkeit, so liegt eine verminderte Schuldfähigkeit vor. Diese ist allerdings nicht zu beachten, wenn der Affekt im Sinne einer *actio libera in causa* vorverschuldet wurde. Obwohl die affektbedingten Auswirkungen auf die Schuldfähigkeit in der Praxis sehr selten berücksichtigt werden, ist nicht nötig, dass ein eigener Tatbestand, der zur Schuldfähigkeit beim Affektdelikt Stellung nimmt, geschaffen wird.¹²⁴⁷ Die einheitliche und konsequente Anwendung der vorhandenen Möglichkeiten würde genügen.

Die Gemütslage beeinflusst auch das Strafzumessungsverschulden. Der Affekt wirkt im Rahmen der verminderten Schuldfähigkeit und der Strafmilderung nach Art. 48 lit. c StGB strafmildernd und gleichzeitig strafmindernd. Grundsätzlich ist jeder Affekt zumindest auf seine verschuldensvermindernde Wirkung zu prüfen, unabhängig davon, ob er entschuldigbar ist oder nicht. Die Verschuldensreduktion basiert auf der affektbedingten Einschränkung der Handlungskontrolle.

Die strafrechtlichen Instrumentarien, um den Affekt bei der Tatbeurteilung zu berücksichtigen, sind vorhanden. Sie werden in der Praxis allerdings zu wenig angewandt. Es ist notwendig, dass eine systematische Befassung mit Affektdelikten stattfindet. So wurde im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils mit Art. 48 lit. c StGB klargestellt, dass die heftige Gemütsbewegung grundsätzlich in allen Fällen zu beachten ist; ob ihm dann schuld- beziehungsweise verschuldensvermindernde Wirkung zukommt, kann erst die sachgerechte Prüfung im Einzelfall ergeben. Die Bestimmung wird in der Praxis allerdings ebenfalls zu inkonsequent angewendet.

Die Zurückhaltung bei der Beachtung des Affekts in der Praxis beruht auf zwei Gründen. Zunächst wurde an verschiedener Stelle gezeigt, dass *kriminalpolitische Überlegungen* eine bedeutende Rolle spielen. Es wird befürchtet, dass ein Täter bei einer Berücksichtigung des Affekts in zu vielen Fällen strafflos oder zumindest mit einer sehr geringen Strafe davonkommen würde. Solche Überlegungen sind der Grund für die Schaffung von Art. 19 Abs. 4 StGB. Eine über die Regeln der *actio libera in causa* hinausgehende Einschränkung der Beachtung der affektbedingten Schuldverminderung ist nicht statthaft. Dies würde dazu führen, dass der Affekt im Vergleich zu anderen Gründen, welche die Schuld des Täters aufheben oder vermindern können, ungerechtfertigterweise nicht angewendet würde. So ist daran zu erinnern, dass nicht jegli-

¹²⁴⁷ Dies verlangte noch WALDER, ZStrR 1965, 57, m.H. auf die italienische Gesetzgebung.

che Emotionen, welche bei den meisten Straftätern vorhanden sind, einen Affekt darstellen; ein solcher liegt nur in Extremsituationen vor.

Das zweite Problem ist tatsächlicher Natur. Die *Feststellbarkeit* einer massgebenden heftigen Gemütsbewegung ist äusserst schwierig. Es ist eine retrospektive Beurteilung des psychischen Zustands des Täters zum Tatzeitpunkt nötig. Dabei handelt es sich – anders etwa als bei länger andauernden psychischen Störungen – um eine Momentaufnahme. Diese nachzuvollziehen ist äusserst schwierig, da man sich grundsätzlich nur auf eine durch Zeugenaussagen rekonstruierte Verhaltensbeobachtung oder eine retrospektive Analyse des Tatgeschehens stützen kann.¹²⁴⁸ Um diesem Problem zu begegnen, ist jedoch nicht die Beachtlichkeit des Affekts einzuschränken, sondern es sind prozessuale Regeln zu finden, wie eine Feststellung möglich ist. Im Vordergrund stehen dabei die Bestimmungen über die sachverständige Begutachtung. Eine solche ist regelmässig einzuholen, wenn Zweifel bestehen, ob und wie sich eine heftige Gemütsbewegung auf den Tathergang auswirkte.¹²⁴⁹

Die Beachtung des Affekts ist im schweizerischen Strafrecht nicht auf den Allgemeinen Teil beschränkt. Auch im Besonderen Teil des StGB finden sich verschiedene Bestimmungen, welche am emotionalen Zustand des Täters anknüpfen. Auf diese wird im nächsten Kapitel eingegangen.

¹²⁴⁸ LAMBERTI, Zeitschrift für Neuropsychologie 2009, 222; vgl. zum Problem der Feststellbarkeit auch BERNSMANN, NSTZ 1989, 161; RYSER BÜSCHI, 230; SALGER, FS-Tröndle, 207.

¹²⁴⁹ Vgl. ausführlich dazu hinten Zweiter Teil 3. Kap.

2. Kapitel: Affekt im Besonderen Teil des StGB

A. Tötung im Affekt

I. Vorbemerkungen

Delinquenz weist häufig eine affektive Komponente auf. Geht die psychologische Forschung teilweise davon aus, dass jegliches menschliches Handeln emotional motiviert ist,¹²⁵⁰ so gilt dies umso mehr für schwere Straftaten. Insbesondere gravierende Delikte zeichnen sich in der Regel dadurch aus, dass sich der Täter in einem emotionalen Sonderzustand befindet. Dieser wird nicht zuletzt hervorgebracht, weil der Täter normalerweise weiss, dass er soeben etwas Verbotenes tut.¹²⁵¹

Gerade bei Tötungsdelikten ist es typisch, dass sich der Täter in einer emotionalen Situation befindet, welche ihn zur Handlung motiviert. So kann davon ausgegangen werden, dass es sich bei zahlreichen Tötungen um emotional motivierte Straftaten handelt.¹²⁵² THORMANN/OVERBECK führen aus, dass wohl die wenigsten „Menschen die Tötung eines Mitmenschen in vollkommener Gemütsruhe auszuführen im Stande sind.“¹²⁵³ Die forensische Literatur unterstützt diesen Schluss und weist darauf hin, dass eine affektive Erregung bei Tötungsdelikten den Normalfall darstellt.¹²⁵⁴

Diese Feststellung ist entscheidend. Sie zeigt, dass Tötungen häufig in einer Gemütsbewegung begangen werden. Dies ist jedoch nicht zwangsweise bedeutsam für die juristische Klassifizierung. Eine affektiv motivierte Tötung wird nicht in jedem Fall als Totschlag privilegiert.¹²⁵⁵ Es kann sich gegebenen-

¹²⁵⁰ RAUCH, 200 f.; vgl. auch vorne Erster Teil 2. Kap. A. I.

¹²⁵¹ FOERSTER/VENZLAFF, 283; MAIER/MÖLLER, 186; NEDOPIL/MÜLLER, 279; vgl. auch SALGER, FS-Tröndle, 206; URBANIÖK, 276.

¹²⁵² BINDER, ZStrR 1952, 319; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 8; STRATEN-WERTH, AT I, § 11 N 21; WALDER, ZStrR 1979, 162; vgl. auch FISCHER, § 20 N 30; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 161; WK-MOOS, § 76 N 17.

¹²⁵³ THORMANN/OVERBECK, Zweiter Band, Art. 113 N 3; vgl. auch BINDER, ZStrR 1952, 320.

¹²⁵⁴ SAB, *Nervenarzt* 1983, 558; vgl. auch HORN, 163; MARNEROS, *Affekttaten*, 2 ff.

¹²⁵⁵ WALDER, ZStrR 1979, 162; vgl. auch BGE 82 IV 86, E.1.

falls auch um einen *Mord* handeln.¹²⁵⁶ Die Annahme eines Affekts steht der Mordqualifikation nicht entgegen.¹²⁵⁷

Ist bei einer Affekttötung kein Qualifizierungsmerkmal von Art. 112 StGB einschlägig und kann auch keine Privilegierung im Sinne von Art. 113 StGB angenommen werden – zum Beispiel aufgrund einer Verneinung der Entschuldbarkeit des Affekts –, so ist sie als *vorsätzliche Tötung* gemäss Art. 111 StGB zu beurteilen.¹²⁵⁸

Eine *fahrlässige Tötung* im Affekt ist nicht nach Art. 113 StGB, sondern nach Art. 117 StGB zu beurteilen.¹²⁵⁹ Dabei sind die Auswirkungen des emotionalen Erregungszustands auf die Fahrlässigkeit zu beachten.¹²⁶⁰

Im Zusammenhang mit Tötungsdelikten – und wohl sogar im Kontext mit dem Strafrecht an sich – wird der Affekt vor allem beim *Totschlag* nach Art. 113 StGB thematisiert. Dieser Tatbestand bestimmt, dass eine Tötung als Totschlag verstanden wird, wenn der Täter in einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung gehandelt hat. Als Ergebnis wird der Täter mit einer erheblich geringeren Strafdrohung konfrontiert.¹²⁶¹ Die dazu führenden Umstände entsprechen wortwörtlich der Strafmilderung nach Art. 48 lit. c StGB. Der Totschlag ist damit genau genommen eine Strafzumessungsregel. Es handelt sich um einen obligatorischen Strafmilderungsgrund, welcher vom Gesetzgeber aus historischen Gründen im BT geregelt wird.¹²⁶² Gerade auf Tötungen im Affekt wurde schon früher eine geringere Strafdrohung angewendet,¹²⁶³ was erklären dürfte, wieso an der Regelung festgehalten wird, obwohl sie durch die Bestimmung des Affekts als allgemei-

¹²⁵⁶ So ist nach BINDER, ZStrR 1952, 319 f., davon auszugehen, dass die meisten Täter zumindest bei der Durchführung des Mordes in einen affektiven Zustand geraten.

¹²⁵⁷ BGE 101 IV 279, E. 5; 98 IV 153, E. 5; 81 IV 150, E. 3; WALDER, ZstrR 1979, 157; vgl. zur Konkurrenz von Art. 113 mit Art 111 bzw. 112 StGB hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 5.

¹²⁵⁸ WALDER, ZStrR 1979, 142.

¹²⁵⁹ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 2; WALDER, ZStrR 1979, 159.

¹²⁶⁰ Dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. I. 2. b) bb).

¹²⁶¹ 1-10 Jahre Freiheitsstrafe bei Art. 113 statt nicht unter 5 Jahren bei Art. 111 bzw. nicht unter 10 Jahren bei Art. 112 StGB. Im österreichischen Gesetz gilt beim Totschlag nach § 76 Ö-StGB demgegenüber ein Strafrahmen von 5-10 Jahren Freiheitsstrafe; kritisch zur Mindeststrafe von 5 Jahren WK-MOOS, § 76 N 2.

¹²⁶² BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 2; vgl. dazu ausführlicher hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. c) bb).

¹²⁶³ Dazu ausführlich PAHUD DE MORTANGES, FS-Bühler, 3 ff.; vgl. auch MAIHOLD, ius.full 2006, 79; RÜPING/JEROUSCHEK, 102; WITTER, MschrKrim 1960, 20.

nen Strafmilderungsgrund nach Art. 48 lit. c StGB im Grunde genommen unnötig ist.

Die geschichtliche Verankerung des Totschlags dürfte schliesslich dazu geführt haben, dass der Affekt vor allem bei Tötungsdelikten vertieft beachtet und in anderen Kontexten oft aussen vor gelassen wird. Aufgrund dieser gewichtigen Bedeutung des Totschlags in der Frage nach der Berücksichtigung des Affekts im Strafrecht wird im folgenden Unterkapitel vertieft darauf eingegangen.

II. Totschlag (Art. 113 StGB)

Wird eine Tötung in entschuldbarer heftiger Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung ausgeführt, so handelt es sich um einen Totschlag. Dies ist gemäss der herrschenden Lehre eine privilegierte beziehungsweise mildere Form der Tötung (Art. 111 StGB).¹²⁶⁴ Zu beachten ist jedoch, dass der Hintergrund der milderen Strafdrohung im Affekt liegt und damit grundsätzlich kein geringeres Tatunrecht, sondern bloss ein vermindertes Verschulden des Täters berücksichtigt wird.¹²⁶⁵ SCHWARZENEGGER weist daher darauf hin, dass es sich nur dann um eine privilegierte Form der Tötung handeln kann, wenn bei der Entstehung der heftigen Gemütsbewegung beziehungsweise der grossen seelischen Belastung eine Opfermitverantwortung vorliegt, da nur in diesen Fall ein vermindertes Tatunrecht gegeben ist.¹²⁶⁶ Wie später gezeigt wird, stellt der Totschlag richtigerweise einen im Besonderen Teil geregelten Strafmilderungsgrund dar.¹²⁶⁷

¹²⁶⁴ BGE 119 IV 202, E. 2a; 108 IV 99, E. 3a; 107 IV 103, E. 2b; BGer, Urteil vom 23. Januar 2015, 6B_600/2014, E. 3.1; Urteil vom 1. Mai 2009, 6B_158/2009, E. 2; CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 1; DISCH, 383; DONATSCH, SR III, 7; DUPUIS et al., Art. 113 N 2; GRAVEN, ZStrR 1946, 370; HERREN, 47; HURTADO POZO, Partie spéciale, 157; NOLL, BT I, 19; SCHWANDER, 510; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 2; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 27; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 113 N 1, THORMANN/OVERBECK, Zweiter Band, Art. 113 N 1 f.; WALDER, ZStrR 1979, 160. Gleiches wird in Österreich für § 76 Ö-StGB angenommen; siehe BIRKLBAUER/HILF/TIPOLD, § 75 N 1; FUCHS/REINDL-KRAUSKOPF, 11; KIENAPFEL/SCHROLL, § 76 N 1; WK-MOOS, § 76 N 3.

¹²⁶⁵ SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 113 N 4; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 2; vgl. auch SCHWANDER, 510.

¹²⁶⁶ StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 2.

¹²⁶⁷ Vgl. hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. c) bb).

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand setzt die Tötung eines anderen Menschen voraus. Die Handlung des Täters muss dabei kausal für die Todesfolge sein. Es muss damit der objektive Tatbestand der vorsätzlichen Tötung nach Art 111 StGB erfüllt werden.¹²⁶⁸

2. Subjektiver Tatbestand

Auf subjektiver Seite des Totschlags ist Vorsatz im Sinne von Art. 12 Abs. 2 StGB gefordert. Der Täter muss die Tötung mit Wissen und Willen ausgeführt haben.¹²⁶⁹ Dabei genügt Eventualvorsatz.¹²⁷⁰

Wichtig zu bemerken ist, dass sich der Vorsatz des Täters nicht auf die heftige Gemütsbewegung beziehen muss.¹²⁷¹ Dies beruht nicht zuletzt auf dogmatischen Überlegungen. Mit der Privilegierung wird eine schuldmlindernde Tatsache für die Tötungsdelikte vom Allgemeinen in den Besonderen Teil verschoben. Nach der im schweizerischen Strafrecht geltenden Trias der Strafbarkeit – Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld – werden schuldrelevante Tatsachen nach der Tatbestandsmässigkeit berücksichtigt. Demnach ist es folgerichtig, dass die Privilegierungsmerkmale des Totschlags nicht vom Vorsatz erfasst werden müssen. Gleiches gilt für die Strafmilderungs- und Strafminderungsgründe.

Insgesamt sind der objektive und der subjektive Tatbestand von Art. 113 und Art. 111 StGB identisch.¹²⁷² Es kommen lediglich die Privilegierungsmerkmale der entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung oder der seelischen Belastung hinzu. PAHUD DE MORTANGES führt demzufolge aus: „Wesentlich für die Abgrenzung zum ordentlichen Tötungstatbestand ist nur der besondere Seelenzustand, aus dem heraus der Täter handelt.“¹²⁷³

¹²⁶⁸ CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 4; DUPUIS et al., Art. 113 N 5; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 160; THORMANN/OVERBECK, Zweiter Band, Art. 113 N 2.

¹²⁶⁹ CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 5; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 113 N 9; DUPUIS et al., Art. 113 N 6; HERREN, 51; vgl. zum Vorsatz auch vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. I. 2. a).

¹²⁷⁰ CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 5; DUPUIS et al., Art. 113 N 6; HERREN, 51; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 22.

¹²⁷¹ OGer ZH, Urteil vom 21. April 2010, SE090045, E. II. 4.3.; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 22; WALDER, ZStrR 1979, 165; WALDER, ZStrR 1965, 41.

¹²⁷² SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 113 N 5.

¹²⁷³ PAHUD DE MORTANGES, FS-Bühler, 3.

3. Privilegierungsmerkmale

a) Handeln in einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung

aa) Heftige Gemütsbewegung

(1) Entstehung des Wortlauts

Obwohl die strafmindernde Wirkung eines Affekts insbesondere bei Tötungsdelikten historisch angestammt ist, hatte der Vorentwurf zum schweizerischen Strafgesetzbuch noch einen anderen Wortlaut. Der Totschlag sollte angewendet werden, wenn der Täter „in leidenschaftlicher Aufwallung“ handelte.¹²⁷⁴ STOOSS führt dazu aus: „Die mildere Behandlung der jähren Blutthat des erregten Totschlägers rechtfertigt sich aus ihrem beinahe elementaren Ursprunge. Der Thäter wird von seinem Temperamente zu der That hingerissen, das Blut wallt auf und die That ist geschehen.“¹²⁷⁵

In der zweiten Expertenrunde wurde diese Formulierung jedoch in Frage gestellt. So wurde von zwei Mitgliedern eine Änderung der Bestimmung angeregt; es sollten Tötungen, welche in einer Gemütsbewegung begangen wurden, erfasst werden.¹²⁷⁶ LANG forderte, dass jede tötende Person, welche von einem Affekt beherrscht war, milder zu bestrafen sei. Er hielt es zudem nicht für angebracht, nur die berechnete Gemütsbewegung als Anknüpfung zu nehmen. Jeglicher Affekt sollte beachtet werden; die Berechnung sollte jedoch bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.¹²⁷⁷ HAFTERS Vorschlag war eingeschränkter. Er befürwortete, den Totschlag auf die Fälle, in welchen „der Täter in gerechtfertigter, aus den Umständen begreiflicher Gemütsbewegung gehandelt hat“, zu beschränken.¹²⁷⁸ Trotz gewisser Bedenken an dieser Formulierung wurde schliesslich die Tötung in einer nach den Umständen gerechtfertigten – also begreiflichen oder erklärbaren – heftigen Gemütsbewegung als Totschlag definiert.¹²⁷⁹

¹²⁷⁴ STOOSS, Vorentwurf mit Motiven, 38, Art. 50 Abs. 2.

¹²⁷⁵ STOOSS, Vorentwurf mit Motiven, 147.

¹²⁷⁶ Prot. 1912, 147, wobei der Antrag LANGS von „Gemütsregung“ sprach.

¹²⁷⁷ Prot. 1912, 153 f.

¹²⁷⁸ Prot. 1912, 155.

¹²⁷⁹ Prot. 1912, 164 f.

Schliesslich wurde der heutige Wortlaut – die Handlung „in einer nach den Umständen entschuldbaren¹²⁸⁰ heftigen Gemütsbewegung“ – in den Vorentwurf von 1916 und ins Gesetz aufgenommen.¹²⁸¹

Der zweite Privilegierungsgrund der grossen seelischen Belastung wurde erst mit der Gesetzesänderung von 1986 ins Gesetz aufgenommen.¹²⁸²

(2) Der Affekt als heftige Gemütsbewegung

Zur Anwendung des Totschlags ist gefordert, dass der Täter in einer *Gemütsbewegung* handelt. Mit dem Begriff „Gemüt“ sind das gefühlsmässige Erleben beziehungsweise die Emotionen eines Menschen gemeint.¹²⁸³ Dies wird durch den französischen Terminus der „*émotion violente*“ verdeutlicht. Es handelt sich um einen psychologischen Zustand emotionalen Ursprungs.¹²⁸⁴ Grundsätzlich kommen alle möglichen Gefühlszustände in Betracht; jegliche heftige Emotion kann zur Anwendung dieses Privilegierungsmerkmals führen.¹²⁸⁵ Dennoch werden Jähzorn, Wut, Eifersucht, Verzweiflung, Angst und Bestürzung als typische Beispiele für die Gemütsbewegung genannt.¹²⁸⁶ Daneben sind aber auch Furcht, Glück, Abscheu et cetera zu beachten.¹²⁸⁷

Die vom Gesetz geforderte *heftige* Gemütsbewegung macht deutlich, dass Handeln in jeder Emotion nicht genügt.¹²⁸⁸ Vielmehr wird vom Gesetz eine Einschränkung in quantitativer Hinsicht vorgenommen.¹²⁸⁹ Um diese Voraus-

¹²⁸⁰ Der Begriff der Entschuldbarkeit wurde bereits in der zweiten Expertenkommission von ZÜRCHER aufgeworfen; vgl. Prot. 1912, 163.

¹²⁸¹ Art. 105 VE StGB 1916; vgl. auch Botschaft StGB 1918, 30 f.

¹²⁸² Botschaft StGB 1985, 1023 ff.

¹²⁸³ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 3; ähnlich im österreichischen Recht BIRKLBAUER/HILF/TIPOLD, § 75 N 6.

¹²⁸⁴ BGE 119 IV 202, E. 2a; 118 IV 233, E. 2a; BGer, Urteil vom 23. Januar 2015, 6B_600/2014, E. 3.1.1; Urteil vom 10. November 2014, 6B_88/2014, E. 4.2; Urteil vom 21. Februar 2013, 6B_687/2012, E. 1.2; OGer ZH, Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. II. 2.1.2.

¹²⁸⁵ BGer, Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, E. 4.3.2; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 6; WALDER, ZStrR 1979, 159.

¹²⁸⁶ BGer, Urteil vom 19. Juni 2014, 6B_748/2013, E. 2.2; Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, E. 4.3.2; Urteil vom 27. April 2011, 6B_31/2011, E. 2.3.2; Urteil vom 19. April 2011, 6B_876/2010, E. 2.1; Urteil vom 28. Februar 2011, 6B_829/2010, E. 4.3.1; Urteil vom 17. Juli 2008, 6B_289/2008, 6B_290/2008/sst, E. 6.3.

¹²⁸⁷ OGer ZH, Urteil vom 5. Juli 2012, SB120026, E. 4.5.

¹²⁸⁸ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 29.

¹²⁸⁹ OGer ZH, Urteil vom 5. Juli 2012, SB120026, E. 4.5; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 6.

setzungen zu erfüllen, wird die heftige Gemütsbewegung von Lehre und Rechtsprechung als normalpsychologische – also nicht krankhafte –, starke Gefühlsregung, welche die Fähigkeit des Täters eine Situation einzuschätzen oder sich selber zu beherrschen einschränkt, umschrieben.¹²⁹⁰ Ist ein Täter einfach „sauer, verärgert und psychisch ziemlich verletzt“, handelt es sich nicht um eine heftige Gemütsbewegung im Sinne des Gesetzes.¹²⁹¹

Damit die Privilegierung des Totschlags angewendet werden kann, muss der Täter also unter Einfluss eines Gefühls von besonderer Stärke handeln.¹²⁹² Dementsprechend stellt die heftige Gemütsbewegung im Sinne von Art. 113 StGB klarerweise einen Affekt dar. Diese Terminologie wird beim Totschlag häufig verwendet.¹²⁹³ Teilweise wird auch von einem „Affektsturm“ gesprochen.¹²⁹⁴ Allerdings ist kein qualifizierter Affekt vorausgesetzt. Es ist nur eine heftige Gemütsbewegung und nicht ein heftiger Affekt verlangt.¹²⁹⁵ Dementsprechend trifft HERRENS Aussage nicht zu, dass das Gesetz einen heftigen Affekt fordere.¹²⁹⁶ Zwar ist es korrekt, dass die Gemütsbewegung die

¹²⁹⁰ BGE 119 IV 202, E. 2a; 118 IV 233, E. 2a; BGer, Urteil vom 23. Januar 2015, 6B_600/2014, E. 3.1.1; Urteil vom 22. August 2013, 6B_305/2013, E. 4.3.2; OGer ZH, Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. II. 2.1.2.; GeschwGer ZH, Urteil vom 13. Juni 1996, ZR 96/1997, 60; CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 8; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 113 N 2; DONATSCH, SR III, 15; DUPUIS et al., Art. 113 N 7; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 161; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 113 N 4; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 113 N 2; vgl. auch MARKWALDER, 185, die von „intense emotions“ spricht; NOLL, BT I, 20, der fordert, dass der Affekt „die normgemässe Steuerung beeinträchtigt“.

¹²⁹¹ OGer ZH, Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. II. 5., i.c. wurde der Totschlag jedoch vorwiegend wegen der fehlenden Entschuldbarkeit verneint.

¹²⁹² BGer, Urteil vom 22. August 2013, 6B_305/2013, E. 4.3.2; Urteil vom 8. Dezember 2011, 6B_524/2010 und 6B_626/2011, E. 3.5.1; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 6.

¹²⁹³ BGE 82 IV 86, E. 1: „Der Totschlag ist [...] eine Affekthandlung.“; BINDER, ZStrR 1952, 318: „Totschlag ist [...] stets eine Affekthandlung.“; GRAVEN, RSC 1966, 252: „Tötung im Affekt“; HAFTER, BT I, 16: „Totschlag ist Affekttötung.“; PETRZILKA, 122; THORMANN/OVERBECK, Zweiter Band, Art. 113 N 1 f.: „Der Totschlag ist Tötung im Affekt.“; WALDER, ZStrR 1965, 34. Gleiches gilt im österreichischen Recht; FUCHS/REINDL-KRAUSKOPF, 12 f.; WK-MOOS, § 76 N 1: „Tötung im Affekt“; MOOS, ZStW 1977, 806: „Tötung in begrifflichem Affekt“.

¹²⁹⁴ OGer ZH, Urteil vom 12. November 2014, SB140187, E. 4.2.2; in der österreichischen Lehre ebenso KIENAPFEL/SCHROLL, § 76 N 17.

¹²⁹⁵ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 6; WALDER, ZStrR 1979, 159; WALDER, ZStrR 1965, 34.

¹²⁹⁶ HERREN, 48; vgl. auch SCHULTZ, ZStrR 1991, 402, der von einem starken Affekt ausgeht; unklar BGE 107 IV 103, E. 2b, wo von einem ausserordentlichen Affekt gespro-

Grenzen des Gewohnten und Alltäglichen sprengen muss,¹²⁹⁷ dies ist jedoch – wie in der einleitenden Begriffserklärung gezeigt¹²⁹⁸ – gerade ein Begriffselement des Affekts. Dessen Stärke ist nur bei der Strafzumessung zu beachten. So umschreibt sie, wie stark sich das Gefühlsleben auf die Beherrschungsfähigkeit des Täters ausgewirkt hat und damit inwieweit es strafmindernd zu berücksichtigen ist.¹²⁹⁹ Ein bloss leichter Affekt kann zur Anwendung des Totschlags führen, da es sich dabei immer noch um eine heftige Emotion handelt.¹³⁰⁰

Zusätzlich zum starken Gefühl ist nach der aufgeführten Definition eine dadurch hervorgerufene Auswirkung auf die kognitiven Prozesse des Täters von Nöten. Dieser kann einerseits darin eingeschränkt sein, die aktuelle Situation korrekt einzuschätzen. Andererseits kann es auch möglich sein, dass er die Situation zwar richtig erkennt, sie jedoch falsch bewertet. Schliesslich kann seine Fähigkeit, sich selber zu kontrollieren beziehungsweise zu beherrschen, durch die starke Gefühlsregung eingeschränkt sein. Die heftige Emotion führt mit anderen Worten dazu, dass sich eine kognitive und willentliche Verarbeitung der Handlung nicht mehr – oder nicht mehr wie üblich – einschalten kann.¹³⁰¹ Der Wille und die Vernunft des Täters sind zu einem gewissen Grad eingeschränkt.¹³⁰² Nicht vorausgesetzt ist eine vollständige Ausschaltung von bewussten Überlegungen. Auch im Affekt können noch kritische Reflexionen, Hemmungs- sowie Gegenvorstellungen gegenüber den affektiven Impulsen steuernd und bremsend eingeschaltet werden. Es gibt auch beim Affektdelikt noch Momente, in denen der Täter das gerade ablaufende Geschehen reflektiert oder zumindest reflektieren könnte.¹³⁰³

Die Einengung des Bewusstseinsfelds muss nicht zwangsweise soweit gehen, dass der Täter einer verminderten Zurechnungsfähigkeit im Sinne von

chen wird, ohne jedoch zu klären, ob ein solcher vorausgesetzt ist oder nicht. In der österreichischen Lehre fordert WK-MOOS, § 76 N 17, einen „hochgradigen Affekt“, der zwischen einem höchstgradigen Affekt bei der Schuldunfähigkeit und einem normalen Affekt bei jeglicher Tötung liegt; ähnlich KIENAPFEL/SCHROLL, § 76 N 11.

¹²⁹⁷ HERREN, 48.

¹²⁹⁸ Vgl. vorne Erster Teil I. Kap.

¹²⁹⁹ Zur Berücksichtigung des Affekts bei der Strafzumessung vorne Zweiter Teil I. Kap. B. III.

¹³⁰⁰ Anders jedoch OGer AG, Urteil vom 25. Mai 1984, AGVE 1984, S. 86, E. 1d.

¹³⁰¹ BINDER, ZStrR 1952, 318; PIETH, BT, 18; vgl. dazu insbesondere auch die affektbedingten Auswirkungen auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit vorne Zweiter Teil I. Kap. A. III. 3. a) cc).

¹³⁰² So schon KantGer VS, Urteil vom 27. Oktober 1972, ZWR 1973, S. 372.

¹³⁰³ GeschwGer ZH, Urteil vom 13. Juni 1996, ZR 96/1997, 60.

Art. 19 StGB unterliegt. Vielmehr sind auch Fälle denkbar, in denen der Täter durch die emotionale Ausnahmesituation zwar in gewissen kognitiven Fähigkeiten eingeschränkt ist, dies jedoch nicht zur Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit genügt. Insofern ist eine verminderte Zurechnungsfähigkeit kein obligatorisches Tatbestandsmerkmal von Art. 113 StGB.¹³⁰⁴ Ausserdem ist zu beachten, dass die Einschränkung der kognitiven Prozesse einzig auf dem Affekt beruhen muss. Das Handeln des Täters ist nicht krankhaft bestimmt; es handelt sich um eine normalpsychologische Einengung des Bewusstseinsfelds aufgrund der heftigen Gemütsbewegung.¹³⁰⁵

Nach der herrschenden Lehre können sthenische und asthenische Affekte als heftige Gemütsbewegung im Sinne von Art. 113 StGB gelten.¹³⁰⁶ So wird dem Täter beim Totschlag eine verminderte Schuld zugerechnet, weil er unter dem Einfluss einer starken Gefühlsregung handelt. Seine Fähigkeit zu normgemäßem Verhalten ist aus nachvollziehbaren Gründen eingeschränkt.¹³⁰⁷ Dabei könne es nicht darauf ankommen, ob die Emotionslage des Täters aus Kraft oder aus Schwäche herrührt. Der Unterscheidung komme daher im vorliegenden Kontext keinerlei praktische Bedeutung zu.¹³⁰⁸ Dennoch wird teilweise zumindest andeutungsweise darauf hingewiesen, dass bei Art. 113 StGB nur eine der beiden Formen erfasst sei.¹³⁰⁹ Daher ist hier nochmals zu betonen, dass auf diese Unterscheidung aus sachlichen Gründen zu verzichten ist und jegliche Emotionen als Gemütsbewegung im Sinne der Bestimmung erfasst sind.¹³¹⁰ Eine falsche Differenzierung liegt ausserdem vor, wenn der sthenische Affekt mit der heftigen Gemütsbewegung und der asthenische Affekt mit der grossen seelischen Belastung gleichgesetzt wird.¹³¹¹

¹³⁰⁴ BINDER, ZStrR 1952, 337.

¹³⁰⁵ BGer, Urteil vom 25. September 2003, 6S.292/2003, E. 1.2; GeschwGer ZH, Urteil vom 13. Juni 1996, ZR 96/1997, 60; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 6.

¹³⁰⁶ CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 9; DONATSCH, SR III, 15; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 162; NOLL, BT I, 20; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 4 f.; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 29; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 113 N 4; WALDER, ZStrR 1979, 160; WALDER, ZStrR 1965, 35. Gleiches gilt für die heftige Gemütsbewegung im österreichischen Recht; siehe SbgK-BIRKLAUER/SCHMIDTHUBER, § 34 N 65; FABRIZY, § 76 N 2; FUCHS/REINDL-KRAUSKOPF, 12; KIENAPFEL/SCHROLL, § 76 N 16; WK-MOOS, § 76 N 40; SbgK-VELTEN, § 76 N 89.

¹³⁰⁷ STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 113 N 1.

¹³⁰⁸ CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 9.

¹³⁰⁹ OGer ZH, Urteil vom 25. Mai 2012, SB120029, E. 2.3.2.2.1.1: „sthenischer Affekt“.

¹³¹⁰ Dazu vorne Zweiter Teil I. Kap. A. III. 3. a) cc) (1).

¹³¹¹ So jedoch OGer ZH, Urteil vom 23. Mai 2013, SB110725, E. IV. 3cb; Urteil vom 21. April 2010, SE090045, E. II. 4.1; KantGer GR, Urteil vom 9. Oktober 2007,

In der älteren Literatur wird eine lang bestehende Konfliktsituation, welche zu einer Aggressionsstauung führt und den Täter zum Tatzeitpunkt „überrollt“, als heftige Gemütsbewegung verstanden.¹³¹² Ein derartiges Begriffsverständnis ist einerseits nicht kompatibel mit dem psychologischen Affektverständnis und andererseits seit der letzten Revision¹³¹³ des Totschlags nicht mehr notwendig. Eine solche Situation ist unter den Begriff der grossen seelischen Belastung zu subsumieren.¹³¹⁴ Mit der heutigen Zweiteilung der Totschlagsvarianten ist klar, dass die heftige Gemütsbewegung auf eigentliche Affekte abzielt. Der Täter handelt aus einer kurzfristig auftretenden, impulsiven Emotion.¹³¹⁵

(3) Temporale Voraussetzung

Weiter ist ein zeitlicher Aspekt zu beachten. Es ist zu prüfen, wann der Affekt vorgelegen haben muss, damit ein Totschlag angenommen werden kann. Aus dem Gesetz geht hervor, dass die heftige Gemütsbewegung bei Vornahme der Tötungshandlung auf den Täter gewirkt haben muss.¹³¹⁶ Sie muss mit anderen Worten unmittelbar vor und während der Tatausführung bestanden haben.¹³¹⁷ Die Handlung ist eine emotionale Kurzschlussreaktion des Täters.¹³¹⁸ Sie ist die direkte Umsetzung des gefühlsmässigen Zustands.¹³¹⁹ Das Bundesgericht

SF 06 21, E. 4b; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 113 N 2 und 5; SCHULTZ, ZStrR 1991, 402; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 113 N 2 und 4; vgl. auch BGer, Urteil vom 22. August 2000, 6S.94/2000/gnd, E. 2c.

¹³¹² OGer ZH, Urteil vom 1. Juni 1970, SJZ 1970, S. 344; BINDER, ZStrR 1952, 318 f.; SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 113 N 9 ff., welcher diesen Fall gar als „eigentliche Affekttaten“ bezeichnet, wohingegen die übrigen Fälle als „uneigentliche Affekttaten“ gelten sollen; vgl. für ein Beispiel aus der Praxis BGE 100 IV 150. In eine ähnliche Richtung geht teilweise die österreichische Literatur; vgl. etwa KIENAPFEL/SCHROLL, § 76 N 19; SbgK-VELTEN, § 76 N 94 ff., was aber damit zusammenhängen dürfte, dass dort keine Normierung der grossen seelischen Belastung besteht.

¹³¹³ Vgl. zu dieser Revision ausführlich SCHUTLZ, 395 ff.

¹³¹⁴ Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. b).

¹³¹⁵ BGE 118 IV 233, E. 2a; BGer, Urteil vom 24. September 2004, 6S.180/2004/gnd, E. 1.3. Unter dem österreichischen Gesetz werden länger andauernde Konfliktsituationen deshalb nicht als Totschlag i.S.v. § 76 aufgefasst; WK-MOOS, § 76 N 24, der eine der Schweizer Regelung entsprechende Anpassung fordert.

¹³¹⁶ THORMANN/OVERBECK, Zweiter Band, Art. 113 N 4; in der österreichischen Lehre ebenso KIENAPFEL/SCHROLL, § 76 N 18; WK-MOOS, § 76 N 21; SbgK-VELTEN, § 76 N 92.

¹³¹⁷ DISCH, 385; NOLL, BT I, 20; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 29; WALDER, ZStrR 1979, 161.

¹³¹⁸ OGer ZH, Urteil vom 5. Juli 2012, SB120026, E. 4.5.

¹³¹⁹ BINDER, ZStrR 1952, 318.

fasst diese Voraussetzung folgendermassen zusammen: “Der Täter [reagiert] mehr oder weniger unverzüglich auf eine ihn jäh ergreifende Gefühlswal-
lung.“¹³²⁰ Ein ca. 15- bis 20-minütiger Abstand zwischen einer tätlicher Ausein-
andersetzung, die eine heftige Gemütsbewegung hervorrief, und der eigentli-
chen Tat stellt ein Indiz dafür dar, dass es sich nicht um eine Affekttat hand-
elt.¹³²¹ Vergehen zwischen dem Umstand, der die heftige Emotion ausgelöst
hat, und der Tat zwei Stunden, so liegt kein beachtlicher Affekt mehr vor.¹³²²
Damit geht die Praxis mit der Lehrmeinung einher, dass es sich bei einer af-
fektiven Tötung in der Regel um ein sehr plötzliches Tatgeschehen handelt.¹³²³
Typischerweise greift der Täter sein Opfer unter Einfluss der heftigen Ge-
mütsbewegung spontan an.¹³²⁴ Es lassen sich jedoch keine klaren zeitlichen
Grenzen ziehen.¹³²⁵ Es bleibt immer im Einzelfall zu beurteilen, ob der Affekt
des Täters zur Tatzeit noch vorherrschend war oder nicht.

Beruhet die heftige Gemütsbewegung auf einer Auseinandersetzung¹³²⁶ zwi-
schen dem Täter und dem Opfer, so ist entscheidend, ob sich die Tathandlung
vor Abschluss dieser Auseinandersetzung ereignet. Findet ein tätlicher Streit –
beispielsweise mit Fusstritten und Provokationen – ein Ende darin, dass einer
der Kontrahenten die Örtlichkeit des Streits verlässt, so ist bei einem Tötungs-
versuch bei dessen Rückkehr davon auszugehen, dass dieser nicht unmittelbar
mit der tätlichen Auseinandersetzung zusammenhängt und der Affekt daher
keinen entscheidenden Einfluss auf das Tatgeschehen hat.¹³²⁷ Diesbezüglich ist
allerdings zu bemerken, dass zwischen der Hervorrufung des Affekts und der

¹³²⁰ BGer, Urteil vom 8. Dezember 2011, 6B_524/2010 und 6B_626/2011, E. 3.5.1; Urteil vom 28. Februar 2011, 6B_829/2010, E. 4.3.1; vgl. auch BGer, Urteil vom 23. Januar 2015, 6B_600/2014, E. 3.1.1.

¹³²¹ BGer, Urteil vom 14. Dezember 2007, 6B_418/2007, E. 2.3, wobei das Bundesgericht betont, dass das Fehlen eines Affekts nicht alleine aus diesem Zeitablauf geschlossen werden könne; ebenso BGer, Urteil vom 10. Juli 2012, 6B_246/2012, E. 2.4.2, jedoch für den Affekt nach Art. 48 lit. c StGB.

¹³²² BGer, Urteil vom 2. September 2014, 6B_104/2014, E. 2.2; KantGer JU, Urteil vom 28. November 2013, E. 6.1.; Gleiches gilt sicherlich auch bei einem Abstand zwischen Streit und Tat von 60 Stunden; KrimGer TG, Urteil vom 8. April 1983, RBOG 1983, S. 98, E. 2.

¹³²³ BGer, Urteil vom 14. Dezember 2007, 6B_418/2007, E. 2.3; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 7.

¹³²⁴ BGer, Urteil vom 24. September 2004, 6S.180/2004/gnd, E. 1.3.

¹³²⁵ Für das österreichische Recht ebenso FUCHS/REINDL-KRAUSKOPF, 13; WK-MOOS, § 76 N 23.

¹³²⁶ Solche Auseinandersetzungen sind vor allem für die Frage der Entschuldbarkeit ent-
scheidend; dazu hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb) (2).

¹³²⁷ OGer ZH, Urteil vom 10. Oktober 2013, SB130154, E. Rechtliche Würdigung 2.3.

dadurch ausgelösten Tatausführung durchaus gewisse Schritte erfolgen können. Entscheidend ist, dass der Affekt noch nicht abgeflacht ist und der Täter keine Zeit zur Einschaltung von rationalen Überlegungen hatte. Wird eine Person in einem Lokal tätlich angegriffen und flieht der Angreifer, so ist auch dann noch von einem massgeblichen Affekt auszugehen, wenn der Täter sich zunächst eine Waffe hinter der Bar holt und erst auf der Strasse vor der Lokalität auf seinen Kontrahenten schießt.¹³²⁸ Massgebend ist, ob die heftige Gemütsbewegung auch bei einem kurzen zeitlichen Unterbruch und der räumlichen Zäsur fortbestand.¹³²⁹

Nur der Affekt muss unmittelbar vor der Tat vorliegen. Dies bedingt nicht, dass der Täter den Tötungsvorsatz spontan und unmittelbar vor der Tat gefasst haben muss.¹³³⁰ Es ist möglich, dass eine Person den Beschluss zur Tötung vorgehend fasst und dann im Rahmen des tatsächlichen Tatgeschehens in eine heftige Gemütsbewegung versetzt wird und schliesslich unter deren Einfluss handelt. Jedoch spricht es gegen ein affektives Tathergehen, wenn der Täter eine Tötung als Abrechnung beziehungsweise als Racheakt begeht.¹³³¹

(4) Verübung einer Tötung *in* einer heftigen Gemütsbewegung

Unklar ist, wann genau eine Tat *in* einer heftigen Gemütsbewegung begangen wurde und ob dieses Erfordernis über die soeben beschriebene zeitliche Voraussetzung hinausgeht. Es gibt grundsätzlich zwei mögliche Auslegungsvarianten. Es könnte zum einen rein darauf abgestellt werden, ob sich der Täter zum Tatzeitpunkt in einem emotionalen Sonderzustand befand, unabhängig davon, ob dies auch nur eine zufällige Begleiterscheinung darstellte. Oder es könnten nur die Konstellationen, in welchen der Affekt das Handeln des Täters – also die Tötung – tatsächlich beeinflusste, erfasst sein.¹³³²

¹³²⁸ BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 3.3; ähnlich für das österreichische Recht FUCHS/REINDL-KRAUSKOPF, 14; KIENAPFEL/SCHROLL, § 76 N 20.

¹³²⁹ BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 3.3; vgl. auch OGer ZH, Urteil vom 12. November 2014, SB140187, E. 4.2.2., wo zwischen dem affektauslösenden Umstand und der Tat zumindest „wenige Minuten“ lagen.

¹³³⁰ THORMANN/OVERBECK, Zweiter Band, Art. 113 N 4; a.M. im österreichischen Recht FABRIZY, § 76 N 2.

¹³³¹ OGer ZH, Urteil vom 5. Juli 2012, SB120026, E. 4.5.

¹³³² Vgl. BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 7.

Mit der herrschenden Lehre ist davon auszugehen, dass unter dem Totschlag nur jener Affekt beachtlich ist, der sich in der Tat verwirklicht hat.¹³³³ Er muss kausal für die Tatbegehung sein.¹³³⁴ Für diesen Verwirklichungszusammenhang ist in der Regel notwendig, dass die Tat in einer Beziehung mit der heftigen Gemütsbewegung steht. Hat das Opfer beispielsweise keinerlei Einfluss auf die Verursachung der heftigen Emotionalität, handelt es sich grundsätzlich um einen unbeachtlichen Affekt.¹³³⁵ Hat zum Tatzeitpunkt eine heftige Gemütsbewegung vorgelegen, welche sich nicht in der Tatbegehung manifestierte, so kann dies gegebenenfalls zu einer verminderten Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 StGB führen,¹³³⁶ ist jedoch für die Feststellung des Totschlags nicht geeignet.

In jedem Fall unbeachtlich ist die heftige Gemütsbewegung, welche erst nach der Tatausführung auftritt.¹³³⁷ Ebenfalls nicht zu berücksichtigen ist ein Affekt, welcher den Täter vor der Tat ergriffen hat, wenn er die Tat selbst wieder in völliger Gemütsruhe ausführt.¹³³⁸

Nicht notwendig ist, dass die Entschlussfassung des Täters unter Affekteinfluss geschieht.¹³³⁹ Es ist denkbar, dass er sich für eine Tötung entscheidet und erst bei oder unmittelbar vor der Umsetzung des Plans in eine heftige Gemütsbewegung gerät, unter deren Einfluss er seinen vorangehenden Entschluss verwirklicht. Demnach schliessen Vorüberlegungen zur Tatbegehung die An-

¹³³³ StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 113 N 3; DUPUIS et al., Art. 113 N 10; HERREN, 49; SCHWANDER, 510a; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 7; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 113 N 7; vgl. auch HAFTER, BT I, 16: „die heftige Gemütsbewegung hat ihn [den Täter] zur Tat geführt.“

¹³³⁴ BGE 108 IV 99, E. 3a; OGer ZH, Urteil vom 19. Dezember 2012, SB120131, E. III. 2.5.5.; SCHWANDER, 510; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 7; jeweils mit Hinweis auf den italienischen Gesetzeswortlaut: „*cedendo a una violenta commozione dell'animo*“. In der österreichischen Lehre ebenso FUCHS/REINDL-KRAUSKOPF, 13; WK-MOOS, § 76 N 21; SbgK-VELTEN, § 76 N 90.

Hier ist noch darauf hinzuweisen, dass es fraglich ist, ob psychische Zustände – vorliegend der Affekt – in einer naturwissenschaftlichen Kausalität zu einem Ereignis stehen können. WALDER, ZStrR 1977, 123, führte zur Kausalität allgemein aus, dass nur Ereignisse, nicht aber Zustände, kausal verbunden sein können. Demnach müsste man vorliegend konkretisieren: das Auftreten des Affekts (als Änderung des Gemütszustands) muss kausal sein für die Tat.

¹³³⁵ OGer ZH, Urteil vom 29. Februar 2012, SB110597, E. III. 6.2.

¹³³⁶ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 7; vgl. zum Affekt als Grund für eine verminderte Schuldfähigkeit vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 4. b).

¹³³⁷ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 7; WALDER, ZStrR 1979, 161.

¹³³⁸ HERREN, 49.

¹³³⁹ DUPUIS et al., Art. 113 N 10; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 7.

wendbarkeit von Art. 113 StGB nicht eo ipso aus.¹³⁴⁰ Sie dürften jedoch in Fällen der heftigen Gemütsbewegung sehr selten vorkommen. Eher denkbar sind Konstellationen mit Vorüberlegungen im Zusammenhang mit der grossen seelischen Belastung.¹³⁴¹ Dieses Kriterium ist in der Totschlagsklassifikation allerdings seit der Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches nicht mehr entscheidend. Nach den zuvor geltenden kantonalen Strafgesetzen war das Überlegungskriterium von zentraler Bedeutung. Eine nach Vorbedacht durchgeführte Tötung wurde zumeist als Mord qualifiziert, eine Tötung ohne Vorüberlegung demgegenüber als Totschlag.¹³⁴²

(5) Indikatoren für eine heftige Gemütsbewegung

Wie bisher gesehen, muss die Tat insgesamt eine plötzliche Reaktion auf die unmittelbar auftretende heftige Gemütsbewegung darstellen.¹³⁴³ Um eine solche Tat zu erkennen, wird häufig auf verschiedene Indikatoren hingewiesen, welche auf eine affektiv motivierte Tötung schliessen lassen. Betrachtet werden die Umstände, die sich im unmittelbaren Vorfeld des inkriminierten Verhaltens abspielten und Rückschlüsse auf die psychische Verfassung des Täters zum Tatzeitpunkt erlauben.¹³⁴⁴

Typischerweise präsentiert sich eine affektbedingte Tötung folgendermassen.¹³⁴⁵

- fehlende Ankündigung der Tat;
- Fehlen einer vorangehenden Tatbereitschaft;
- keine Vorbereitungshandlungen;
- Zusammenhang zwischen Provokation, Erregung und Tat;¹³⁴⁶
- nicht zielgerichteter Tatablauf;

¹³⁴⁰ BINDER, ZStrR 1952, 318; GRAVEN, ZStrR 1960, 134; HAFTER, BT I, 17; HERREN, 49 ff.; THORMANN/OVERBECK, Zweiter Band, Art. 113 N 4.

¹³⁴¹ StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 113 N 6; vgl. zur Tötung unter einer grossen seelischen Belastung hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. b).

¹³⁴² BINDER, ZStrR 1952, 308 f.; vgl. auch COTTER, ZStrR 2004, 381.

¹³⁴³ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 7.

¹³⁴⁴ OGer ZH, Urteil vom 21. April 2010, SE090045, E. II. 5.2.

¹³⁴⁵ Liste mehrheitlich nach BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 6; vgl. auch OGer ZH, Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. II. 2.1.2.; GeschwGer ZH, Urteil vom 13. Juni 1996, ZR 96/1997, 60 ff.

¹³⁴⁶ Vgl. auch MAIER/MÖLLER, 188.

- plötzliches und impulsives Tatgeschehen;¹³⁴⁷
- Einengung des Bewusstseinsfelds;
- fehlende Detailerinnerung;¹³⁴⁸
- nachträgliche Unerklärbarkeit der eigenen Tat;¹³⁴⁹
- widersprüchliches und ambivalent wirkendes Nachtatverhalten.¹³⁵⁰

Bei einer in Folge eines Affekts bestehenden Erinnerungslücke ist indes Zurückhaltung geboten. Gerade wenn die übrigen Aussagen des Täters kurz vor und nach der Tat relativ detailliert ausfallen, ist davon auszugehen, dass es sich bei der Amnesie um eine Schutzbehauptung handelt.¹³⁵¹ Zudem können Erinnerungsstörungen auch das Ergebnis eines Verdrängungsprozesses beziehungsweise eines bewussten Nicht-Erinnern-Wollens sein.¹³⁵² Eine genaue Beurteilung der Amnesie kann nur eine gutachterliche Einschätzung liefern.¹³⁵³

Aus der Rechtsprechung – teilweise unter Bezugnahme auf fachmännische Gutachten – können auch Gegebenheiten herausgearbeitet werden, welche gegen das Vorliegen einer affektiven Tötung sprechen:

- länger andauernder Konflikt, welcher erst nach einiger Zeit in der Tötung mündete;¹³⁵⁴

¹³⁴⁷ So auch BGer, Urteil vom 14. Dezember 2007, 6B_418/2007, E. 2.3.

¹³⁴⁸ Eine Amnesie gilt jedoch nicht als Beweis für eine Affekttat; vgl. OGer ZH, Urteil vom 12. November 2014, SB140187, E. 3.10.1. Die Erinnerungslücke kann indes Folge eines hochgradigen Affekts sein; vgl. MAIER/MÖLLER, 188.

¹³⁴⁹ Vgl. auch MAIER/MÖLLER, 189.

¹³⁵⁰ BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 3.3; um zu verifizieren, welchen Eindruck der Täter kurz nach der Tat erweckte, werden insbesondere auch die Polizeiprotokolle einbezogen; vgl. OGer ZH, Urteil vom 12. November 2014, SB140187, E. 3.10.2; Urteil vom 30. April 2012, SB110690, E. Rechtliche Würdigung 3.3.2.2., der Täter küsste sein Opfer zwischen verschiedenen Schlägen (es ging i.c. um einen Affekt nach Art. 48 lit. c StGB); Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. II. 5.

¹³⁵¹ OGer ZH, Urteil vom 13. Juli 2012, SB110642, E. II.; vgl. auch ZERBES, 95, für die österreichische Lehre.

¹³⁵² MAIER/MÖLLER, 188; vgl. auch BERNSMANN, NSZ 1989, 162; HORN, 163 ff.; LAMBERTI, Zeitschrift für Neuropsychologie 2009, 224; RAUCH, 204; SAß, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 355; WALDER, ZStrR 1965, 55.

¹³⁵³ Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 3. Kap. E. III.

¹³⁵⁴ BGer, Urteil vom 9. Oktober 2009, 6B_579/2009, E. 2.4.

- lange andauerndes Tatbegehen; im fraglichen Fall wurde das Opfer über längere Zeit hinweg zu Tode geprügelt;¹³⁵⁵
- plan- und zweckmässiges Vorgehen;¹³⁵⁶
- kaltblütige und konsequente Umsetzung der Tat;¹³⁵⁷
- besonnene Reaktionen während dem Tatablauf;¹³⁵⁸
- koordiniertes und kontrolliertes Nachtatverhalten;¹³⁵⁹
- komplexer Tatablauf;¹³⁶⁰
- Flucht nach der Tat;¹³⁶¹
- fehlende Reue nach der Tat.¹³⁶²

Wie diese Liste schon zeigt, ist es nicht nur der Deliktsablauf selbst, welcher zur Bewertung hinzugezogen wird. Die Vorgeschichte der Tat kann hilfreiche Aufschlüsse über die psychische Situation des Täters zum eigentlichen Tatzeitpunkt geben.¹³⁶³ Dabei ist jedoch anzumerken, dass nicht direkt den Deliktshergang betreffende Elemente nur sehr zurückhaltend beachtet werden

¹³⁵⁵ BGer, Urteil vom 16. Juli 2009, 6B_337/2009, 6B_422/2009, E. 4.3; vgl. auch BGer, Urteil vom 24. September 2004, 6S.180/2004/gnd, E. 1.3, wo der Täter dem Opfer vorausfuhr und ihm dann auflauerte, um die Tat unbeobachtet und risikolos ausführen zu können; Urteil vom 21. November 2011, 6B_384/2011, E. 2.2, wo es um den Affekt nach Art. 48 lit. c StGB ging.

¹³⁵⁶ BGer, Urteil vom 28. Februar 2011, 6B_829/2010, E. 4.4., der Täter hatte hier vor der Tat die Storen heruntergelassen; BGer, Urteil vom 11. September 2008, 6B_535/2008/sst, E. 4.2 ff.; Urteil vom 24. September 2004, 6S.180/2004/gnd, E. 1.3, hier spricht das Gericht vom „normalpsychologisch organisierten Handlungsentwurf“; vgl. auch BGer, Urteil vom 19. Mai 2014, 6B_138/2013; OGer ZH, Urteil vom 5. November 2012, SB120039, E. 5.2.2., wo es um die heftige Gemütsbewegung nach Art. 48 lit. c StGB ging; Urteil vom 7. November 1963, SJZ 62/1966, S. 141; GeschwGer ZH, Urteil vom 13. Juni 1996, ZR 96/1997, 62.

¹³⁵⁷ BGer, Urteil vom 11. September 2008, 6B_535/2008/sst, E. 4.2.

¹³⁵⁸ BGer, Urteil vom 24. September 2004, 6S.180/2004/gnd, E. 1.3.

¹³⁵⁹ BGer, Urteil vom 9. Oktober 2009, 6B_579/2009, E. 2.2 ff.; Urteil vom 11. September 2008, 6B_535/2008/sst, E. 4.2 ff.; GeschwGer ZH, Urteil vom 13. Juni 1996, ZR 96/1997, 62.

¹³⁶⁰ KantGer GR, Urteil vom 9. Oktober 2007, SF 06 21, E. 4ba.

¹³⁶¹ KantGer GR, Urteil vom 9. Oktober 2007, SF 06 21, E. 4ba.

¹³⁶² Vgl. COTTER, ZStrR 2004, 363, der dies zu Recht kritisiert.

¹³⁶³ BINDER, ZStrR 1952, 315; MAIER/MÖLLER, 189.

sollten. Aus einer fehlenden Reue nach der Tat kann etwa nicht schon die Verneinung der Affekthandlung gefolgert werden.¹³⁶⁴

Insgesamt ist zu beachten, dass dies lediglich Indikatoren sind. Es muss in einer Gesamtbeurteilung der Sachlage entschieden werden, ob eine heftige Gemütsbewegung vorlag.¹³⁶⁵ Wird sich auf die Umstände bezogen, so kann aus einzelnen Elementen kaum auf das Vorliegen eines Affekts geschlossen oder dieser verneint werden. Vielmehr müssen die verschiedenen Elemente zusammen beachtet und es muss im Gesamten darauf geschlossen werden, ob der Täter im Affekt handelte oder nicht. Der blosser Umstand, dass es vor der Tat zu Vorüberlegungen gekommen ist, schliesst die Anwendung von Art. 113 StGB nicht aus. Erscheint die Tat jedoch mehr als Folge eines langen und kaltblütig vorbereiteten Plans statt der heftigen Gemütsbewegung, ist nicht von einem Affektdelikt auszugehen.¹³⁶⁶ Zur Bestimmung, ob ein Täter im Affekt gehandelt hat, ist ein fachmännisches Gutachten beizuziehen.¹³⁶⁷

bb) Entschuldbarkeit der heftigen Gemütsbewegung

Eine Tötung wird nicht alleine dadurch, dass sie in einer heftigen Gemütsbewegung ausgeführt wurde, milder bestraft. Diese muss überdies *nach den Umständen entschuldbar* sein.

(1) Normative Bewertung nach ethischen Gesichtspunkten

Mit der Entschuldbarkeit wird die Gemütsbewegung einer normativen Bewertung nach ethischen Gesichtspunkten unterzogen.¹³⁶⁸ Um entschuldbar zu sein, genügt es nicht, wenn ein Affekt aus den Umständen heraus psychologisch erklärbar ist. Vielmehr verlangen die Rechtsprechung und die Lehre, dass die Gegebenheiten die ausgelöste Erregung rechtfertigen und die Tötung dadurch

¹³⁶⁴ COTTER, ZStrR 2004, 382.

¹³⁶⁵ Ähnlich MAIER/MÖLLER, 189.

¹³⁶⁶ So schon KantGer VS, Urteil vom 27. Oktober 1972, ZWR 1973, S. 372.

¹³⁶⁷ Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 3. Kap.

¹³⁶⁸ BGE 107 IV 161, E. 2; 107 IV 103, E. 2b/bb; 100 IV 150, E. 1; 82 IV 86, E. 1; CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 11; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 9; WALDER, ZStrR 1979, 162; vgl. auch BGer, Urteil vom 1. November 2012, 6B_23/2012, 6B_46/2012, E. 6. Im österreichischen Recht wird mit der „allgemeinen Begreiflichkeit“ ebenfalls eine normative Bewertung des Affekts vorgenommen; vgl. FUCHS/REINDL-KRAUSKOPF, 13; KIENAPFEL/SCHROLL, § 76 N 26; differenzierend SbgK-VELTEN, § 76 N 26, welche die in § 76 Ö-StGB geforderte Begreiflichkeit, als Teil der Zumutbarkeit und damit ebenfalls als Schuldmerkmal auffasst.

in einem milderen Licht erscheint.¹³⁶⁹ Diese Begriffsdefinition ist allerdings problematisch. Die „Rechtfertigung“ ist die Begrifflichkeit, welche im Entstehungsprozess der Norm gerade als zu weitgehend empfunden und durch die Entschuldbarkeit ersetzt wurde.¹³⁷⁰ Das Bundesgericht verwendet dennoch die Formulierung der gerechtfertigten heftigen Gemütsbewegung, da es davon ausgeht, dass der Inhalt der Voraussetzung mit der geänderten Ausdrucksweise nicht gewandelt worden sei.¹³⁷¹ Allerdings ist erkennbar, dass das Gericht diese Formulierung in neueren Entscheiden nicht mehr verwendet.¹³⁷² Die Entstehungsgeschichte der Totschlagsnorm ist so zu deuten, dass der Affekt nicht gerechtfertigt, sondern bei einer objektiven Betrachtungsweise als menschlich begreiflich beziehungsweise verständlich erscheinen muss.¹³⁷³

Für die Annahme der Entschuldbarkeit genügt es nicht, dass der Affekt menschlich begreifbar ist. Gefordert wird, dass ein Durchschnittsmensch der Rechtsgemeinschaft unter den gleichen objektiven Umständen ebenfalls in einen solchen Affekt geraten wäre oder zumindest leicht hätte geraten können.¹³⁷⁴ Die Affektbeherrschung ist in der betreffenden Situation demnach auch nach durchschnittlichen moralischen Vorstellungen nicht mehr zumut-

¹³⁶⁹ BGE 108 IV 99, E. 3b; 107 IV 161, E. 2; 107 IV 103, E. 2b/bb; 82 IV 86, E. 1; BGer, Urteil vom 19. Juni 2014, 6B_748/2013, E. 2.2; vgl. auch StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 113 N 3; PIETH, BT, 18; SCHWANDER, 510; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 30.

¹³⁷⁰ Prot. 1912, 147 ff.; GRAVEN, RSC 1966, 253 f.; PAHUD DE MORTANGES, FS-Bühler, 8; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 9.

¹³⁷¹ BGE 82 IV 86, E. 1.

¹³⁷² Statt vieler BGer, Urteil vom 8. Dezember 2011, 6B_524/2010 und 6B_626/2011, E. 3.5.1.

¹³⁷³ Ebenso HAFTER, BT I, 17; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 9; THORMANN/OVERBECK, Zweiter Band, Art. 113 N 5; vgl. auch BGE 108 IV 99, E. 3b; 107 IV 103, E. 2b/bb, wo aber jeweils auch davon gesprochen wird, dass die Gemütsbewegung „gerechtfertigt“ sein muss.

¹³⁷⁴ BGE 108 IV 99, E. 3b; BGer, Urteil vom 29. Juli 2016, 6B_1149/2015, E. 3.1; Urteil vom 23. Januar 2015, 6B_600/2014, E. 3.1.2; Urteil vom 10. Juli 2012, 6B_246/2012, E. 2.4.1; Urteil vom 21. November 2011, 6B_384/2011, E. 2.2; Urteil vom 1. Mai 2009, 6B_158/2009, E. 2; Urteil vom 1. Februar 2007, 6P.252/2006, E. 8.1; BINDER, ZStrR 1952, 338; CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 13; DONATSCH, SR III, 16; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 11; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 30; WALDER, ZStrR 1965, 38; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 113 N 5. Einen entsprechenden, an die schweizerische Rechtsprechung angelehnten, Vergleichsmaßstab wendet die österreichische Lehre an; dazu BIRKLBAUER/HILF/TIPOLD, § 75 N 8; FABRIZY, § 76 N 3; FUCHS/REINDL-KRAUSKOPF, 13; KIENAPFEL/SCHROLL, § 76 N 26; WK-MOOS, § 76 N 29, 33; MOOS, ZStW 1977, 832.

bar.¹³⁷⁵ Es ist zu betrachten, „wie sich ein vernünftiger Mensch unter denselben äusseren Umständen verhalten hätte und ob dieser aus diesen Gründen ebenfalls nicht mehr in der Lage gewesen wäre, die Situation richtig einzuschätzen und sie zu meistern.“¹³⁷⁶ Ungeschickt ist allerdings der Hinweis des Obergerichts Zürich, dass „für die Beurteilung der Entschuldbarkeit der Affekttat nicht auf die subjektive Seite bzw. Befindlichkeit des individuellen Täters abzustellen [ist], sondern es ist mit dem Bundesgericht als Massstab vielmehr der rechtlich gesinnte Durchschnittsmensch zu nehmen.“¹³⁷⁷ Zu prüfen ist hingegen genau, ob das subjektive Befinden des Täters entschuldbar ist. Aufgrund des objektiven Vergleichsmassstabs sind individuelle, beim Täter liegende Triggerfaktoren jedoch nicht berücksichtigbar.¹³⁷⁸

Das Kriterium der Entschuldbarkeit ist kein psychologischer Umstand. Vielmehr wird eine normative, ethische Beurteilung der Gemütsbewegung vorgenommen.¹³⁷⁹ Demgegenüber stellt das Vorhandensein des Affekts das psychologische Kriterium des Totschlags dar. Wird dieses bejaht, so ist der emotionale Zustand des Täters folgerichtig psychologisch erklärbar. Das wiederum sagt allerdings noch nichts über die ethische Bewertung der Gemütsbewegung aus. So wird einer rein „psychologischen Theorie“¹³⁸⁰ der Entschuldbarkeit entgegengehalten, dass sie grundsätzlich alle Affekte entschuldigen würde, also auch diejenigen des sexuell motivierten Lustmörders oder des Räubers, welcher seinen Verfolger aus Aufregung erschiesst.¹³⁸¹

Die ethische Bewertung stellt jedoch nicht die einzige Möglichkeit zur Klassifizierung der Tötungsdelikte dar. So war unter der Geltung der kantonalen Strafgesetze das Kriterium der Vorüberlegung massgebend zur Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag. Ob ein Täter überlegt gehandelt hatte oder nicht, ist eine rein psychologische Differenzierung. Erst mit der Einführung des eidgenössischen Strafgesetzbuches wurde eine ethische Bewertung hinzugefügt.¹³⁸² Das geltende Recht kombiniert die psychologische mit einer ethischen Voraussetzung. Abzulehnen ist eine übersteigerte, rein ethische Betrach-

¹³⁷⁵ NOLL, BT I, 21; WALDER, ZStR 1979, 164.

¹³⁷⁶ BGer, Urteil vom 27. April 2011, 6B_31/2011, E. 2.3.2.

¹³⁷⁷ OGer ZH, Urteil vom 23. Mai 2013, SB110725, E. IV. 3cb.

¹³⁷⁸ Vgl. dazu sogleich Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb).

¹³⁷⁹ NOLL, BT I, 20 f.; vgl. auch BINDER, ZStR 1952, 309.

¹³⁸⁰ HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 167.

¹³⁸¹ HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 167; NOLL, BT I, 19.

¹³⁸² BINDER, ZStR 1952, 309. Im österreichischen Recht wird für die allgemein begreifliche Gemütsbewegung gefordert, dass deren Ursache sittlich verständlich sein muss; vgl. FABRIZY, § 76 N 3; MOOS, ZStW 1977, 830.

tungsweise. So wurde teilweise verlangt, die heftige Gemütsbewegung müsse von höherem sittlichem Wert sein. Dabei lässt sich jedoch fragen, ob ein Affekt dieser Anforderung überhaupt je entsprechen kann. Eine ethische Bewertung ist sachgerecht an den Vergleichsmassstab der besonnenen Durchschnittsperson zu knüpfen. Damit wird das objektiv Zumutbare als Vergleichswert eingeführt.¹³⁸³ Eine solche objektive Betrachtung nach ethischen Grundsätzen ist typisch für die juristische Bewertung von Emotionszuständen.¹³⁸⁴

(2) Beachtung der Ausgangssituation

Ein wichtiges Kriterium für die Beurteilung der Entschuldbarkeit ist die Ausgangssituation. Es wird darauf abgestellt, ob der Täter aufgrund der Umstände unmittelbar vor der Tatbegehung nachvollziehbar in einen Affekt geraten war beziehungsweise ob eine besonnene Person unter den gleichen Umständen ebenfalls von einer heftigen Gemütsbewegung erfasst worden wäre. Zu beachten sind der Tat unmittelbar vorangegangene Verletzungen oder Schädigungen der höchstpersönlichen Rechtsgüter des Täters.¹³⁸⁵

Dieses Element ist zu Recht massgebend für die Prüfung der Entschuldbarkeit. So ist aus der psychologischen und neurologischen Forschung bekannt, dass ein Affekt in der Regel auf eine äussere Reizung hin erfolgt.¹³⁸⁶ Dementsprechend ist auch für die strafrechtliche Bewertung entscheidend, ob die Umstände unmittelbar vor der Tat tatsächlich ausschlaggebend für die emotionale Sondersituation des Täters waren. Das Bundesgericht geht so weit, dass es andeutet, ein Affekt könne ohne psychische oder physische Auseinandersetzung zwischen Täter und Opfer nicht entschuldbar sein.¹³⁸⁷ Diese Handhabung erfasst zwar die weitaus häufigsten Fälle des Totschlags, ist jedoch zu weitgreifend. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Affekt auch aus anderen Gründen als einer Konfliktsituation zwischen Täter und Opfer entstehen und als entschuldbar betrachtet werden kann. Es sind insbesondere auch das

¹³⁸³ WALDER, ZStrR 1979, 164 f.; vgl. auch KantGer GR, Urteil vom 25. November 1970, PKG 1970, S. 47. Kritisch zur sittlichen Rechtfertigung im österreichischen Recht WK-MOOS, § 76 N 31.

¹³⁸⁴ Vgl. AVERILL, 112 f.

¹³⁸⁵ So in der österreichischen Literatur SbgK-VELTEN, § 76 N 81.

¹³⁸⁶ Vgl. vorne Erster Teil 1. Kap. C. II. und Erster Teil 1. Kap. D. II. 2. a).

¹³⁸⁷ BGer, Urteil vom 23. Januar 2015, 6B_600/2014, E. 3.2; vgl. auch BGer, Urteil vom 1. Februar 2007, 6P.252/2006, E. 8.1. In der österreichischen Lehre ähnlich WK-MOOS, § 76 N 50, der davon ausgeht, dass beim „wildfremden“ Opfer keine allgemeine Begreiflichkeit bestehen kann; SbgK-VELTEN, § 76 N 88.

Verhalten Dritter sowie andere objektive Umstände zu beachten.¹³⁸⁸ In jedem Fall ist für die Entschuldbarkeit zu beurteilen, ob auch eine besonnene Durchschnittsperson der Rechtsgemeinschaft in der gleichen Situation ebenfalls in einen gleichen Gemütszustand wie der Täter geraten wäre. Als affektauslösende Gegebenheiten kommen regelmässig nur dramatische Ereignisse in Frage.¹³⁸⁹

Die meisten Tötungen, bei welchen die Frage nach der Qualifikation als Totschlag geprüft wird, zeichnen sich durch eine bestimmte Täter-Opfer-Beziehung aus. Es sind mehrheitlich spezielle Vorkommnisse zwischen Täter und Opfer, die für die Entscheidung über die Entschuldbarkeit herangezogen werden.¹³⁹⁰

Die Ausgangssituation kann zur Entschuldbarkeit einer heftigen Gemütsbewegung führen, wenn sich zwischen dem Täter und dem Opfer kurz vor der Tat eine *Auseinandersetzung* ereignet hat. In verschiedenen Urteilen wird zur Beurteilung der Entschuldbarkeit auf einen Streit zwischen den betroffenen Personen abgestellt.¹³⁹¹ Handelt es sich dabei um einen schweren Konflikt, beispielsweise indem der Täter durch sein späteres Opfer verletzt wird, ist anzunehmen, dass auch ein durchschnittlicher Mensch in einen Affekt geraten wä-

¹³⁸⁸ BGE 119 IV 202, E. 2a; BGer, Urteil vom 2. September 2014, 6B_104/2014, E. 2.2; Urteil vom 21. Februar 2013, 6B_687/2012, E. 1.2; Urteil vom 1. November 2012, 6B_23/2012, 6B_46/2012, E. 6.2; Urteil vom 21. November 2011, 6B_384/2011, E. 2.2; Urteil vom 1. Mai 2009, 6B_158/2009, E. 2; Urteil vom 1. Februar 2007, 6P.252/2006, E. 8.1.

¹³⁸⁹ BGE 119 IV 202, E. 2a; BGer, Urteil vom 10. Juli 2012, 6B_246/2012, E. 2.4.1; Urteil vom 21. November 2011, 6B_384/2011, E. 2.2; Urteil vom 22. Mai 2009, 6B_105/2009, E. 3.1; Urteil vom 1. Mai 2009, 6B_158/2009, E. 2; Urteil vom 1. Februar 2007, 6P.252/2006, E. 8.1.

¹³⁹⁰ Anderes dürfte für die entschuldbare heftige Gemütsbewegung nach Art. 48 lit. c StGB gelten; vgl. dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. B. II. 3. Gerade bei Delikten, die sich nicht durch eine Täter-Opfer-Konstellation auszeichnen, dürften andere Umstände zur Hervorrufung einer heftigen Gemütsbewegung eine grössere Rolle spielen. Auch im deutschen Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass die Täter-Opfer-Beziehung bei Affektdelikten entscheidend ist; teilweise wird gar gefordert, dass sie zum wichtigsten Kriterium über die strafrechtliche Beachtlichkeit des Affekts werden soll; vgl. dazu ausführlich BERNSMANN, NSTZ 1989, 162 ff. m.w.H.; BLAU, FS-Tröndle, 112 f.

¹³⁹¹ So etwa BGE 108 IV 99; 100 IV 150; BGer, Urteil vom 29. Juli 2016, 6B_1149/2015, E. 3; Urteil vom 19. Juni 2014, 6B_748/2013, E. 2.3; Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 3.3; Urteil vom 22. August 2013, 6B_305/2013, E. 4.3.2; Urteil vom 27. April 2011, 6B_31/2011.

re.¹³⁹² Ist eine Auseinandersetzung jedoch nicht schwer oder brutal, so ist sie nicht geeignet, einen Affekt als entschuldbar erscheinen zu lassen.¹³⁹³ Ein „barnaler“ Streit vermag die Entschuldbarkeit nicht zu begründen, selbst wenn das Gegenüber Gegenstände des Täters auf den Boden wirft und beschädigt.¹³⁹⁴

Kommt die Auseinandersetzung für den Täter nicht überraschend, spricht dies gegen die Entschuldbarkeit eines daraus entstehenden Affekts. Dies gilt etwa, wenn sich Täter und Opfer häufig streiten¹³⁹⁵ oder wenn es sich um einen normalen Konflikt im Ablösungsprozess eines Teenagers von seinen Eltern handelt, selbst wenn das Verhalten kränkend ist und über den üblichen Umgangston in einer Familie hinausgeht.¹³⁹⁶ Entstand der Streit wegen einer Handlung des Opfers, die klar zum Schutz des Täters gedacht war und von diesem auch so verstanden wurde, kann er die aus dem Streit ausgelöste heftige Gemütsbewegung nicht entschuldigen. Dies wurde in einem Fall angewendet, in welchem das Opfer dem Täter zu dessen Schutz Drogen vorenthielt und in einen Tresor sperrte.¹³⁹⁷

Als auslösende Umstände einer heftigen Gemütslage sind auch *Beziehungsprobleme* zu berücksichtigen.¹³⁹⁸ Diesbezüglich ist die Praxis allerdings sehr zurückhaltend. Liegt eine Trennung schon längere Zeit zurück, kann sie einen Affekt nicht entschuldigen.¹³⁹⁹ Wird die Ex-Partnerin einige Zeit nach der Trennung mit einem anderen Mann gesehen, vermag dies keine nach den Um-

¹³⁹² BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 3.3; OGer ZH, Urteil vom 19. Dezember 2012, SB120131, E. III. 2.5.5., i.c. schoss das Opfer auf den Täter, wodurch dieser einen oberflächlichen Halsdurchschuss erlitt.

¹³⁹³ BGer, Urteil vom 29. Juli 2016, 6B_1149/2015, E. 3.3, wo das Gericht ausführt es sei fraglich, wie sich der Täter „infolge einer kurzen Auseinandersetzung mit der Privatklägerin zur fraglichen Tat hinreissen lassen konnte“; Urteil vom 19. Juni 2014, 6B_748/2013, E. 2.3; Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, E. 4.4.

¹³⁹⁴ BGer, Urteil vom 27. April 2011, 6B_31/2011, E. 2.4.1.

¹³⁹⁵ OGer ZH, Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. II. 5.; ähnlich GeschwGer ZH, Urteil vom 13. Juni 1996, ZR 96/1997, 62.

¹³⁹⁶ BGer, Urteil vom 22. August 2013, 6B_305/2013, E. 4.5, i.c. erklärte die Tochter, sie habe es nicht nötig, zu Hause zu sein, da sie auf den Strich gehen werde; vgl. auch den Entscheid der Vorinstanz: OGer ZH, Urteil vom 26. November 2012, SB120260, E. Zum Vorwurf betreffend Mord 4.3.4.2.

¹³⁹⁷ OGer ZH, Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. II. 2.1.3.

¹³⁹⁸ Dies erscheint nur folgerichtig, zeichnen sich Intimidide doch vermehrt durch ein impulsives, ungeplantes Tatvorgehen aus; vgl. GREUEL, Eskalationsdynamik, 143. In der österreichischen Lehre führen FUCHS/REINDL-KRAUSKOPF, 12, aus, dass der Totschlag zumeist ein Beziehungsdelikt ist.

¹³⁹⁹ BGer, Urteil vom 21. Februar 2013, 6B_687/2012, E. 1.3; vgl. auch BGer, Urteil vom 1. Februar 2007, 6P.252/2006, E. 8.2.

ständen entschuldbare heftige Gemütsbewegung hervorzurufen.¹⁴⁰⁰ Herrscht zwischen den betreffenden Partnern schon länger eine Krise, ist ein Streit nicht überraschend und kann eine besonnene Person daher nicht in einen Affekt versetzen.¹⁴⁰¹ Gleiches gilt, wenn eine Frau seit geraumer Zeit weiss, dass ihr Partner eine andere Freundin hat. Dann kann die Aufforderung zur Rückgabe des Wohnungsschlüssels nicht so überraschend kommen, dass ein besonnener Mensch dadurch in einen Affekt geraten wäre.¹⁴⁰² Auch Handlungen eines Partners, die Hoffnungen auf einen Fortbestand der Beziehung machen, welche dann doch nicht erfüllt werden, können die Entschuldbarkeit nicht begründen.¹⁴⁰³ Nichts anderes ist anzunehmen, wenn die ehemalige Partnerin die Bitte um eine letzte Möglichkeit der Wiederversöhnung ausschliesst.¹⁴⁰⁴ Entsprechendes gilt, wenn sich eine Person über mehrere Stunden weigert, aus der Wohnung ihrer Partnerin zu gehen.¹⁴⁰⁵ Die Ankündigung der Partnerin, sie habe noch Gefühle für den Ex-Mann, ist ebenfalls ungeeignet, bei einer besonnenen Person einen Affekt hervorzurufen.¹⁴⁰⁶ Der „Eindringling“ in eine Ehe muss grundsätzlich davon ausgehen, dass sein Partner oder seine Partnerin weiterhin mit dem Ehepartner eine Beziehung führt. Etwas anderes kann nur gelten, wenn die feste aussereheliche Lebensgemeinschaft eine daneben bloss noch formell bestehende Ehe verdrängt.¹⁴⁰⁷

Insgesamt ist davon auszugehen, dass Beziehungsprobleme und Trennungen einen normalen Teil des menschlichen Zusammenlebens darstellen. Daher gerät eine durchschnittlich besonnene Person der Rechtsgemeinschaft aufgrund einer solchen Situation nicht leichthin in einen Affekt. Etwas anderes dürfte nur für Extremsituationen gelten. Zu denken ist etwa an den Fall, dass der Intimpartner in flagranti beim Fremdgehen erwischt wird.¹⁴⁰⁸ Wird die

¹⁴⁰⁰ BGer, Urteil vom 21. Februar 2013, 6B_687/2012, E. 1.6; ähnlich BGer, Urteil vom 1. November 2012, 6B_23/2012, 6B_46/2012, E. 6.2.

¹⁴⁰¹ BGer, Urteil vom 26. August 2015, 6B_271/2015, E. 2.2.2; Urteil vom 21. Juli 2014, 6B_547/2014, E. 2.2; vgl. auch KantGer JU, Urteil vom 28. November 2013, E. 6.1.

¹⁴⁰² OGer ZH, Urteil vom 17. Februar 2014, SB130458, E. Sanktion 3.3.

¹⁴⁰³ BGE 82 IV 86; OGer ZH, Urteil vom 12. November 2014, SB140187, E. 4.2.2.

¹⁴⁰⁴ BGer, Urteil vom 21. Februar 2013, 6B_687/2012, E. 1.4.

¹⁴⁰⁵ BGer, Urteil vom 19. Juni 2014, 6B_748/2013, E. 2.3.

¹⁴⁰⁶ BGer, Urteil vom 2. September 2014, 6B_104/2014, E. 2.2, wobei die Ablehnung von Art. 113 StGB hauptsächlich darauf beruht, dass zwischen dieser Aussage und der Tat zwei Stunden vergangen sind.

¹⁴⁰⁷ So WK-MOOS, § 76 N 42, für das österreichische Recht.

¹⁴⁰⁸ So etwa OGer ZH, Urteil vom 30. April 2012, SB110690, E. Rechtliche Würdigung 3.3.2.2., wo es jedoch um die Strafmilderung nach Art. 48 lit. c StGB ging; vgl. auch OGer LU, Urteil vom 27. Juni 1990, LGVE 1990 I, Nr. 51, E. b. Diese Konstellation ist wohl die prototypische Affekttat; vgl. BIRKLBAUER/HILF/TIPOLD, § 75 N 8, die dies je-

Ehefrau jedoch angezogen bei einer anderen Person im Zimmer, in dem sich auch noch eine Drittperson aufhält, angetroffen, kann nicht darauf geschlossen werden, es sei zwischen der Ehefrau und der anderen Person zu sexuellen Handlungen gekommen. Daher wurden die daraus hervorgehende Wut und starke Eifersucht vom zuständigen Gericht als nicht entschuldbar erachtet.¹⁴⁰⁹

Überhaupt gilt starke Eifersucht zwar in der Regel als heftige Gemütsbewegung im Sinne von Art. 113 StGB, die Entschuldbarkeit entfällt jedoch, wenn der Partner keinen ausreichenden Grund dafür liefert.¹⁴¹⁰ Ausserdem ist zu beachten, dass sich die gesellschaftliche Einstellung zur Sexualität verändert hat; dies muss bei der objektiven Beurteilung eines Affekts berücksichtigt werden. Demnach dürfte heute fraglich erscheinen, ob eine durchschnittlich besonnene Person durch das Fremdgehen des Partners in einen Affekt versetzt wird. Zu berücksichtigen sind allerdings die jeweiligen Umstände.

Auch wenn eine Beziehung beendet wird und dies ausländerrechtliche Konsequenzen für eine der Parteien mit sich zieht, erscheint eine darauf beruhende heftige Gemütsbewegung nicht als entschuldbar.¹⁴¹¹ Diesbezüglich ist jedoch darauf hinzuweisen, dass dies nicht als Pauschalschluss angenommen werden darf. Es genügt nicht, zu beurteilen, ob eine Durchschnittsperson aufgrund von ausländerrechtlichen Auswirkungen einer Trennung ebenfalls in einen Affekt geraten wäre. Vielmehr sind die genauen Folgen zu beachten. So wäre etwa zu prüfen, ob eine Person, bei welcher eine Trennung dazu führt, dass sie in ein Land ausreisen muss, in welchem sie seit langer Zeit nicht mehr gewesen ist und in dem sie keinerlei soziales Umfeld mehr hat, in eine heftige Gemütsbewegung geraten würde. Aufgrund der relevanten gesetzlichen Regelungen im AuG¹⁴¹² ist ein solcher Fall allerdings nur selten anzutreffen. Ein Affekt ist daher auch bei dieser Fallkonstellation höchstens in Extremfällen entschuldbar.

doch hinterfragen; MAIER/MÖLLER, 184; siehe WK-MOOS, § 76 N 41, für die österreichische Lehre.

¹⁴⁰⁹ OGer ZH, Urteil vom 21. April 2010, SE090045, E. II. 5.2.7.

¹⁴¹⁰ OGer AG, Urteil vom 14. Mai 1981, AGVE 1981, S. 76, E. 3., in der wahnhaften Eifersucht könnte höchstens ein bloss bei der Schuldfähigkeit zu beachtendes abnormes Persönlichkeitsmerkmal liegen; vgl. dazu hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb) (6).

¹⁴¹¹ BGer, Urteil vom 21. Februar 2013, 6B_687/2012, E. 1.5.

¹⁴¹² Gemäss Art. 42 und 43 AuG hat eine Person, welche mit einem Schweizer Bürger oder einem Ausländer mit einer Niederlassungsbewilligung verheiratet ist, Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, welche nach 5 Jahren in eine Niederlassungsbewilligung umgewandelt wird. Letzere kann nicht ausschliesslich wegen der Trennung widerrufen werden.

Wird ein Täter von seinem Opfer *angegriffen*, so kommt es auf die Intensität und die Ernsthaftigkeit des Angriffs an. Handelt es sich bloss um einen verhältnismässig leichten Angriff, kann er nicht zur Entschuldbarkeit eines Affekts führen.¹⁴¹³ So genügt der Angriff mit einem Molankegel und einer Baustellenlampe gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht, um eine besonnene Person derart in Angst zu versetzen, dass sie im Moment der Tötungshandlung nur noch beschränkt fähig ist, ihr Verhalten zu steuern, und dem Angreifer darum mit einem Taschenmesser in die Brust sticht.¹⁴¹⁴ Ebenfalls unbeachtlich ist ein Angriff, wenn die Bedrohungssituation nicht mehr besteht,¹⁴¹⁵ etwa wenn der unbewaffnete Gegner bereits von der Polizei umringt ist und daher keine Bedrohung mehr darstellt.¹⁴¹⁶ Wird eine Person jedoch durch einen körperlich stark überlegenen Gegner mit Faustschlägen und Fusstritten angegriffen, ist ein daraus entstehender Affekt entschuldbar.¹⁴¹⁷

Zu den massgebenden Umständen zählen auch *Provokationen* durch das spätere Opfer. Es ist dabei entscheidend, ob eine besonnene Person ebenfalls zu einer heftigen Gemütsbewegung provoziert worden wäre.¹⁴¹⁸ In verschiedenen Urteilen setzten sich Gerichte mit Provokationen auseinander. Dabei kommt es immer auf eine objektive Bewertung an; die subjektive Einschätzung des Täters ist nicht relevant. Selbst wenn sich jemand durch einen „schrägen“ Blick provoziert fühlt, kann dies unter Anwendung des Vergleichs mit der Durchschnittsperson nicht zur Entschuldbarkeit führen.¹⁴¹⁹ Die Praxis ist sehr zurückhaltend mit der Annahme der Entschuldbarkeit gestützt auf Provokationen und Kränkungen. So verstehe „sich von selbst, dass der Täter ein gewisses Mass an Kränkung und Provokation zu vertragen hat.“¹⁴²⁰ Handelt es sich jedoch um eine handgreifliche und verbale Provokation, kann dies einen Affekt unter Umständen entschuldigen.¹⁴²¹

¹⁴¹³ BGer, Urteil vom 13. Juli 2009, 6B_239/2009, E. 4.4.

¹⁴¹⁴ BGer, Urteil vom 13. Juli 2009, 6B_239/2009, E. 3.4.

¹⁴¹⁵ BGer, Urteil vom 20. Mai 2010, 6B_304/2010, E. 2.4; Urteil vom 13. April 2010, E. 2.2.

¹⁴¹⁶ BGer, Urteil vom 13. April 2010, E. 2.2.

¹⁴¹⁷ BGE 102 IV 228, E. 2.

¹⁴¹⁸ BGer, Urteil vom 8. Dezember 2011, 6B_524/2010 und 6B_626/2011, E. 3.6; Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, E. 4.3.2.

¹⁴¹⁹ BGer, Urteil vom 30. September 2010, 6B_527/2010.

¹⁴²⁰ OGer ZH, Urteil vom 26. November 2012, SB120260, E. Zum Vorwurf betreffend Mord 4.3.4.1.

¹⁴²¹ OGer ZH, Urteil vom 17. Januar 2012, SB110524, E. Strafzumessung 1., im vorliegenden Fall geht es jedoch um die Entschuldbarkeit nach Art. 48 lit. c StGB.

Häufige Anwendungsfälle von provozierenden Umständen sind *Beleidigungen*. Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass eine besonnene Person durch eine Beschimpfung nicht in eine heftige Gemütsbewegung versetzt wird, welche ihre Verhaltenskontrolle erschwert.¹⁴²² Dies gilt insbesondere dann, wenn der Täter sich an der verbalen Auseinandersetzung aktiv beteiligte und sein Opfer ebenfalls beleidigte.¹⁴²³ Übliche Sticheleien und Hänseleien wegen der Korpulenz des Täters werden ebenfalls nicht als Grund für eine entschuld bare heftige Gemütsbewegung anerkannt.¹⁴²⁴ Auch beleidigende Aussagen über Herkunft oder Hautfarbe sind grundsätzlich nicht geeignet, eine durchschnittlich besonnene Person in eine heftige Gemütsbewegung zu versetzen.¹⁴²⁵ Umso mehr muss das Gleiche für unbedeutende und geringfügige Beleidigungen gelten.¹⁴²⁶ Pflegen die Beteiligten ohnehin einen rauen Umgangston untereinander, so hindert dies die Annahme der Entschuldbarkeit ebenso bei schwerwiegenden und vulgären Beleidigungen.¹⁴²⁷ Im Einzelfall hat das Bundesgericht die Entschuldbarkeit des Affekts aufgrund von Ehrverletzungen jedoch auch schon anerkannt. Führt eine Beleidigung dazu, dass der beschimpften Person gerade die Lage vorgeworfen wird, welche ihr die andere Person durch Gewaltanwendungen aufgezwungen hatte, so kann dies einen Affekt als entschuldbar erscheinen lassen.¹⁴²⁸ Auch bei verbalen Beleidigungen kommt es demnach darauf an, ob diese von so schwerwiegender Natur sind, dass eine besonnene Person in der gleichen Lage ebenfalls in eine heftige Gemütsbewegung geraten wäre.

Eine ähnliche Zurückhaltung wie für Beleidigungen gilt für *Drohungen*. Auch Das Bundesgericht hält hier gleichermassen fest, dass Äusserungen, selbst wenn sie in einem drohenden Tonfall getätigt werden, eine besonnene Person

¹⁴²² BGer, Urteil vom 22. August 2013, 6B_305/2013, E. 4.3.2: „Schwein und Arschloch“; Urteil vom 8. Dezember 2011, 6B_524/2010 und 6B_626/2011: „Ich bumse deine Familie“; Urteil vom 16. Juli 2009, 6B_337/2009 und 6B_422/2009, E. 4.3: „picka“ (kroatisch für Fotze); OGer ZH, Urteil vom 13. Juli 2012, SB110642, E. III.; Urteil vom 5. Juli 2012, SB120026, E. 4.5: „kleiner Furz“ sowie die Aussage die Mutter des Gegenübers zu ficken; Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. II. 5.: „Schlampe“, „Fuzze“.

¹⁴²³ BGer, Urteil vom 19. April 2011, 6B_876/2010, E. 2.2.

¹⁴²⁴ BGer, Urteil vom 16. Juli 2009, 6B_337/2009, 6B_422/2009, E. 4.3.

¹⁴²⁵ OGer ZH, Urteil vom 10. Oktober 2013, SB130154, E. Rechtliche Würdigung 2.3.

¹⁴²⁶ OGer ZH, Urteil vom 14. November 2011, SB110521, E. II. 2.2.2.: „verzell doch nöd so en Seich“, zusammen mit ungewolltem Duzen.

¹⁴²⁷ BGer, Urteil vom 16. Juli 2009, 6B_337/2009, 6B_422/2009, E. 4.3.

¹⁴²⁸ BGE 100 IV 150, E. 2d, die Täterin wurde von ihrem Schwager, welcher sie jahrelang mit massiver Gewalt zum Geschlechtsverkehr gezwungen hat, als Hure beschimpft.

in der Regel nicht in einen Affekt versetzen.¹⁴²⁹ Etwas anderes muss allerdings gelten, wenn eine schwere Drohung so ausgesprochen wird, dass ihre Ernsthaftigkeit anzunehmen ist. Dies kann eine besonnene Person in eine heftige Gemütsbewegung versetzen.

Unerwünschte *Avancen sexueller Natur* vermögen einen daraus resultierenden heftigen Zorn nicht zu erklären. Eine besonnene Person würde die Annäherungsversuche ablehnen und gegebenenfalls die Örtlichkeit verlassen.¹⁴³⁰

Die Zufügung eines *Vermögensschadens* ist kaum von Beachtung für die Entschuldbarkeit.¹⁴³¹ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz dürfte nur dann bestehen, wenn es sich um eine symbolisch schwere Verletzung handelt, indem etwa ein Gegenstand mit besonderem Affektionswert zerstört wird oder wenn dem Täter ein sehr grosser Schaden zugefügt wird, der ihn besonders schwer trifft.¹⁴³²

Alle der beschriebenen Ausgangssituationen können fast nur dann zur Bejahung der Entschuldbarkeit eines Affekts führen, wenn der Täter von der Situation überrascht wird.¹⁴³³ Ist er sich der problematischen Ausgangssituation bewusst, kann nicht leichthin davon ausgegangen werden, dass eine besonnene Person ebenfalls in einen gefühlsmässigen Zustand geraten wäre, welcher ihre Selbstbeherrschung beeinträchtigt hätte.¹⁴³⁴

Die Entscheidung über die Entschuldbarkeit ist eine Gesamtbeurteilung. Der Nachweis, dass der Täter provoziert oder angegriffen wurde, genügt für sich alleine noch nicht zu ihrer Begründung.¹⁴³⁵ Es müssen alle Umstände der Tat abgewogen und beurteilt werden. Dementsprechend ist es in der Regel nicht nur eine Provokation beziehungsweise eine Beleidigung, welche zu bewerten ist. Vielfach muss ein komplexes Handlungsgeschehen analysiert werden, um zu entscheiden, ob die Umstände auch eine andere Person der Rechtsgemein-

¹⁴²⁹ BGer 6B_524/2010 und 6B_626/2011 vom 8. Dezember 2011, E. 3.6: „Ich werde wiederkommen, dann wirst du mich kennenlernen“.

¹⁴³⁰ BGer, Urteil vom 23. Januar 2015, 6B_600/2014, E. 3.2.

¹⁴³¹ So etwa verneint in BGer, Urteil vom 27. April 2011, 6B_31/2011.

¹⁴³² So SbgK-VELTEN, § 76 N 81, für das österreichische Recht.

¹⁴³³ Dies wird etwa auch beim Affekt nach Art. 16 Abs. 2 StGB angenommen; vgl. vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. b) cc) (2).

¹⁴³⁴ Vgl. insbesondere für Beziehungsdelikte COTTER, ZStrR 2004, 381, der jedoch nicht speziell von der Entschuldbarkeit spricht, sondern lediglich die Annahme des Totschlags befürwortet.

¹⁴³⁵ THORMANN/OVERBECK, Zweiter Band, Art. 113 N 5; ebenso SbgK-VELTEN, § 76 N 82, für das österreichische Recht.

schaft in eine heftige Gemütsbewegung versetzt hätten. Als Folge dessen lassen sich nur zurückhaltend allgemein gültige Aussagen treffen. Gerade bei Beziehungsschwierigkeiten kann man zwar erkennen, dass diese grundsätzlich kaum zur Entschuldbarkeit eines Affekts führen; um der Gesamtbeurteilung gerecht zu werden, müssen jedoch alle relevanten Umstände beachtet werden, weshalb eine heftige Gemütsbewegung im Extremfall entschuldbar sein kann.

(3) Keine Beachtung eines selbstverschuldeten Affekts

Eine schwierige Frage ist, ob ein Affekt, welcher auf einer Situation beruht, die vom Täter mitverursacht wurde, beachtet werden kann. Art. 113 StGB erfordert kein Fehlen jeglicher Schuld an der Entstehung der heftigen Gemütsbewegung auf Seiten des Täters.¹⁴³⁶ Lehre und Rechtsprechung gehen jedoch davon aus, dass ein Affekt nur dann entschuldbar sein kann, wenn er oder die Umstände, durch welche er ausgelöst wurde, nicht ausschliesslich oder überwiegend auf der Schuld des Täters beruhen.¹⁴³⁷ Dazu wird vielfach ausgeführt, dass vor allem Affekte entschuldbar seien, die durch Provokation, Kränkung, physische Misshandlung oder eine Notlage verursacht wurden, nicht jedoch solche, die vorwiegend egoistischen oder anderen niederen Trieben entspringen.¹⁴³⁸ Auf welchen Impulsen ein Affekt genau beruht, kann indes kaum je

¹⁴³⁶ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 10; anders z.B. § 213 D-StGB, wo der Zustand „ohne eigene Schuld“ hervorgerufen sein muss.

¹⁴³⁷ BGE 108 IV 99, E. 3c; 107 IV 103, E. 2b/bb; BGer, Urteil vom 19. Juni 2014, 6B_748/2013, E. 2.2; Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 3.1; Urteil vom 22. August 2013, 6B_305/2013, E. 4.3.2; Urteil vom 1. November 2012, 6B_23/2012 und 6B_46/2012, E. 6; Urteil vom 21. November 2011, 6B_384/2011, E. 2.2; Urteil vom 27. April 2011, 6B_31/2011, E. 2.3.2; Urteil vom 1. April 2010, 6B_158/2010, E. 3.1.1; Urteil vom 1. Mai 2009, 6B_158/2009, E. 2; Urteil vom 17. Juli 2008, 6B_289/2008, 6B_290/2008/sst, E. 6.4; CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 12; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 113 N 4; DONATSCH, SR III, 16; PIETH, BT, 18; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 10; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 113 N 5; WALDER, ZStrR 1979, 164; WALDER, ZStrR 1965, 38; zu weit geht das BGer, wenn es die Entschuldbarkeit schon in Frage stellt, wenn der Täter an der Ausgangssituation „zumindest mitverantwortlich“ war, so jedoch BGer, Urteil vom 8. Dezember 2011, 6B_524/2010 und 6B_626/2011, E. 3.6. Ähnlich die österreichische Lehre; dazu WK-MOOS, § 76 N 47 ff.; SbgK-VELTEN, § 76 N 84 f.

¹⁴³⁸ BGE 107 IV 161, E. 2; 100 IV 150, E. 1; 82 IV 86, E. 1; BGer, Urteil vom 1. Juli 2016, 6B_1197/2015, E. 2.5; Urteil vom 21. Februar 2013, 6B_687/2012, E. 1.2; OGer ZH, Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. II. 2.1.3.; KantGer VS, Urteil vom 27. Oktober 1972, ZWR 1973, S. 372; DONATSCH, SR III, 16; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 171; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 10; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 113 N 5. Ähnlich das Verständnis in Österreich, wo oft von niedrigen Be-

exakt belegt werden. Entscheidend kann nur sein, dass der Hauptgrund für die Konflikteskalation bei einem anderen Menschen oder unglücklichen Gegebenheiten und nicht beim Täter liegt.¹⁴³⁹

Gerade bei der Beachtung der zuvor beschriebenen Ausgangssituation ist das Verhalten des Täters einschlägig. Trägt er die Haupt- oder zumindest eine entscheidende Mitverantwortung an der Entstehung der Auseinandersetzung mit dem Opfer, kann der Konflikt den Affekt nicht entschuldigen. Dies ist anzunehmen, wenn der Täter im Vorfeld der Konfrontation aggressiv und provokativ aufgetreten ist.¹⁴⁴⁰ Wer mit Anspucken des Gegenübers zur Konfliktsituation beiträgt, kann nicht geltend machen, er sei durch die Reaktion des Opfers in eine entschuldbare heftige Gemütsbewegung geraten.¹⁴⁴¹ Das Gleiche gilt, wenn eine Person an einer verbalen Auseinandersetzung aktiv teilnimmt und ihr Gegenüber beleidigt.¹⁴⁴² Auch wer sich bewusst auf eine Konfrontation mit einer bereits gereizten Person einlässt, bei welcher zu erwarten ist, dass sie unberechenbar reagiert, kann sich nicht auf einen entschuldbaren Affekt berufen.¹⁴⁴³ Hingegen gilt nicht als entschuldbarkeitsausschliessendes Verschulden, wenn der Täter sich auf eine pragmatische Diskussion mit dem späteren Opfer einlassen will und dieses unerwartet sogleich zu Faustschlägen und Fusstritten greift.¹⁴⁴⁴ Wird einer Person aus sachlichen Gründen gekündigt und tötet diese dann ihren Arbeitgeber in einer darüber entstandenen Erzürnung, trägt sie die Hauptschuld an der emotionsauslösenden Situation, weshalb diese den Affekt nicht entschuldigen kann.¹⁴⁴⁵ Konflikte, die auf narzisstischen Persönlichkeitszügen des Täters beruhen, gelten ebenfalls als überwiegend selbst verschuldet.¹⁴⁴⁶

Bei Beziehungsproblemen ist das vorgängige Verhalten des Täters gleichermaßen bedeutend. Hat er selbst mit Tätlichkeiten, Drohungen und Nötigungs-

weggründen gesprochen wird; vgl. WK-Moos, § 76 N 37, der dies jedoch als nicht massgebend erachtet; Moos, ZStW 1977, 832.

¹⁴³⁹ Vgl. auch BINDER, ZStrR 1952, 316.

¹⁴⁴⁰ OGer ZH, Urteil vom 23. Mai 2013, SB110725, E. IV. 3cb; so schon KantGer VS, Urteil vom 27. Oktober 1972, ZWR 1973, S. 372.

¹⁴⁴¹ OGer ZH, Urteil vom 10. Oktober 2013, SB130154, E. Rechtliche Würdigung 2.3.

¹⁴⁴² KantGer GR, Urteil vom 9. April 2010, SK1-10-1, E. 6cb, wo es jedoch um den Affekt nach Art. 48 lit. c StGB geht.

¹⁴⁴³ KantGer GR, Urteil vom 19. September 2009, AR GVP 21/2009, Nr. 3537, E. 2.

¹⁴⁴⁴ BGE 102 IV 228, E. 2.

¹⁴⁴⁵ BGer, Urteil vom 1. April 2010, 6B_158/2010, E. 3.1.2; Urteil vom 17. Juli 2008, 6B_289/2008, 6B_290/2008/sst, E. 6.4.

¹⁴⁴⁶ BGE 119 IV 202, E. 2b; OGer ZH, Urteil vom 12. November 2014, SB140187, E. 4.2.2.

versuchen zur Auflösung der Beziehung entscheidend beigetragen, kann er sich nicht auf die durch die Trennung hervorgerufene heftige Gemütsbewegung berufen.¹⁴⁴⁷ Gleiches gilt, wenn der Täter durch seinen Lebenswandel und Alkoholmissbrauch zur Trennung Anlass gab.¹⁴⁴⁸ In dieselbe Richtung ging das Bundesgericht in einem Fall, in welchem der Täter bei einer unberechtigten Durchsicht des Mobiltelefons seiner Partnerin Nachrichten eines Nebenbuhlers fand.¹⁴⁴⁹ Geht ein Mann wegen eines Katers nicht zur Arbeit, so sind Vorwürfe seiner Partnerin berechtigt, sodass er sich nicht auf eine entschuld bare heftige Gemütsbewegung berufen kann, wenn er über ihre Reaktion in Rage gerät.¹⁴⁵⁰

Die Frage, ob der Täter die Hauptschuld oder zumindest eine entscheidende Mitverantwortung an der tatau slösenden Situation trägt, ist aus dem Gesamtkontext des konkreten Falls zu beantworten. Verweigert eine Person einer anderen einen Kredit und besorgt sich zur Vorbeugung eines möglichen Konflikts eine Waffe, so trägt sie noch keine entscheidende Mitverantwortung daran, dass der Kontrahent in ihr Lokal kommt, auf sie schießt und sie daraufhin in eine heftige Gemütsbewegung gerät.¹⁴⁵¹ Behündigt sie sich nachdem sie angeschossen wurde ihrer Waffe und schießt im Affekt auf ihr Gegenüber, so ist diese Gemütslage entschuld bar.¹⁴⁵²

(4) Miteinbezug von kulturellen Besonderheiten des Täters – die ethnisch-kulturell motivierte Tötung im Affekt

Unklar ist, ob zur Beurteilung der Entschuldbarkeit eines Affekts kulturelle Eigenheiten des Täters betrachtet werden können. Kann es sein, dass eine Person aufgrund ihres kulturellen Hintergrunds schneller in einen Affekt gerät; und wenn dem so ist, kann ihr dies zugutegehalten werden? Dahinter steht die Frage, ob der im Strafrecht immer wieder angerufene – aber nur selten wissen-

¹⁴⁴⁷ OGer ZH, Urteil vom 25. Mai 2012, SB120029, E. 2.3.2.2.1.1.; vgl. auch BGer, Urteil vom 1. Februar 2007, 6P.252/2006, E. 8.1.

¹⁴⁴⁸ KantGer GR, Urteil vom 22. September 1971, PKG 1971, S. 72; vgl. auch BGer, Urteil vom 1. Februar 2007, 6P.252/2006, E. 8.1.

¹⁴⁴⁹ BGer, Urteil vom 21. November 2011, 6B_384/2011, E. 2.3, i.c. handelt es sich um einen Fall nach Art. 48 lit. c StGB; der Affekt wurde hauptsächlich abgelehnt, weil ein lang andauerndes Tatvorgehen vorlag.

¹⁴⁵⁰ KantGer GR, Urteil vom 22. September 1971, PKG 1971, S. 72.

¹⁴⁵¹ BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 3.3, die Frage der Mitverantwortung an der Konfliktsituation wird vom Bundesgericht jedoch nicht explizit aufgeworfen.

¹⁴⁵² BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 3.3.

schaftlich aufgearbeitete¹⁴⁵³ – Kulturkonflikt¹⁴⁵⁴ bei der Abgrenzung der Tötungsdelikte einzubeziehen ist.

Da es sich bei der Entschuldbarkeit um eine objektive Betrachtungsweise nach ethischen Grundsätzen handelt, müsste dies gegen eine gesonderte Prüfung nach persönlichen Eigenschaften des Täters sprechen. Infolgedessen gibt es verschiedene Stimmen in der Lehre, welche eine völlig objektive Bewertung befürworten und fordern, dass kulturelle Besonderheiten keinen Platz in der Frage nach der Entschuldbarkeit der heftigen Gemütsbewegung haben.¹⁴⁵⁵

Ein anderer Teil der Lehre und auch das Bundesgericht folgen einer weniger strikten Objektivierung. Sie gehen zwar davon aus, dass eine vergleichende Betrachtung zu einer Durchschnittsperson der Rechtsgemeinschaft vorgenommen werden muss. Sie fingieren jedoch eine gedankliche Person, welche dem Täter nach Herkunft, Erziehung und täglicher Lebensführung entspricht.¹⁴⁵⁶ Der Täter kann nicht mit irgendeiner Person, sondern nur mit einer aus den gleichen Umweltverhältnissen verglichen werden.¹⁴⁵⁷

Der Hintergrund dieser Beachtung liegt darin, dass es sich bei der Entschuldbarkeit zwar grundsätzlich um eine objektive, aber gleichzeitig auch um eine ethische Beurteilung des Affekts handelt. So ist auf eine sozialetische Bewertung zurückzugreifen.¹⁴⁵⁸ Es stellt sich die Frage, ob Personen aus verschiedenen Kulturkreisen der gleiche ethische Wertungsmaßstab entgegengehalten werden kann. Dies ist umso wichtiger, wenn es darum geht, das Verschulden einer Person zu bestimmen. So kann ein Tatmotiv nach ihrer Wertvorstellung verständlich erscheinen, wohingegen es nach hiesigen Vorstellungen besonders

¹⁴⁵³ Ausnahmen bilden die Publikationen von EGETER, FRISCHKNECHT und ZIMMERLIN.

¹⁴⁵⁴ Zu diesem problematischen Begriff EGETER, 10 ff.

¹⁴⁵⁵ DISCH, 390 f.; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 113 N 11; für das österreichische Recht wurde dies in einem Erlass vom Bundesministerium für Justiz so festgehalten; vgl. BJ Ö, Erlass; andeutungsweise ebenso SbgK-VELTEN, § 76 N 83.

¹⁴⁵⁶ BGer, Urteil vom 22. August 2013, 6B_305/2013, E. 4.3.2; Urteil vom 8. Dezember 2011, 6B_524/2010, 6B_626/2011, E. 3.5.1; Urteil vom 27. April 2011, 6B_31/2011, E. 2.4.2; Urteil vom 19. April 2011, 6B_876/2010, E. 2.1; EGETER, 164; FRISCHKNECHT, Diss., 313; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 11; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 30; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 113 N 5; ZIMMERLIN, 283. Auch im österreichischen Strafrecht wird bloss eine relative Objektivierung vorgenommen; KIENAPFEL/SCHROLL, § 76 N 26; WK-MOOS, § 76 N 33.

¹⁴⁵⁷ BGE 107 IV 161, E. 2; BGE 100 IV 150, E. 1.

¹⁴⁵⁸ ZIMMERLIN, 264.

verwerflich anmutet.¹⁴⁵⁹ Da es sich bei der entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung um eine Strafzumessungsregel handelt¹⁴⁶⁰ und damit das Verschulden des Täters relevant ist, sind auch dessen kulturelle Besonderheiten zu berücksichtigen.¹⁴⁶¹

Die Praxis des Bundesgerichts lässt allerdings unklar, wie genau dem ethnisch-kulturellen Hintergrund des Täters Rechnung zu tragen ist.¹⁴⁶² Möglich ist dies im Rahmen der vergleichenden Betrachtung mit der Durchschnittsperson, welche dem Täter nach Herkunft, Erziehung und täglicher Lebensführung entspricht.¹⁴⁶³ Mit Blick darauf muss geprüft werden, „ob ein Ausländer mit gleicher Herkunft wie der Täter, der sich schon gleich viele Jahre wie dieser in der Schweiz aufhält, unter den gegebenen Umständen ebenfalls in eine solche Gemütsverfassung geraten wäre.“¹⁴⁶⁴

Da entscheidend ist, inwiefern der kulturelle Hintergrund die emotionale Kontrollfähigkeit des Täters beeinflusste, ist dem Assimilationsgrad grosse Bedeutung zuzumessen.¹⁴⁶⁵ So wurde entschieden, dass sich ein Täter, der sich zum Tatzeitpunkt seit 27 Jahren in der Schweiz aufhielt, nicht auf kulturelle Eigenschaften berufen kann.¹⁴⁶⁶ Wenn eine Person schon mit jungen Jahren in die Schweiz kam und dann für eine geraume Zeit hier lebte, ist der kulturelle Hintergrund ebenfalls unbeachtlich.¹⁴⁶⁷ Das Obergericht Zürich entschied, „dass wer seit mehreren Jahren in der Schweiz lebt und hier gearbeitet hat, sich nicht mehr auf kulturelle Eigenheiten seines Heimatlandes berufen kann“¹⁴⁶⁸. Eine

¹⁴⁵⁹ ZIMMERLIN, 264 f., welcher das Beispiel des Falls Kalojew aufführt; vgl für eine verkürzten Sachverhalt und Verfahrensgeschichte dieses Falls BGer, Urteil vom 8. November 2007, 6B_401/2007, 6B_426/5007 und 6B_473/2007/bri.

¹⁴⁶⁰ Dazu hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. c) bb).

¹⁴⁶¹ EGETER, 163; vgl. jedoch 167, wo er davon ausgeht, dass „innere Kulturkonflikte“ nicht bei der Frage nach der Entschuldbarkeit zu berücksichtigen sind, sondern lediglich bei der Strafzumessung. Dies ist sonderbar, da er selber vorher aufzeigt, dass es sich bei der Einteilung der Tötungsdelikte eigentlich auch um eine Strafzumessungsfrage handelt. Gleiches wird für § 76 Ö-StGB befürwortet; WK-MOOS, § 76 N 36.

¹⁴⁶² EGETER, 165; FRISCHKNECHT, Diss., 312.

¹⁴⁶³ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 11.

¹⁴⁶⁴ ZIMMERLIN, 283; vgl. beispielsweise StrafGer VS, Urteil vom 1. Oktober 1991, ZWR 1991, 451 ff., wo das Gericht einen Durchschnittsmenschen aus der Gruppe der in der Schweiz lebenden Türken heranzieht.

¹⁴⁶⁵ ZIMMERLIN, 283.

¹⁴⁶⁶ BGer, Urteil vom 27. April 2011, 6B_31/2011, E. 2.

¹⁴⁶⁷ OGer ZH, Urteil vom 5. Juli 2012, SB120026, E. 4.5., der Täter kam 13-jährig in die Schweiz und hielt sich zum Tatzeitpunkt seit 11 Jahren hier auf.

¹⁴⁶⁸ OGer ZH, Urteil vom 26. November 2012, SB120260, E. Zum Vorwurf betreffend Mord 4.3.1.2.

exakte Grenze, ab welcher Aufenthaltsdauer oder bei welchen Umständen ein kultureller Hintergrund des Täters bei der Entschuldbarkeit der heftigen Gemütsbewegung zu beachten ist, lässt sich daraus jedoch nicht ziehen. Klarheit kann es erst geben, wenn die Praxis diesbezüglich eine klarere Linie entwickelt. Irritierend ist es allerdings, wenn das Bundesgericht die vorgebrachten kulturellen Eigenheiten einer Person, die erst knapp einen Monat vor der Tat aus dem Kosovo in die Schweiz gezogen war, völlig unbeachtet belässt.¹⁴⁶⁹

Unter Berücksichtigung der bisher sehr zurückhaltenden Praxis¹⁴⁷⁰ ist anzunehmen, dass kulturelle Besonderheiten nur in Extremfällen einen Einfluss auf die Frage der Entschuldbarkeit eines Affekts haben können. Ausserdem sind alle übrigen Faktoren des Einzelfalls zu beachten. Der ethnisch-kulturelle Hintergrund des Täters führt dann zur Entschuldbarkeit, wenn er nur deswegen in einen Affekt geraten ist und dieser auch bei einer anderen Person aus dem gleichen Kulturkreis mit gleicher Integrationsgeschichte aufgetreten wäre. Nach bisherigen Indikatoren in der Rechtsprechung kann dies nur der Fall sein, wenn sich der Täter erst seit sehr kurzer Zeit in der Schweiz aufhält, schlecht bis gar nicht integriert ist und die mangelnde Affektbeherrschung auf einem wesentlichen Element seiner Kultur beruht.

(5) Eingeschränkte Individualisierung

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Beurteilung der Entschuldbarkeit auf einen „Durchschnittsmenschen der Rechtsgemeinschaft, welcher der Täter nach Herkunft, Erziehung und täglicher Lebensführung angehört“¹⁴⁷¹ abzustellen. Das bedeutet, dass neben dem kulturellen Hintergrund auch bestimmte Faktoren der Erziehung, der Ausbildung und der Lebensweise des Täters zu berücksichtigen sind. Bei Jugendlichen ist ein anderer besonnener Jugendlicher von gleicher persönlicher Art, der unter entsprechen-

¹⁴⁶⁹ BGer, Urteil vom 29. Juli 2016, 6B_1149/2015, E. 3.2 f.

¹⁴⁷⁰ Vgl. etwa BGer, Urteil vom 29. Juli 2016, 6B_1149/2015, E. 3.3; Urteil vom 27. April 2011, 6B_31/2011, E. 2; Urteil vom 7. August 1996, 6S.790/1995, E. 1b; KrimGer TG, Urteil vom 8. April 1983, RBOG 1983, S. 98, E. 2.

¹⁴⁷¹ BGer, Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, E. 4.4; vgl. auch BGer, Urteil vom 21. Februar 2013, 6B_687/2012, E. 1.2; Urteil vom 1. November 2012, 6B_23/2012, 6B_46/2012, E. 6; Urteil vom 1. Mai 2009, 6B_158/2009, E. 2; Urteil vom 1. Februar 2007, 6P.252/2006, E. 8.1; OGer AR, Urteil vom 28. Juni 1979, Rechenschaftsbericht 1978, S. 37: „Bei der Beurteilung der Entschuldbarkeit ist auch der Persönlichkeit des Täters Rechnung zu tragen; es ist ihm daher nicht irgend ein Mensch zum Vergleich gegenüberzustellen, sondern jemand aus gleichen Umweltverhältnissen, wobei auch Erziehung und Charaktereigenschaft einzubeziehen sind.“

den Verhältnissen aufgewachsen ist, als Vergleichsperson beizuziehen.¹⁴⁷² Denkbar ist etwa die Beachtung von Gewalterfahrungen in der Kindheit durch die Erziehungsberechtigten. So ist aus der Forschung anerkannt, dass solche Personen in Konfliktsituationen im späteren Leben häufiger selber zu Gewalt greifen¹⁴⁷³ und bei ihnen die Gehirnregionen, welche für die Emotionskontrolle entscheidend sind, durch die Gewalterfahrung beeinträchtigt sein können.¹⁴⁷⁴ Dementsprechend werden nicht nur unmittelbar mit der Tat zusammenhängende, sondern allenfalls auch weit zurückliegende Umstände berücksichtigt, welche die Emotionalität des Täters ebenfalls beeinflussen.¹⁴⁷⁵

Interessant ist der Gedankengang von ROSCH, welcher vor allem in Bezug auf sogenannte Haustyrannentötungen fordert, dass man auch *Geschlechterunterschiede* berücksichtigt. In Fällen einer weiblichen Täterin solle statt von einer „vernünftigen – von männlichen Bildern geprägte – Person“ besser von einer „vernünftigen Frau“ ausgegangen werden.¹⁴⁷⁶ Einerseits überzeugt diese Überlegung im Vergleich mit dem ethnisch-kulturellen Hintergrund des Täters. So sind aus dem Geschlecht des Täters unterschiedliche soziaethische Wertungen abzuleiten. Andererseits zeigen die psychologische und die neurologische Literatur allerdings, dass es bezüglich Entstehung, Erleben und Kontrolle von Emotionen kaum relevante Unterschiede zwischen den Geschlechtern gibt; höchstens tendenziöse Verschiedenheiten konnten festgestellt werden.¹⁴⁷⁷ Dementsprechend dürfte der Geschlechterunterschied nur in Fällen eine Rolle spielen, in welchen das Geschlecht des Täters einen relevanten Einfluss auf die soziaethische Bewertung des Affekts hat. Dies dürfte kaum je der Fall sein. Gleiches gilt für das Alter des Täters.¹⁴⁷⁸ Eine gewisse Beachtung finden dieses und das Geschlecht des Täters, wenn die Erziehung und die tägliche Lebensführung berücksichtigt werden. Diese können stark mit beidem zusammenhängen.

Bei der Prüfung der Entschuldbarkeit des Affekts handelt es sich somit nicht um eine rein objektive Betrachtung. Es ist entscheidend, dass eine Person un-

¹⁴⁷² So im österreichischen Recht KIENAPFEL/SCHROLL, § 76 N 26; WK-MOOS, § 76 N 35.

¹⁴⁷³ Sog. „*Cycle of violence*“; vgl. dazu statt vieler BAIER/PFEIFFER, 66; EISNER/RIBEAUD/LOCHER, 13 ff.; MANZONI, 25 ff. m.w.H.

¹⁴⁷⁴ Vgl. GLENN/RAINE, *Nature Reviews Neuroscience* 2014, 54; RAINE, 134 ff.

¹⁴⁷⁵ OGer AR, Urteil vom 28. Juni 1979, Rechenschaftsbericht 1978, S. 37.

¹⁴⁷⁶ ROSCH, 560 m.w.H.

¹⁴⁷⁷ Vgl. dazu vorne Erster Teil 2. Kap. A. IV. 2. c) und Erster Teil 2. Kap. B. II. 2. Solche Tendenzen wurden etwa für die Ärgerverarbeitung festgestellt; vgl. FICHTEN, 228 f.

¹⁴⁷⁸ Vgl. für die Altersunterschiede in der Emotionsverarbeitung vorne Erster Teil 2. Kap. A. IV. 2. c) und Erster Teil 2. Kap. B. II. 2.

ter den gleichen Umständen wie der Täter ebenfalls in eine heftige Gemütsbewegung geraten wäre. Dies wiederum bedarf, dass den Gegebenheiten des Einzelfalls in gewissem Mass Rechnung getragen wird. Dies gilt insbesondere für den kulturellen Hintergrund, das Geschlecht, das Alter, die erlebte Erziehung und die Lebensführung des Täters sowie seine Beziehung zum Opfer.¹⁴⁷⁹

(6) Keine Beachtung individueller Persönlichkeitsmerkmale

Individuelle Persönlichkeitsmerkmale des Täters sind für die Entscheidung über die Entschuldbarkeit nicht relevant. Dazu gehören abnorme Elemente der Persönlichkeit wie besondere Erregbarkeit, krankhafte Eifersucht oder ein übertriebenes Ehrgefühl. Derartige persönliche Merkmale des Täters können die heftige Gemütsbewegung nicht entschuldigen.¹⁴⁸⁰ Beispielsweise vermag eine übersteigerte Katzenliebe und die damit verbundene leichte Erregbarkeit bei einer Gefährdung der Katzen einen daraus resultierenden Affekt nicht zu entschuldigen.¹⁴⁸¹ Demnach können bei der Entschuldbarkeit zwar gewisse individuelle Besonderheiten berücksichtigt werden; es erfolgt allerdings keine darüber hinausgehende individualisierte Betrachtungsweise. Im Rahmen einer ethischen Bewertung nach objektiven Gesichtspunkten kann es „nicht angehen, an jeden Täter einen allen seinen Besonderheiten Rechnung tragenden Massstab anzulegen.“¹⁴⁸²

¹⁴⁷⁹ Die Täter-Opfer-Beziehung wird vor allem im Rahmen der Ausgangssituation berücksichtigt; dazu vorne Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb) (2).

¹⁴⁸⁰ BGer, Urteil vom 29. Juli 2016, 6B_1149/2015, E. 3.1; Urteil vom 26. August 2015, 6B_271/2015, E. 2.2.2; Urteil vom 23. Januar 2015, 6B_600/2014, E. 3.1.2; Urteil vom 19. Juni 2014, 6B_748/2013, E. 2.2; Urteil vom 21. Februar 2013, 6B_687/2012, E. 1.2; Urteil vom 1. November 2012, 6B_23/2012, 6B_46/2012, E. 6; Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, E. 4.3.2; Urteil vom 19. April 2011, 6B_876/2010, E. 2.1; Urteil vom 1. April 2010, 6B_158/2010, E. 3.1.2; KrimGer TG, Urteil vom 8. April 1983, RBOG 1983, S. 98, E. 2.; CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 14; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 11; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 30; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 113 N 14; WALDER, ZStrR 1965, 37; weiter wohl noch SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 113 N 19: „Eine Berücksichtigung der besonderen Eigenarten des einzelnen [...] sollte [...] nicht ausgeschlossen werden.“ Als Beispiel nennt er jedoch gerade den leichter reizbaren Südländer, was eher der Beachtung kultureller Hintergründe gleicht; missverständlich BGE 100 IV 150, E. 1, wo von Charaktereigenschaften gesprochen wird; BGer, Urteil vom 22. August 2013, 6B_305/2013, E. 4.5, wo die unaggressive eher defensiv-submissive Persönlichkeit des Täters bei der Beurteilung der Entschuldbarkeit berücksichtigt wird.

¹⁴⁸¹ KantGer GR, Urteil vom 25. April 1983, SF 7/83, E. 2b.

¹⁴⁸² KrimGer TG, Urteil vom 8. April 1983, RBOG 1983, S. 98, E. 2.

Da es sich bei der Entschuldbarkeit um eine normative und nicht um eine psychologische Beurteilung handelt, ist in diesem Zusammenhang unbeachtlich, ob der Täter vermindert schuldfähig war. Dies ist nur unter Art. 19 StGB zu berücksichtigen.¹⁴⁸³ Aus einer verminderten Schuldfähigkeit kann nicht gefolgert werden, dass die Gemütsbewegung entschuldbar ist.¹⁴⁸⁴ Es besteht keine gegenseitige Abhängigkeit der juristisch-normativen und der psychiatrischen Bewertung der Tat.¹⁴⁸⁵

Eine Persönlichkeitsstörung des Täters kann nicht zur Annahme der Entschuldbarkeit des Affekts führen. Sie kann jedoch unter Umständen zu einer Schuldunfähigkeit oder einer verminderten Schuldfähigkeit führen.¹⁴⁸⁶ Dies gilt insbesondere dann, wenn die Persönlichkeitsstörung dazu führt, dass seine Steuerungsfähigkeit eingeschränkt ist und er eine stärkere Reaktion auf eine Provokation zeigt, als eigentlich zu erwarten wäre.¹⁴⁸⁷ Ist der Grad dafür nicht erreicht, so kann sie immerhin noch bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.¹⁴⁸⁸ Eine besondere Erregbarkeit des Täters beeinflusst seine Entscheidungsfreiheit, selbst wenn sie nicht zur Entschuldbarkeit des Affekts führt. Dementsprechend vermindert sie das Strafzumessungsver schulden und ist strafmindernd zu berücksichtigen.¹⁴⁸⁹ Mit dieser Trennung von der Entscheidung über die Entschuldbarkeit und die Beurteilung der Schuldfähigkeit beziehungsweise des Ausmasses des Tätersverschuldens soll erreicht werden, „auch bei den Tötungsdelikten einen sauberen Trennstrich zwischen der rechtlichen Würdigung und der Tat und ihrer schuldmassigen und psychiatrischen

¹⁴⁸³ Zum Zusammentreffen von Totschlag und verminderter Schuldfähigkeit hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 4. b).

¹⁴⁸⁴ BINDER, ZStrR 1952, 311, der zutreffend darlegt, dass es in einem solchen Fall zu einer unsachgemässen Vermischung von psychiatrischen Erwägungen und juristischer Qualifikation kommen würde.

¹⁴⁸⁵ BINDER, ZStrR 1952, 312.

¹⁴⁸⁶ BGer, Urteil vom 23. Januar 2015, 6B_600/2014, E. 3.1.2; Urteil vom 21. Februar 2013, 6B_687/2012, E. 1.2; Urteil vom 1. November 2012, 6B_23/2012, 6B_46/2012, E. 6; vgl. zu den Voraussetzungen der Schuldfähigkeit ausführlich vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 2.

¹⁴⁸⁷ OGer ZH, Urteil vom 5. Juli 2012, SB120026, E. 5.3.3.2.

¹⁴⁸⁸ BGE 108 IV 99, E. 3b; 107 IV 161, E. 2; 107 IV 103, E. 2b/bb; BGer, Urteil vom 23. Januar 2015, 6B_600/2014, E. 3.1.2; Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, E. 4.3.2; Urteil vom 19. April 2011, 6B_876/2010, E. 2.1; Urteil vom 1. April 2010, 6B_158/2010, E. 3.1.2; CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 14; DONATSCH, SR III, 16; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 11; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 30; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 113 N 5; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 113 N 14.

¹⁴⁸⁹ Ausführlich zur Strafzumessung vorne Zweiter Teil 1. Kap. B. III.

Beurteilung zu ziehen.¹⁴⁹⁰ Die Unterscheidung ist indessen bloss eine Illusion, da es sich auch beim Totschlag grundsätzlich um ein Schuldmerkmal handelt.¹⁴⁹¹

Befindet sich ein Täter wegen einer Persönlichkeitsstörung in medikamentöser Behandlung und ist er deswegen in einem Zustand leichter Erregbarkeit, so ist dies nicht im Rahmen von Art. 113 StGB, sondern als Grund für eine entfallene oder verminderte Schuldfähigkeit zu betrachten.¹⁴⁹²

Insgesamt spielen individuelle Faktoren und der kulturelle Hintergrund des Täters nur eine sehr untergeordnete Rolle bei der Entscheidung über die Entschuldbarkeit des Affekts. Klar zu widersprechen ist allerdings der Aussage des Obergerichts Zürich: „Bei der Prüfung der Frage, ob ein Gemütszustand entschuldbar sei, spielen kulturelle oder individuelle Besonderheiten keine Rolle.“¹⁴⁹³ Die Entschuldbarkeit folgt hingegen richtigerweise keinem rein objektiven Beurteilungsmassstab, sondern erfährt hinsichtlich bestimmter Umstände durchaus eine gewisse Individualisierung.

(7) Zeitliche Voraussetzung der Entschuldbarkeit

Gelegentlich wird für die Prüfung der Entschuldbarkeit ein zeitliches Kriterium eingeführt. So bedürfe es einer unmittelbaren Reaktion auf die Gemütsbewegung.¹⁴⁹⁴ Richtigerweise geht es dabei jedoch nicht um die Entschuldbarkeit der Gemütsbewegung, sondern um die zeitliche Voraussetzung des relevanten Affekts und um die Frage, wann ein Täter in einer heftigen Gemütsbewegung handelt.¹⁴⁹⁵

Eine temporale Überlegung ist nur dort gegeben, wo ein Affekt nicht auf eine beachtliche Ausgangssituation, sondern erst mit einiger Verzögerung folgt. In diesem Fall fehlt ihm die Verknüpfung zu den Auslöpfungsfaktoren, welche ihn als entschuldbar erscheinen lassen.¹⁴⁹⁶ Ein eigenständiges zeitliches Kriterium ist bei der Entschuldbarkeit daher unnötig.

¹⁴⁹⁰ Gesamtkantonsgericht SG, Urteil vom 28. Juni 1971, GVP 1971, Nr. 27.

¹⁴⁹¹ Vgl. hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. c) bb).

¹⁴⁹² BGer, Urteil vom 1. November 2012, 6B_23/2012, 6B_46/2012, E. 6.1.

¹⁴⁹³ OGer ZH, Urteil vom 30. April 2012, SB110690, E. Rechtliche Würdigung 3.3.2.2., allerdings zur Entschuldbarkeit des Affekts nach Art. 48 lit. c StGB.

¹⁴⁹⁴ BGE 119 IV 202, E. 2a; 118 IV 233, E. 2a; CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 16.

¹⁴⁹⁵ Dazu vorne Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) aa) (3) und (4).

¹⁴⁹⁶ Zu diesen vorne Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb) (2).

(8) Das Motiv als Indikator für die Entschuldbarkeit

Als Indikator der Entschuldbarkeit der heftigen Gemütsbewegung wird immer wieder auf die Motive des Täters zurückgegriffen. So zeichnen sich Totschlagsdelikte häufig dadurch aus, dass sie aus gekränkter Liebe, Eifersucht oder verletzter Ehre ausgeführt werden.¹⁴⁹⁷ Ältere Literatur verweist zuweilen noch darauf, dass sich der Totschläger durch eine gute, anständige Gesinnung auszeichnet.¹⁴⁹⁸ Dies hängt aber vor allem mit der früher geltenden Fassung des Mordtatbestands zusammen. So wurde dieser durch eine „verwerfliche Gesinnung“ gekennzeichnet. Damit konnten die drei Tötungsformen folgendermassen abgestuft werden: der Mörder handelt aus einer verwerflichen, schlechten Gesinnung; wer eine vorsätzliche Tötung begeht, zeigt eine ethisch beeinträchtigte Gesinnung; der Totschläger handelt aus guter Gesinnung.¹⁴⁹⁹ Dieses Element wurde beim Mord jedoch gestrichen, um klar darzustellen, dass es sich um eine Beurteilung der Tat und nicht um eine allgemeine Bewertung der Täterereigenschaften handelt.¹⁵⁰⁰ Dementsprechend ist beim Totschlag nicht entscheidend auf die Motivation des Täters abzustellen.

Zudem geht es bei der Entschuldbarkeit um eine Bewertung des Affekts. Wenn an die Motive des Täters angeknüpft würde, käme es zu einer Bewertung der Tat und nicht der täterlichen Gefühlslage.

(9) Entschuldbarkeit des Affekts und nicht der Tat

Wie gerade angesprochen, ist abschliessend folgende Bemerkung von entscheidender Bedeutung: Das Gesetz fordert die Entschuldbarkeit der heftigen Gemütsbewegung, nicht der Tat. Es ist nur der Affekt, welcher normativ als begrifflich erscheinen muss.¹⁵⁰¹ Eine Tötung kann auch durch die Begehung

¹⁴⁹⁷ BINDER, ZStrR 1952, 320, wobei er bei der Eifersucht davon ausgeht, dass dies eher ein typisches Motiv für eine Tötung nach Art. 111 StGB darstellt; HERREN, 53 f.

¹⁴⁹⁸ So z.B. BINDER, ZStrR 1952, 314; HERREN, 53; vgl. zum Begriff der Gesinnung AFFOLTER-EIJSTEN, 124 ff.

¹⁴⁹⁹ BINDER, ZStrR 1952, 314; HERREN, 53.

¹⁵⁰⁰ EGE, ZStrR 2012, 294; SCHWARZENEGGER, ZStrR 2000, 362 ff. m.w.H.

¹⁵⁰¹ BGE 119 IV 202, E. 2a; 108 IV 99, E. 3a; 107 IV 103, E. 2b/bb; 81 IV 150, E. 3; BINDER, ZStrR 1952, 338; GRAVEN, ZStrR 1946, 385; HERREN, 51; SCHWANDER, 510; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 113 N 8; WALDER, ZStrR 1979, 163; WALDER, ZStrR 1965, 36. Entsprechendes gilt auch für § 76 Ö-StGB; WK-MOOS, § 76 N 27.

unter dem Einfluss von heftigen Emotionen nicht entschuldigt werden; sie bleibt ein schweres Verbrechen.¹⁵⁰²

Untersucht man jedoch die Gerichtspraxis zu Totschlagsdelikten, zeigt sich, dass es in diesem Zusammenhang zu problematischen Entscheiden kommt. Es ist eine feine Linie zu bestimmen, wann die Bewertung der Entschuldbarkeit nur auf die Gemütsbewegung gerichtet ist und wann sie die Tat miterfasst. Dies beginnt schon mit der problematischen Definition der Entschuldbarkeit. Wie gezeigt, wird gefordert, dass eine Durchschnittsperson in den gleichen Umständen auch in einen entsprechenden Affekt geraten wäre. Unklar ist, ob damit lediglich eine psychische Sondersituation oder aber ein seelischer Zustand, welcher sich in einer Affekttat entladen kann, gemeint ist. Gerade in der Gerichtspraxis – aber auch bei gewissen Aussagen der Lehre – scheint oft die zweite Auffassung im Vordergrund zu stehen. Wird etwa ausgeführt, dass die Tötung als emotional bedingte Entgleisung eines ansonsten anständigen Menschen erscheinen muss,¹⁵⁰³ so umfasst diese Entschuldbarkeit mehrheitlich die Tat und nicht den Affekt. Gleiches gilt, wenn festgestellt wird, dass eine vernünftige Person in den gleichen Umständen nicht in denselben Affekt geraten und gleich reagiert hätte.¹⁵⁰⁴ Nach dem klaren Gesetzeswortlaut ist es hingegen nur die heftige Gemütsbewegung, die entschuldbar sein muss. Dabei ist es verfehlt, wenn gefordert wird, dass eine Durchschnittsperson in den gleichen Umständen in einen Affekt, welcher sich in einer Straftat entladen kann, geraten wäre.¹⁵⁰⁵ Entscheidend ist bloss, dass die Gegebenheiten des Einzelfalls die Affektentstehung menschlich begreiflich erscheinen lassen. Dass darin eine Straftat begangen werden kann, liegt in der affektiv bedingten Erschwerung der Steuerungskontrolle. Dies lässt die Tat in milderem Licht erscheinen; eine darüber hinaus milder erscheinende Tat – welche eine Tötung kaum darstellen kann – ist nicht zu fordern.

Dennoch schwingt bei verschiedenen Tatbeurteilungen immer wieder folgende Überlegung mit: der Richtende hält es nicht für menschlich verständlich, dass es als Folge der äusseren Umstände zu einem Affekt kam und noch weniger, dass sich dieser in einer brutalen Tat entladen hatte. Diese Haltung zeigt sich in der Umschreibung der Entschuldbarkeit im Urteil. So wird etwa festgehalten, dass eine plötzliche Wut aufgrund eines „banalen Streits“ die Tötung der

¹⁵⁰² BGE 108 IV 99, E. 3a: „Totschlag ist nicht eine entschuldbare [...] Tat“.

¹⁵⁰³ BINDER, ZStrR 1952, 318; ROSCH, 560; vgl. auch OGer LU, Urteil vom 27. Juni 1990, LGVE 1990 I, Nr. 51, E. c; OGer ZH, Urteil vom 23. Mai 2013, SB110725, E. IV. 3cb.

¹⁵⁰⁴ BGer, Urteil vom 29. Juli 2016, 6B_1149/2015, E. 3.1.

¹⁵⁰⁵ In der österreichischen Lehre ebenso KIENAPFEL/SCHROLL, § 76 N 27; ZERBES, 160.

Ehefrau nicht als verständlich und milder erscheinen lasse.¹⁵⁰⁶ Das Bundesgericht hat auch schon entschieden, dass die Umstände nicht geeignet seien, einen vernünftigen Menschen zur Tötung zu veranlassen.¹⁵⁰⁷ Teilweise wird ausdrücklich von einer entschuldbaren Affekttat gesprochen.¹⁵⁰⁸ In diesen Fällen bezogen sich die Entschuldbarkeitsüberlegungen somit direkt auf die Tat und nicht auf den psychischen Zustand des Täters.

Bei dieser Haltung der Gerichte und der Lehre spielen oft Proportionalitätsüberlegungen eine Rolle. Das heisst, zur Beurteilung der Entschuldbarkeit wird zumindest implizit auf ein gewisses Verhältnis zwischen dem affektauslösenden Ereignis und der im Affekt begangenen Handlung abgestellt.¹⁵⁰⁹ Richtigerweise ist dies nicht sachgerecht.¹⁵¹⁰ Wenn nur der Affekt entschuldbar sein muss, so geht es einzig darum, ob der auslösende Reiz bei einer Durchschnittsperson eine heftige Gemütsbewegung hätte begründen können. Ist das zu bejahen, führt die im Affekt begründete erschwerte Kontrollfähigkeit des Täters dazu, dass die Tat in einem milderen Licht erscheint und die Entschuldbarkeit anzunehmen ist. Ein zusätzliches Kriterium, welches bei der Tötung im Affekt weitere begünstigende Umstände fordert, ist abzulehnen.

Dass es nicht die Tat sein kann, welche gerechtfertigt oder entschuldigt sein muss, lässt sich auch aus systematischen Überlegungen ableiten. So handelt es sich bei der Entschuldbarkeit um ein Tatbestandselement von Art. 113 StGB; wird es bejaht, so führt es zur Anwendung dieses Artikels. Die Tat an sich wird jedoch nicht entschuldigt oder gerechtfertigt. Der Täter muss sich wegen eines

¹⁵⁰⁶ BGer, Urteil vom 27. April 2011, 6B_31/2011, E. 2.4.

¹⁵⁰⁷ BGer, Urteil vom 21. Februar 2013, 6B_687/2012, E. 1.6; ähnlich BGer, Urteil vom 29. Juli 2016, 6B_1149/2015, E. 3.3, wo das Gericht ausführt es sei fraglich, wie sich der Täter „infolge einer kurzen Auseinandersetzung mit der Privatklägerin zur fraglichen Tat hinreissen lassen konnte“; vgl. auch OGer ZH, Urteil vom 25. Mai 2012, SB120029, E. 2.3.2.2.1.1., wo das Gericht ausführt, dass kein entschuldbarer Anlass für eine Rache bestand.

¹⁵⁰⁸ BGer, Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, E. 4.4: „Das versuchte Tötungsdelikt erscheint nach ethischen Gesichtspunkten nicht in einem wesentlich milderen Licht.“; OGer ZH, Urteil vom 23. Mai 2013, SB110725, E. IV. 3cb: „Entsprechend setzt die Privilegierung nach Art. 113 StGB in jedem Fall eine Affekttat voraus, welche entschuldbar sein muss [...]“

¹⁵⁰⁹ Explizit KantGer GR, Urteil vom 22. September 1971, PKG 1971, S. 72, wo eine Adäquanz zwischen Handlung und Konfliktsituation gefordert wurde.

¹⁵¹⁰ CR CP I-PELLET, Art. 48 N 34; in der österreichischen Lehre ebenso WK-MOOS, § 76 N 28, 51; vgl. dazu beim entschuldbaren Notwehrexzess vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. b) cc) (2).

Verbrechens verantworten und kann mit bis zu zehn Jahren Gefängnis bestraft werden.¹⁵¹¹

Gerade in Fällen, die sich durch besonders brutale Tatvorgänge abzeichnen, neigt die Praxis dazu, dass auch ein Affekt eine solche Tat nicht rechtfertigen könne. Dies hat allerdings nichts mit der Entschuldbarkeit der heftigen Gemütsbewegung zu tun. Auch bei affektiven Tötungen können im Rahmen der konkreten Strafzumessung weitere Verschuldenskomponenten – insbesondere die Art der Tatausführung – berücksichtigt werden. Insgesamt ist daher festzuhalten, dass die Art und Weise der Tatbegehung grundsätzlich keinen Einfluss darauf haben sollte, ob ein Affekt entschuldbar ist oder nicht.¹⁵¹² Die gegenteiligen Bestrebungen können aus gerichtspsychologischer Perspektive erklärt werden. Es kann eine affektive Voreingenommenheit auf Seiten der urteilenden beziehungsweise untersuchenden Behörde bestehen. So ist es nachvollziehbar, dass nur das Alltägliche, Übliche und Gewohnte oder mit anderen Worten das gänzlich Unauffällige als einfühlbar wahrgenommen wird.¹⁵¹³ Gerade Tötungen weichen allerdings klar vom Normalen ab, weshalb die Verurteilung besteht, nicht zwischen Entschuldbarkeit der Tat und jener des Affekts zu unterscheiden. BINDER hielt dem unter Beachtung der menschlichen Geschichte entgegen: „Es sind zwar Ausnahmerecheinungen, die aber noch im Rahmen des normalen Lebens liegen.“¹⁵¹⁴ Diese Erkenntnis muss auch für den Richter im Zentrum stehen. Er hat sich an die gesetzlichen Vorgaben zu halten und bei einer affektiven Tötung daher lediglich die Entschuldbarkeit des Affekts zu prüfen.

Die Praxis zeigt allerdings nach wie vor oft das Gegenteil. Es findet eine Vermischung der Entschuldbarkeit von Affekt und Tat statt.¹⁵¹⁵ So forderten Gerichte auch schon, dass die Tötung aus einer Konfliktsituation heraus entstanden sein müsse, welche sie als situationsadäquat erscheinen lasse. Diese Bewertung wurde vom Bundesgericht jedoch zutreffenderweise als falsch gerügt.¹⁵¹⁶

¹⁵¹¹ Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 113 StGB.

¹⁵¹² Ebenso in der österreichischen Lehre MOOS, ZStW 1977, 834 f.; a.M. FABRIZY, § 76 N 4.

¹⁵¹³ So bereits BINDER, ZStrR 1952, 332.

¹⁵¹⁴ BINDER, ZStrR 1952, 332 f.

¹⁵¹⁵ So auch BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 19.

¹⁵¹⁶ BGE 108 IV 99, E. 3a; vgl. auch StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 113 N 8.

Insgesamt lassen die vorangehenden Ausführungen erkennen, dass es bei affektiv motivierten Tötungen in erster Linie entscheidend ist, ob die heftige Gemütsbewegung als entschuldigbar klassifiziert wird oder nicht. Dies führt zur Einstufung der Tat als Totschlag. Nur selten ist die Hauptstreitfrage, ob überhaupt ein Affekt vorgelegen hat oder nicht. In der älteren Lehre zog man daraus den Schluss, den Art. 113 StGB nicht auf den Affekt zu beschränken. Alle Tötungen, „bei denen die Motivation bis zu einem gewissen Grade einfühlbar und damit entschuldigbar erscheint“¹⁵¹⁷, sollten als Totschlag klassifiziert werden. Diese Ausdehnung der Privilegierung ist allerdings im zeitlichen Kontext zu sehen. So wurde die Erweiterung des Totschlags auf die „grosse seelische Belastung“ erst später vorgenommen. Demnach wurde durch die ältere Lehre immer wieder versucht, Sachverhalte, welche nicht als eigentliche Affekttat zu verstehen sind, die jedoch irgendwie entschuldigbar erschienen, ebenfalls als Totschlag zu klassifizieren.¹⁵¹⁸ Indem das Gesetz heute eindeutig zwei verschiedene Formen des Totschlags unterscheidet, ist klar, dass sich an diesen Begriffen zu orientieren ist. Der Affekt und die grosse psychische Belastung sind die zentralen Begriffelemente des Totschlags, was heute nicht mehr in Frage gestellt wird.

(10) Beispielfälle aus der Praxis

Die bundesgerichtliche Praxis zur Entschuldbarkeit und damit zur Annahme oder Ablehnung des Totschlags soll anhand weniger ausgewählter Beispielfälle kurz dargestellt werden.

Entschuldbarkeit und damit Anwendung von Art. 113 StGB bejaht:

- Zwischen X. und Y. ergab sich im Frühjahr 2009 eine Auseinandersetzung, weil X. dem Y. nur unter verschiedenen Auflagen Geld leihen wollte. Es kam zu einem Handgemenge, in welchem Y. eine leicht blutende Quetschwunde erlitt. Am 8. Juni 2009 erschien Y. mit einem Revolver im Lokal, in dem sich X. aufhielt. Er ging auf diesen los und schlug ihn mit der Waffe. Im folgenden Handgemenge zog Y. den Abzug seiner Waffe, wodurch X. einen oberflächlichen Halsdurchschuss erlitt. Daraufhin floh Y. aus dem Lokal. X. bemerkte seine blutende Halsverletzung, holte seine Waffe hinter der Bar hervor und folgte Y. auf die Strasse. Y. schoss auf seinen Verfolger und ebenso schoss X. gezielt auf seinen Kontrahenten. Beide Schüsse von X. verfehlten den Gegner. Nach dem Schusswechsel

¹⁵¹⁷ SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 113 N 11 m.w.H.

¹⁵¹⁸ Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. b) aa).

rannte Y. davon. X. versteckte seine Waffe in einem Strauch und ging ins Lokal zurück. X. wurde vom Obergericht Zürich wegen versuchtem Totschlag und Gefährdung des Lebens sowie mehrfacher Widerhandlung gegen das Waffengesetz zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Dieses Urteil hielt auch vor Bundesgericht stand. Der Täter habe sich bei der Schussabgabe in einem Affekt befunden. Er wurde mehr oder weniger von einem neurobiologischen Programm gesteuert und konnte daher keine rationalen Überlegungen einschalten. Ein durchschnittlich besonnener Mensch wäre unter denselben Voraussetzungen ebenfalls leicht in einen solchen Affekt geraten. Daher handelte der Täter in einem entschuldbaren Affekt nach Art. 113 StGB.¹⁵¹⁹

- Im Dezember 1980 brachte M. seinen Schwiegersohn R. um. Dieser hatte seine Frau und den gemeinsamen Sohn schwer misshandelt. M. wollte mit R. unter vier Augen über die Vorfälle und die Zukunft der Familie sprechen. Dabei wurde er vom Schwiegersohn – welcher der schuldige Verursacher der familiären Krise war – auf schwerste Weise gekränkt. R. warf ihm vor, er sei selbst der Vater des Kindes. Daraufhin wurde M. von Wut und heftiger Erregung gepackt und erschoss R. Das Bundesgericht ging davon aus, dass sich der Täter in einer heftigen Gemütslage befunden hat und diese auch menschlich verständlich und daher entschuldigbar war. Demnach wurde ein Totschlag nach Art. 113 StGB angenommen.¹⁵²⁰ An diesem Fall lässt sich zeigen, wie schwer die Abgrenzung der schweren seelischen Belastung und der heftigen Gemütsbewegung ist. So werden beide Totschlagsvarianten vermischt. Es wird von einer schwerwiegenden Konfliktsituation, einer familiären Krise, einem in den vorangegangenen Wochen aufgetauter Affekt sowie Wut und heftiger Erregung zum Tatzeitpunkt gesprochen.
- F. lebt mit ihrem Ehemann und ihren Kindern in gemeinsamem Haushalt. Gleichzeitig hatte sie während rund 10 Jahren ein intimes Verhältnis mit ihrem Schwager M. Als sie versuchte, sich von diesem zu lösen, wurde sie von ihm unter Anwendung von massiver Gewalt oft mehrmals täglich zum Geschlechtsverkehr gezwungen. Am 20. Februar 1973 kam es beim Mittagessen zu einer Auseinandersetzung zwischen F. und M. Als M. sie als Hure bezeichnete, griff die Beschimpfte das auf dem Tisch liegende Fleischmesser und stiess es gegen die Brust von M., ohne dass dieser ver-

¹⁵¹⁹ BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013; vorinstanzlicher Entscheid OGer ZH, Urteil vom 19. Dezember 2012, SB120131, E. III. 2.5.5.

¹⁵²⁰ BGE 108 IV 99.

letzt wurde. In der Folge sprangen beide auf und F. stiess dem M. das Messer unterhalb des linken Schulterbeins in den Leib, wodurch er eine völlige Durchtrennung der grossen Arterterie erlitt und starb. Das Bundesgericht gab der Vorinstanz Recht, welche annahm, dass das stark provozierende Verhalten des Täters unmittelbar vor der Tat zu einem Wutanfall von F. führte. Es führte aus, dass die heftige Erregung angesichts der vorbestandenen äusserst gespannten Ausgangslage als entschuldigbar erscheine. Dementsprechend wurde die Täterin wegen Totschlags nach Art. 113 StGB verurteilt.¹⁵²¹

Entschuldbarkeit und damit Anwendung von Art. 113 StGB verneint:

- X. und A. heirateten am 9. Juli 2013 im Kosovo. Am 31. Dezember 2013 reiste X. im Rahmen des Familiennachzugs zu seiner Frau in die Schweiz, worauf es zwischen den beiden bald zu Spannungen kam. Am 27. Januar 2014 suchte X. seine Ehefrau, welche sich zu dieser Zeit in der Wohnung ihrer Eltern aufhielt, auf. Dabei führte er in seiner Jacke ein Rüstmesser mit einer Klingenlänge von ca. 15 cm mit. Vorab kontaktierte er seine Gattin telefonisch, worauf sich diese aus der Wohnung begab. Im Eingangsbereich des Hauses trafen die beiden aufeinander. Nachdem A. ihm eine Mitteilung der Post wunschgemäss übersetzt hatte, fragte X. sie, wann er sie abholen könne. Seine Frau teilte ihm mit, sie würde sich diesbezüglich noch melden. Daraufhin eskalierte die Situation. Nach der Darstellung des Täters ist es zu einer zehnminütigen Auseinandersetzung zwischen ihm und seiner Ehefrau gekommen. Diese habe ihm unter anderem gesagt, dass sie sein Leben in der Hand habe, dass sie ihn anlügen, betrügen und alles mit ihm machen könne, was sie wolle, und dass er in der Schweiz keine Rechte geniesse. Dies habe ihn zutiefst verletzt. X. packte seine Frau am Arm und stach mit dem mitgebrachten Messer auf sie ein. Der erste Stich zielte in Richtung Gesicht/Hals. Danach attackierte er sie völlig unkontrolliert, wobei sie an Kopf, Hals sowie Armen und Beinen getroffen wurde. Dann liess er plötzlich von ihr ab und verliess den Tatort fluchtartig.¹⁵²² Der Täter führte vor Bundesgericht aus, es sei bei ihm zu beachten, dass er sein Heimatland extra für A. verlassen, sich erst knapp einen Monat in der Schweiz aufgehalten und kein Deutsch gesprochen habe. Dadurch sei er auf seine Frau angewiesen gewesen und habe sich ihr ausgeliefert gefühlt. Daher sei es für ihn schwierig gewesen,

¹⁵²¹ BGE 100 IV 150.

¹⁵²² BGER, Urteil vom 29. Juli 2016, 6B_1149/2015.

den Zurückweisungen und Provokationen auszuweichen.¹⁵²³ Das Bundesgericht erwiderte darauf, dass die Abhängigkeit nicht so dramatisch gewesen sei. So „lebte die Schwester des Beschwerdeführers ebenfalls in der Schweiz, und auch seine übrige Familie hätte er um Unterstützung bitten können, selbst wenn diese sich nicht in der Schweiz aufhielt. Ausserdem verfügte er über mindestens einen guten Kollegen (dessen Facebookprofil er offenbar benutzen durfte), an den er sich hätte wenden können.“¹⁵²⁴ Das Gericht lehnt die Entschuldbarkeit des Affekts ab, da es für unvorstellbar hält, „[d]ass ein besonnener Durchschnittsmensch mit einer vergleichbaren Herkunft, Erziehung und täglichen Lebensführung aufgrund eines ähnlichen Beziehungsproblems in den gleichen Affekt geraten wäre.“¹⁵²⁵

- Im Rahmen eines Treffens zum Zweck eines Haschischhandels begab sich X. am 13. Dezember 2008 zu Y. Da er aufgrund von vorhergehenden Streitigkeiten Schwierigkeiten erwartete, nahm er einen Dolch mit. Vor Ort kam es zu gegenseitigen Beschimpfungen, weshalb Y. das Geschäft abbrechen wollte. Als er daraufhin erneut verunglimpft wurde, versetzte er X. einen Faustschlag gegen den Kopf. Dieser setzte sich mit dem mitgeführten Dolch zur Wehr und stach Y. mit drei Stichen in den Rücken und in die linke Flanke, wodurch dieser lebensgefährlich verletzt wurde. Der Täter wurde vom Zürcher Obergericht wegen versuchtem Totschlag verurteilt. Er habe sich durch das aggressive und beleidigende Verhalten von Y. erniedrigt gefühlt und sei wütend gewesen, weil er von diesem gegen den Kopf geschlagen worden sei. In diesem Zustand heftiger Erregung habe er unmittelbar im Affekt zugestochen. Y. habe die Situation durch den Faustschlag grösstenteils selbst herbeigeführt, weshalb die Gemütsbewegung entschuldbar sei. Das Bundesgericht kehrte diese Entscheidung. X. habe die Konfliktsituation selber verschuldet oder vorwiegend durch eigenes Verschulden herbeigeführt, indem er den Geschädigten durch einen Telefonanruf frühmorgens geweckt und dadurch derart verärgert hatte, dass es bereits zu diesem Zeitpunkt zu einem ersten Streit gekommen war. Die Verunglimpfungen durch Y. seien angesichts der Umgangssprache in der Drogenszene nicht schwerwiegender Natur gewesen. Die Messerstiche seien lediglich Kulminationspunkt des eskalie-

¹⁵²³ BGer, Urteil vom 29. Juli 2016, 6B_1149/2015, E. 3.2.

¹⁵²⁴ BGer, Urteil vom 29. Juli 2016, 6B_1149/2015, E. 3.3.

¹⁵²⁵ BGer, Urteil vom 29. Juli 2016, 6B_1149/2015, E. 3.3.

renden Streits, können aber nicht als in einer entschuldbaren Gemütsbewegung begangen betrachtet werden.¹⁵²⁶

- Zwischen den Eheleuten X. und A. herrschte ein mehrjähriger Konflikt. Am 8. März 2006 kam es zwischen dem damals 79-Jährigen und seiner Ehefrau in der gemeinsamen Wohnung zu einem Streit. A. drohte, X. zu verlassen oder die Sozialbehörden einzuschalten, wenn er nicht endlich die Wohnung aufräume. Zudem warf sie mehrere persönliche Gegenstände von X. auf den Boden. Daraufhin geriet X. in einen heftigen Wutanfall und schlug seiner Ehefrau mit einem Hammer mehrmals auf den Kopf. A. zog sich dabei nicht lebensgefährliche Verletzungen zu. Das Bundesgericht attestierte dem Täter zwar eine heftige Gemütsbewegung, verneinte jedoch deren Entschuldbarkeit. Die versuchte Tötung erscheine durch den Affekt nicht in einem milderem Licht. Der fragliche Ehestreit sei nicht geeignet, bei einer besonnenen Person einen ähnlichen Affekt hervorzurufen.¹⁵²⁷
- Im November 1978 lernte S. die gleichaltrige R. kennen. In der Folge begann eine beziehungsähnliche Situation zwischen den beiden. Obwohl sie teilweise gemeinsame Zukunftspläne schmiedeten, kehrte R. immer wieder zu ihrem damaligen Freund zurück. Am 29. Januar 1979 kam es zu einem weiteren Gespräch über die gemeinsame Zukunft. Im Laufe des Abends änderte R. ständig ihre Meinung, was zu einem Streit führte. Als sie schliesslich gegen 02.00 Uhr morgens die Nacht nicht mehr bei S. verbringen wollte und von ihm das nötige Geld für ein Taxi verlangte, verlor er die Beherrschung. Er packte R. am Hals, schüttelte sie und erwürgte sie mit einer Maurerrichtschnur. Den genauen Verlauf des Geschehens nahm S. nicht mehr wahr. Gestützt auf ein psychiatrisches Gutachten ging das Bundesgericht davon aus, dass der Täter in einem ausserordentlichen Affekt gehandelt hatte. Die Tat sei jedoch auf eine teilweise krankhafte Persönlichkeitsentwicklung des Täters und als Reaktion auf eine weitgehend von ihm selbst herbeigeführte Konfliktsituation erfolgt. Es verneinte die Entschuldbarkeit, da es sich „um einen aus Veranlagung und Lebensgeschichte zu erklärenden, aussergewöhnlichen Affektausbruch“ des Täters handelte.¹⁵²⁸

¹⁵²⁶ BGer, Urteil vom 19. April 2011, 6B_876/2010.

¹⁵²⁷ BGer, Urteil vom 27. April 2011, 6B_31/2011.

¹⁵²⁸ BGE 107 IV 103.

- S. hatte zunehmend Auseinandersetzungen mit seiner Verlobten M. Auch nachdem sie ihm den Verlobungsring zurückgegeben hatte, brach ihre Beziehung nicht vollständig ab. So hatte S. weiterhin die Hoffnung, sie wieder zurückgewinnen zu können. Dies, obwohl er wusste, dass M. schon vor der Auflösung der Verlobung eine freundschaftliche Beziehung zu T. unterhalten hatte. Als M. am 19. April 1955 eine Einladung zu einem Ausflug am darauffolgenden Sonntag unter einem offensichtlichen Vorwand ablehnte und sich am gleichen Abend mit T. traf, ging S. wütend und enttäuscht nach Hause. Dort holte er seine Ordonnanzwaffe, um seinen Nebenbuhler zu töten. Er passte M. und T. ab und gab, als diese mit den Fahrrädern an ihm vorbeigefahren waren, einen Schuss auf T. ab, ohne ihn jedoch zu treffen. Auch ein zweiter Schuss verfehlte sein Ziel, woraufhin S. seinen Plan aufgab. Das Gericht ging davon aus, dass S. unter dem Einfluss starken Zorns handelte. Es hielt diese Gemütsbewegung jedoch nicht für entschuldbar. So habe sie sich nicht gegen M., welche seine Einladung ausschlug, sondern gegen T. gerichtet. Dieser war am fraglichen Abend nicht beteiligt und hatte auch sonst nichts unternommen, was S. hätte reizen oder kränken können.¹⁵²⁹

Diese Gerichtsentscheide zeigen, dass das Bundesgericht bloss äusserst zurückhaltend einen entschuldbaren Affekt annimmt. Nur ganz spezielle Konstellationen führen zur Bejahung der Entschuldbarkeit. Auch wenn der heftigen Gemütsbewegung eine Konfliktsituation voranging, wird in der Praxis regelmässig angenommen, dass eine vernünftige Drittperson in den gleichen Umständen nicht in einen Affekt geraten wäre.

cc) Erst im Verlauf der Tathandlung einsetzender Affekt

Im Zusammenhang mit dem Totschlag wird immer wieder die Konstellation des sogenannten „Blutrausches“ aufgeworfen. Darunter sind Fälle zu verstehen, in denen der Täter zu einer Tat – in der Regel eine Tötung oder eine Körperverletzung – ansetzt und dann bei der Ausführung der Handlung in einen eigentlichen emotionalen Rausch gerät und so nicht mehr von der Drangsalierung des Opfers ablässt.¹⁵³⁰

Es stellt sich dabei die Frage, ob auch unter diesen Umständen von einem Totschlag auszugehen ist. Da der Täter bereits mit der Tatausführung begonnen hatte und der Affekt erst danach einsetzte, begann er die Tat nicht in einer

¹⁵²⁹ BGE 82 IV 86.

¹⁵³⁰ Vgl. dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) cc) (5).

heftigen Gemütsbewegung. Sie ist nicht entscheidend für die Tatbegehung. Daher handelt es sich bei diesen Fällen nicht um einen Totschlag, sondern um eine vorsätzliche Tötung oder gegebenenfalls um einen Mord.¹⁵³¹

Der nachträglich einsetzende Affekt ist allerdings nicht bedeutungslos, sondern bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.¹⁵³² So ist der Art und Weise der Tatbegehung bei der Strafzumessung nicht vollumfänglich Rechnung zu tragen, da die skrupellose Tatausführung erst unter dem Einfluss der verminderten Kontrollfähigkeit einsetzte.

dd) Prozessuale Fragen bei der Feststellung einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung

(1) Beizug eines Gutachtens

Liegen bestimmte Indikatoren¹⁵³³ vor, kann ein Gericht unter Umständen direkt darauf erkennen, dass eine Tötung im Affekt begangen wurde. Es empfiehlt sich allerdings ein Expertengutachten beizuziehen.¹⁵³⁴ Gerichte stützen sich regelmässig auf den gutachterlichen Schluss.¹⁵³⁵ Nur selten wird einer Feststellung des Affekts widersprochen.¹⁵³⁶ Bei Zweifeln über die Schuldfähigkeit des Täters ist gemäss Art. 20 StGB ein Gutachten zwingend beizuziehen. Das Obergericht Zürich hat diesbezüglich ausgeführt, dass dieser Zwang nicht für die Anwendung von Art. 113 StGB gelte.¹⁵³⁷ Dem kann allerdings nicht zugestimmt werden. Der Totschlag ist grundsätzlich ein Verschuldensmerkmal, weshalb ein direkter Zusammenhang mit der Schuldfähigkeit besteht. Ausserdem ist auch beim Totschlag ein gleichzeitiges Vorliegen einer affektbedingten verminderten Schuldfähigkeit möglich.¹⁵³⁸ Daher ist grund-

¹⁵³¹ Für Deutschland ähnlich GEILEN, FS-Maurach, 180.

¹⁵³² Allgemein zur Berücksichtigung des Affekts bei der konkreten Strafzumessung vorne Zweiter Teil 1. Kap. B. III.

¹⁵³³ Vgl. dazu vorne Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) aa) (5).

¹⁵³⁴ Dazu ausführlich hinten Zweiter Teil 3. Kap.

¹⁵³⁵ BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 3.3; Urteil vom 15. Mai 2008, 6B_156/2008, E. 3.3; OGer ZH, Urteil vom 22. Juni 2012, SB110610, E. C. 2; Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. II. 5; KantGer GR, Urteil vom 9. Oktober 2007, SF 06 21, E. 4b.

¹⁵³⁶ So jedoch OGer AG, Urteil vom 25. Mai 1984, AGVE 1984, S. 86, E. 1d; möglich ist dies aufgrund der freien Würdigung des Gutachtens; dazu hinten Zweiter Teil 3. Kap. D. II.

¹⁵³⁷ OGer ZH, Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. II. 2.1.3., i.c. wurde jedoch dennoch ein Gutachten beigezogen.

¹⁵³⁸ Dazu hinten Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 4. b) aa).

sätzlich davon auszugehen, dass eine Begutachtung zwingend zu erfolgen hat.¹⁵³⁹ Diese Verpflichtung umgehen Gerichte bei Tötungen regelmässig, indem bloss festgestellt wird, dass die Entschuldbarkeit eines etwaigen Affekts nicht erfüllt sei und daher auf die genaue Bewertung der Emotionslage des Täters verzichtet wird.¹⁵⁴⁰

Nicht durch den Gutachter zu beurteilen, ist die Entschuldbarkeit des Affekts.¹⁵⁴¹ Er kann sich höchstens über die psychologische Erklärbarkeit des Gemütszustands äussern, was jedoch für die Entschuldbarkeit nicht genügt. Die ethische Bewertung des Affektzustands ist eine Frage des Richters und nicht des Sachverständigen. Ein Gutachten hat nie über die Erfüllung eines bestimmten Tatbestands zu entscheiden.¹⁵⁴²

(2) Die heftige Gemütsbewegung als Tat- und Rechtsfrage

Ein Verzicht auf die Feststellung des Affekts unter gleichzeitigem Ausschluss der Entschuldbarkeit sollte gerade von erstinstanzlichen Gerichten nicht vorgenommen werden. Selbst wenn dem Affekt die Entschuldbarkeit fehlt, ist er bei der Strafzumessung zu beachten.¹⁵⁴³

Die Feststellung, ob ein Täter im Affekt gehandelt hat, ist eine *Tatfrage* und keine Frage rechtlicher Natur. Daher hat das Bundesgericht diesbezüglich keine Überprüfungsbefugnis,¹⁵⁴⁴ die vorinstanzliche Feststellung oder Ausschliessung des Handelns im Affekt ist massgebend. Es hat sein Urteil gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG auf die Sachverhaltserstellung der Vorinstanz abzustellen.¹⁵⁴⁵ Hat diese entschieden, dass der Täter im Affekt gehandelt hatte oder nicht, so hat das Bundesgericht sich daran zu orientieren.

Die Frage der Entschuldbarkeit der heftigen Gemütsbewegung ist demgegenüber eine *Rechtsfrage* und kann vom Bundesgericht überprüft werden. Auch

¹⁵³⁹ Ausführlich dazu hinten Zweiter Teil 3. Kap. E. I.

¹⁵⁴⁰ Vgl. etwa BGer, Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, E. 4.4; Urteil vom 19. April 2011, 6B_876/2010, E. 2.2; Urteil vom 30. September 2010, 6B_527/2010, E. 5.3.

¹⁵⁴¹ BGer, Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, E. 4.4; Urteil vom 7. März 2001, 6P.194/2000, E. 1c; vgl. auch BGer, Urteil vom 22. August 2013, 6B_305/2013, E. 4.5; OGer ZH, Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. II. 2.1.3.; FINK, ZStrR 1979, 40.

¹⁵⁴² FINK, ZStrR 1979, 40.

¹⁵⁴³ Dazu ausführlich vorne Zweiter Teil 1. Kap. B. III.

¹⁵⁴⁴ BGE 98 IV 153, E. 3b.

¹⁵⁴⁵ Vgl. dazu BSK BGG-MEYER/DORMANN, Art. 105 N 1 ff.; BGG-Praxiskommentar-SPÜHLER, Art. 105 N 1 ff.

diesbezüglich kann es allerdings einzig auf den von der Vorinstanz verbindlich festgestellten Sachverhalt zurückgreifen und hat die Entschuldbarkeit daraus zu begründen.¹⁵⁴⁶ Die bundesgerichtliche Praxis ist in diesem Punkt jedoch häufig nicht sonderlich präzise. So wird teilweise festgehalten, dass die Frage, ob ein Täter in einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung gehandelt habe, eine Bewertung des Sachverhalts erfordere und darum eine Rechtsfrage darstelle.¹⁵⁴⁷ Betrachtet man dann jedoch die betreffenden Fälle, so geht es in der Regel alleine um die Überprüfung der Entschuldbarkeit.

Richtigerweise ist es nur die Entschuldbarkeit eine Rechtsfrage. Es erfolgt damit eine rechtliche Würdigung, also die Subsumtion eines Sachverhalts unter eine Rechtsnorm.¹⁵⁴⁸ Die Frage nach dem psychischen Zustand des Täters zum Tatzeitpunkt bezieht sich demgegenüber auf die tatsächlichen Gegebenheiten und stellt daher eine Tatfrage dar.¹⁵⁴⁹ Die vorinstanzliche Feststellung, ob ein Täter im Affekt gehandelt hat oder nicht, kann das Bundesgericht nur korrigieren, wenn sie offensichtlich unrichtig ist.¹⁵⁵⁰ Dies ist dann der Fall, wenn die vorinstanzliche Sachverhaltsdarstellung willkürlich ist.¹⁵⁵¹

(3) Beweismass

Bestehen unüberwindbare Zweifel an der Erfüllung von tatsächlichen Voraussetzungen einer Tat, so hat das Gericht gemäss Art. 10 Abs. 3 StPO von dem für die beschuldigte Person günstigeren Sachverhalt auszugehen. Im Rahmen der Tötungsdelikte fragt sich dabei, ob die privilegierenden Momente, die den Totschlag auszeichnen, gleich wie die qualifizierenden Umstände des Mordes zur vollen Überzeugung des Richters gebracht werden müssen oder ob dieser bei Unsicherheit auf die mildere Tat zu bestimmen hat.

¹⁵⁴⁶ BGer, Urteil vom 27. April 2011, 6B_31/2011, E. 2.4.1.

¹⁵⁴⁷ BGE 119 IV 202, E. 2a; 118 IV 233, E. 2a; BGer, Urteil vom 23. Januar 2015, 6B_600/2014, E. 3.1.2; Urteil vom 24. September 2004, 6S.180/2004/gnd, E. 1.3.

¹⁵⁴⁸ So ausdrücklich Commentaire LTF-CORBOZ, Art. 105 N 42; DONZALLAZ, 3428; vgl. allgemein zur Rechtsfrage auch Commentaire LTF-CORBOZ, Art. 105 N 37 ff.; CORBOZ, SJ 2006, 340; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 104 N 48 ff.; BSK BGG-MEYER/DORMANN, Art. 105 N 32; BSK BGG-SCHOTT, Art. 95 N 28, Art. 97 N 4.

¹⁵⁴⁹ BSK BGG-MEYER/DORMANN, Art. 105 N 35d, welche ausdrücklich darauf hinweisen, dass der biologisch-psychologische Zustand des Täters eine Tatfrage darstellt; vgl. allgemein zur Sachverhaltsfrage (im Strafrecht Tatfrage genannt) Commentaire LTF-CORBOZ, Art. 105 N 25 ff.; CORBOZ, SJ 2006, 340; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 104 N 45 ff.; BSK BGG-SCHOTT, Art. 95 N 28, Art. 97 N 4.

¹⁵⁵⁰ Art. 97 Abs. 1 BGG sowie Art. 105 Abs. 2 BGG.

¹⁵⁵¹ Statt vieler BGE 134 IV 36, E. 1.4.1; SCHMID, Handbuch, 1696; BSK BGG-SCHOTT, Art. 97 N 9 ff.; BGG-Praxiskommentar-SPÜHLER, Art. 97 N 1.

Für das Beweismass folgt aus dem Grundsatz *in dubio pro reo*, „dass sich das (Straf-)Gericht nicht von der Existenz eines für die beschuldigte Person ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt tatsächlich so verwirklicht hat. Der Grundsatz ist verletzt, wenn das Gericht an der Schuld hätte zweifeln müssen. Dabei sind bloss abstrakte und theoretische Zweifel nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann.“¹⁵⁵²

Für eine Verurteilung wegen Totschlags bedeutet dies, dass die privilegierenden Umstände zumindest glaubhaft gemacht werden müssen, sodass eine grosse Wahrscheinlichkeit für deren Vorhandensein zur Tatzeit spricht. Das bloss Behaupten einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung bewirkt für sich alleine noch keine Glaubhaftmachung und bekundet keine reale Probabilität. Sofern die Tötung eindeutig feststeht, ist nur, wenn bei einer objektiven Betrachtung erhebliche Zweifel an einer Bestrafung nach Art. 111 StGB verbleiben, auf die mildere Variante des Totschlags zu entscheiden.

Für das Beweismass des Totschlags gilt somit weiterhin folgende Feststellung des St. Galler Gesamtkantonsgericht aus dem Jahr 1979. Das Gericht hielt fest, dass „sich der Beweis sowohl für das Vorliegen der privilegierenden Momente wie auch für das Fehlen einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung nur schwer, wenn überhaupt, erbringen [lässt]. Umso mehr muss daher gefordert werden, dass die privilegierenden Tatumstände glaubhaft gemacht werden müssen, soll nicht die ganze Ordnung der Tötungsdelikte mit blossen Behauptungen, die aus der Natur der Sache folgend nur ungenügend widerlegt werden können, zur Bedeutungslosigkeit herabgemindert werden. Wann Umstände, die eine entschuldbare heftige Gemütsbewegung glaubhaft erscheinen lassen, dargetan sind, lässt sich nur schwerlich abstrakt umschreiben. Immerhin kann gesagt werden, dass eine solche Behauptung dann glaubhaft erscheint, wenn ihre Annahme nach der ganzen Aktenlage naheliegt oder wenn ihre Verneinung mit erheblichen Zweifeln verbunden wäre, Zweifel, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen und sich jedem kritischen Menschen in einem solchen Mass stellen, dass – ginge es um die Frage eines Schuldnachweises – wegen unüberwindbarer Zweifel ein Freispruch erfolgen müsste.“¹⁵⁵³

¹⁵⁵² BGE 138 V 74, E. 7; vgl. auch BGE 127 I 38, E. 2a; 124 IV 86, E. 2a; 120 Ia 31, E. 2a; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 60 f.; SCHMID, Handbuch, 233 ff.; BSK StPO II-TOPHINKE, Art. 10 N 82 ff.; CR CPP-VERNIORY, Art. 10 N 44 ff.; StPO Kommentar-WOHLERS, Art. 10 N 11 ff.

¹⁵⁵³ Gesamtkantonsgericht SG, Urteil vom 27. März 1979, GVP 1979, Nr. 21.

b) Handeln unter grosser seelischer Belastung*aa) Grosse seelische Belastung*

Als weitere Tatbestandsvariante des Totschlags nennt das Gesetz das Handeln unter grosser seelischer Belastung. Darunter ist ein chronischer, psychischer Druckzustand zu verstehen, welcher über einen längeren Zeitraum kontinuierlich herangewachsen ist und den Täter in einen andauernden Leidensprozess versetzt. Diese Situation führt zu dessen völliger Verzweiflung, in welcher er keinen anderen Ausweg mehr sieht als die Tötung.¹⁵⁵⁴ Der Fokus liegt hier nicht auf dem psychischen Ausnahmezustand des Täters, sondern auf einer äusserlichen Drucksituation.¹⁵⁵⁵ Dabei wird das Vorfeld der Tatausführung ausgedehnt betrachtet; es werden auch frühere Emotionen miteinbezogen.¹⁵⁵⁶ Die Konfliktsituation entwickelt sich über längere Zeit, sodass sich die Lage der betroffenen Person kontinuierlich erhärtet.¹⁵⁵⁷ Es ist denkbar, dass sich der Täter zu verschiedenen Punkten der Konfliktentwicklung in einer Affektlage befand, diese sich jedoch nicht in einer Tötung niederschlug. Erst zu einem späteren Zeitpunkt nimmt die Gesamtsituation Übermass, was in einer Tötung gipfelt, ohne dass in diesem Augenblick eine heftige Gemütsbewegung vorliegt. Bei der Tatausführung handelt der Täter gerade nicht in einem Affekt.¹⁵⁵⁸

Bei der Erörterung der heftigen Gemütsbewegung wurde angetönt, dass die Gesetzesrevision von 1989¹⁵⁵⁹ dazu führte, dass die Lehre nicht mehr auf eine exzessive Affektauslegung zurückgreifen muss. So schien es für viele Autoren dem Gerechtigkeitsempfinden entgegenzulaufen, dass Tötungen, bei welchen der Täter aus lange anhaltenden Konfliktsituationen heraus handelte, nicht von Art. 113 StGB erfasst sein sollten. Daher wurde der Affekt weit ausgelegt und lange bestehende Drucksituationen wurden unter diesen Begriff subsumiert.¹⁵⁶⁰ Man ging teilweise so weit, dass eine Konzeption vom Totschlag

¹⁵⁵⁴ Botschaft StGB 1985, 1023; BGE 118 IV 233, E. 2a; BGer, Urteil vom 22. August 2013, 6B_305/2013, E. 4.3.3; Urteil vom 8. Dezember 2011, 6B_524/2010 und 6B_626/2011, E. 3.5.1; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 113 N 5; DONATSCH, SR III, 16 f.; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 15.

¹⁵⁵⁵ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 31.

¹⁵⁵⁶ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 15.

¹⁵⁵⁷ BGE 119 IV 202, E. 2a.

¹⁵⁵⁸ So bereits Botschaft StGB 1985, 1023.

¹⁵⁵⁹ Vgl. zu dieser Revision ausführlich SCHULTZ, ZStrR 1991, 395 ff.

¹⁵⁶⁰ SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 113 N 9; vgl. auch HAFTER, BT I, 17, der dies nicht ausdrücklich so schrieb; er benutzte jedoch das Beispiel des Täters, der aus ökonomischer Not Frau und Kinder tötet und dem die anschliessend geplante Selbsttötung

vertreten wurde, welche sich komplett vom Erfordernis des Affekts löste. Jede einfühlbar motivierte Tötung sollte privilegiert werden.¹⁵⁶¹ Als Beispiele, welche auch von Art. 113 StGB erfasst sein sollten, wurden die Fälle eines Täters, welcher eine Person aus Mitleid tötet, sowie ein gescheiterter Mitnahmeselbstmord benannt.¹⁵⁶² Dieses Verständnis lässt sich mit dem allgemeinen und rechtlichen Affektbegriff nicht vereinbaren. Damit wird gerade das zentrale Element des kurzfristigen Einflusses extremer Emotionen übergangen.¹⁵⁶³ Zu Recht wurde diese Konzeption bereits unter Geltung des Wortlauts von Art. 113 StGB als zu weitgehend kritisiert.¹⁵⁶⁴ Insgesamt wurde unter dem alten Regime also vieles zum Affekt gezählt, was eigentlich eine grosse seelische Belastung wäre.¹⁵⁶⁵ Die ursprüngliche Fassung, welche die verminderte Kontroll- und Steuerungsfähigkeit lediglich bei affektivem Handeln anerkannte, konnte jedoch nicht befriedigen.¹⁵⁶⁶ Auch eine länger andauernde, schwerwiegende Konflikt- oder Notlage kann zum gleichen Ergebnis wie ein Affekt führen.¹⁵⁶⁷ Dies wurde schliesslich vom Gesetzgeber erkannt und er führte mit der Revision des Totschlags die zweite Tatbestandsvariante der grossen seelischen Belastung ein.

Obwohl es vom Gesetzestext so nicht vorgesehen ist, wird in der Praxis teilweise eine kombinierte Anwendung der beiden Totschlagsvarianten vorgenommen. So könne beim Täter eine grosse seelische Belastung vorgelegen haben, welche sich zum Tatzeitpunkt in einer Affekthandlung entlädt.¹⁵⁶⁸

bb) Entschuldbarkeit der grossen seelischen Belastung

Im Unterschied zur heftigen Gemütsbewegung scheint der Gesetzestext bei der grossen seelischen Belastung keine Entschuldbarkeit zu fordern. Dies ist jedoch ein Fehlschluss und die Rechtsprechung und die herrschende Lehre

misslingt; auch WALDER, ZStrR 1965, 35 sowie ZStrR 1979, 160, bediente sich des Beispiels einer Mutter die in „schwere seelische Bedrängnis“ geraten ist und den erweiterten Selbstmord plant, welcher jedoch missglückt; vgl. für ein Beispiel aus der Praxis BGE 100 IV 150.

¹⁵⁶¹ SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 113 N 7, 11.

¹⁵⁶² SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 113 N 11.

¹⁵⁶³ Dass es genau dieser kurzfristige Einfluss ist, welcher die beiden Konzepte unterscheidet, liegt der Gesetzesänderung zugrunde; vgl. Botschaft StGB 1985, 1023. Dies wurde auch vom Bundesgericht anerkannt; BGE 118 IV 233, E. 2a.

¹⁵⁶⁴ NOLL, BT I, 19.

¹⁵⁶⁵ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 15.

¹⁵⁶⁶ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 31.

¹⁵⁶⁷ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 31.

¹⁵⁶⁸ OGer ZH, Urteil vom 12. November 2014, SB140187, E. 4.2.2.

fordert eine entschuldbare grosse seelische Belastung.¹⁵⁶⁹ Bereits die Botschaft machte dies klar, indem es darin heisst, dass der „Täter nicht im Affekt, [...] sondern in Gemütslagen, die sich über längere Zeit hinweg entwickelt haben und die in ähnlicher Weise entschuldbar sind [handelte].“¹⁵⁷⁰ Dabei sind die Kriterien der heftigen Gemütsbewegung sinngemäss anzuwenden,¹⁵⁷¹ wobei sie nicht notwendigerweise identisch sein müssen.¹⁵⁷² Die Entschuldbarkeit der grossen seelischen Belastung ist schwerer zu ermitteln als jene des Affekts. Dies hängt damit zusammen, dass Verhaltensweisen mehrerer Personen über längere Zeiträume hinweg gewürdigt werden müssen.¹⁵⁷³ Wiederum genügt auch hier die blossе psychologische Erklärbarkeit der seelischen Belastung nicht. Sie muss vielmehr bei objektiver Betrachtung nach den auslösenden Umständen menschlich begreiflich beziehungsweise verständlich erscheinen.¹⁵⁷⁴ Es muss angenommen werden, dass ein vernünftiger Mensch aus denselben sozialen Verhältnissen wie der Täter unter den gleichen Bedingungen ebenfalls in einen solchen Seelenzustand geraten wäre.¹⁵⁷⁵ Mit dieser objektivierten Betrachtungsweise gilt hier entsprechend zur Entschuldbarkeit der heftigen Gemütsbewegung, dass individuelle Besonderheiten des Täters nicht berücksichtigt werden. Dazu zählt eine ausgeprägte Erregbarkeit oder ein übertriebenes Ehrgefühl.¹⁵⁷⁶

Die Entschuldbarkeit der grossen seelischen Belastung ergibt sich oftmals aus dem Verhalten des Opfers, eines Dritten oder aus den objektiven äusseren Umständen.¹⁵⁷⁷ Hat der Täter die konfliktauslösende Situation hingegen vorwiegend durch eigenes Verschulden herbeigeführt, so gilt die grosse seelische

¹⁵⁶⁹ BGE 119 IV 202, E. 2a; 118 IV 233, E. 2a; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 113 N 6; DONATSCH, SR III, 17; PIETH, BT, 18; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 16; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 32; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 113 N 13.

¹⁵⁷⁰ Botschaft StGB 1985, 1023.

¹⁵⁷¹ DONATSCH, SR III, 17; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 16.

¹⁵⁷² BGE 119 IV 202, E. 2a; 118 IV 233, E. 2a; BGer, Urteil vom 22. August 2013, 6B_305/2013, E. 4.3.3; Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, E. 4.3.2; Urteil vom 15. Juni 2001, 6S.132/2001/sch, E. 2a; OGer ZH, Urteil vom 26. November 2012, SB120260, E. Zum Vorwurf betreffend Mord 4.3.1.1.; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 16; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 32.

¹⁵⁷³ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 16; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 113 N 13.

¹⁵⁷⁴ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 16.

¹⁵⁷⁵ BGer Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, E. 4.3.2; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 18.

¹⁵⁷⁶ BGer, Urteil vom 28. Februar 2011, 6B_829/2010, E. 4.3.2.

¹⁵⁷⁷ BGE 118 IV 233, E. 2a; BGer, Urteil vom 28. Februar 2011, 6B_829/2010, E. 4.3.2.

Belastung als nicht entschuldbar.¹⁵⁷⁸ Selbst wenn eine andere Person die Konfliktlage verschuldet hat, kann die Entschuldbarkeit entfallen, wenn der Täter trotz mehrmaligem Anraten von anderen Personen keine Hilfe durch Dritte in Anspruch nahm oder sich nicht um einen anderen Ausweg als die Tötung bemühte.¹⁵⁷⁹

Lediglich der besondere seelische Belastungszustand, nicht die Tat, muss entschuldbar sein.¹⁵⁸⁰ Auch in diesem Kontext wird dies in der Praxis jedoch nicht klar befolgt.¹⁵⁸¹

c) Hintergrund und dogmatische Einordnung der Privilegierung

aa) Grund für die Anwendung der Privilegierung

Der Hintergrund der Privilegierung des Totschlags liegt darin, dass dem Umstand Rechnung getragen wird, dass der Täter aufgrund seines emotionalen Erregungszustands beziehungsweise der grossen seelischen Belastung nur noch beschränkt in der Lage war, sein Verhalten zu kontrollieren.¹⁵⁸² Dementsprechend werden eigentlich eine eingeschränkte Steuerungs- und Kontrollfähigkeit und damit eine verminderte Schuldfähigkeit des Täters berücksichtigt.¹⁵⁸³ MAIER/MÖLLER bemerken dazu: „Es ist offenbar auch für den Laien verständlich, dass diesen Handlungen bestimmte tatpsychologische Besonder-

¹⁵⁷⁸ BGer Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, E. 4.3.2, wobei das Bundesgericht hier fälschlicherweise auch bezüglich der grossen seelischen Belastung von der Entschuldbarkeit des Affekts spricht.

¹⁵⁷⁹ BGer, Urteil vom 15. Juni 2001, 6S.132/2001/sch, E. 1b; Urteil vom 22. August 2000, 6S.94/2000/gnd, E. 2f.

¹⁵⁸⁰ BGE 119 IV 202, E. 2a; 118 IV 233, E2a; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 19; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 113 N 7; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 113 N 13.

¹⁵⁸¹ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 19.

¹⁵⁸² BGE 119 IV 202, E. 2a; 118 IV 233, E. 2a; BGer, Urteil vom 19. Juni 2014, 6B_748/2013, E. 2.2; Urteil vom 19. April 2011, 6B_876/2010, E. 2.1; Urteil vom 28. Februar 2011, 6B_829/2010, E. 4.3.1; OGer ZH, Urteil vom 12. November 2014, SB140187, E. 4.2.1.; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 2; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 29; vgl. auch SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 113 N 4; SCHWANDER, 510; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 113 N 1.

¹⁵⁸³ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 2; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 113 N 1. In der österreichischen Lehre ebenso FUCHS/REINDL-KRAUSKOPF, 11; WK-MOOS, § 76 N 5; SbgK-VELTEN, § 76 N 41.

heiten zugrunde liegen dürften, die eine andere – mildere – Schuldbewertung verlangen.¹⁵⁸⁴

Der schuld mindernde Charakter des emotionalen Ausnahmezustands des Täters deckt sich mit der Behandlung des Affekts in anderen Bereichen des Strafrechts.¹⁵⁸⁵ Er wird damit berücksichtigt, dass für den Affekttäter der beschränkte Strafrahmen von Art. 113 StGB angewendet wird. Das Gesetz sieht eine Freiheitsstrafe von bis zu zehn Jahren vor. Bei der vorsätzlichen Tötung ist demgegenüber eine Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren auszufallen. Mit der Anwendung des Totschlags verschieben sich sowohl die Mindest- als auch die Höchststrafe massiv nach unten. Die entschuld bare heftige Gemütsbewegung im Sinne von Art. 113 StGB hat damit strafmildernde und -mindernde Wirkung.

Die Berücksichtigung schuld mildernder Elemente ist grundsätzlich im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches geregelt. Die entsprechende Wirkung des entschuld baren Affekts ist bereits aufgrund von Art. 48 lit. c StGB und dessen Beachtung innerhalb des Strafrahmens gewährleistet.¹⁵⁸⁶ Demzufolge wäre die explizite Regelung in Art. 113 StGB nicht notwendig. Mit dieser Norm wurde ein Strafzumessungselement aus dem Allgemeinen in den Besonderen Teil verschoben und als obligatorischer Strafmilderungsgrund ausgestaltet.¹⁵⁸⁷

Die Verschiebung beruht auf historischen Gründen.¹⁵⁸⁸ So wurde die besondere Bedeutung von emotionalen Ausnahmesituationen für Tötungsdelikte¹⁵⁸⁹ schon früher anerkannt. Dies gilt insbesondere für Tötungen aus Zorn oder Wut. Dementsprechend war bereits im römischen Recht eine Herabsetzung der Strafe vorgesehen, wenn eine Gewalttat in einer dieser Emotionen begangen wurde.¹⁵⁹⁰ Die mildere Behandlung des Totschlägers zieht sich weiter durch die Rechtsentwicklung und war etwa auch in der *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 festgeschrieben. So wurde dem Mörder in Art. 137 CCC die Radstrafe auferlegt, während dem Totschläger, welcher in affektiver Aufwal-

¹⁵⁸⁴ MAIER/MÖLLER, 184.

¹⁵⁸⁵ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 2; vgl. zur Schuldproblematik des Affekts vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. Zweiter Teil A. III. und zur Verringerung des Strafzumessungsverschuldens aufgrund eines Affekts Zweiter Teil 1. Kap. B. III. 2.

¹⁵⁸⁶ Vgl. vorne Zweiter Teil 1. Kap. B. II. 3.

¹⁵⁸⁷ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 2; ebenso MÜLLER, Mord und Totschlag, 64, der zum Handeln aus gerechtem Zorn ausführt: „Die Lehre gehört in den allgemeinen Teil, in die Strafzumessung.“

¹⁵⁸⁸ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 2.

¹⁵⁸⁹ Vgl. die Hinweise vorne Zweiter Teil 2. Kap. A. I.

¹⁵⁹⁰ NEDOPIL/MÜLLER, 279.

lung – beispielsweise Zorn und Wut – handelte, die mildere Schwertstrafe drohte.¹⁵⁹¹ Ähnliche, im Besonderen Teil geregelte Unterscheidungen zwischen Tötung und Totschlag wurden auch in den nachfolgenden Strafrechtskodifikationen getätigt.¹⁵⁹²

bb) Dogmatische Einordnung der Privilegierungsmerkmale

Der objektive und der subjektive Tatbestand von Art. 113 und 111 StGB sind grundsätzlich identisch. Es treten lediglich Privilegierungsmerkmale, welche nicht vom subjektiven Tatbestand erfasst sein müssen, hinzu. Damit handelt es sich beim Totschlag genau genommen um eine Strafzumessungsregel.

In der Lehre werden diese Strafzumessungs- beziehungsweise Privilegierungselemente unterschiedlich benannt. DUPUIS et al. betiteln das Handeln in entschuldbarer heftiger Gemütsbewegung oder grosser seelischer Belastung als spezifische subjektive Elemente («[e]léments subjectifs spécifiques»)¹⁵⁹³ CORBOZ bezeichnet sie als speziellen entschuldigenden Umstand («état particulier excusable»), welchen er unter dem subjektivem Tatbestand einordnet.¹⁵⁹⁴ SCHUBARTH betitelt sie als „schuld mindernde Situation“¹⁵⁹⁵ und anerkennt, dass es sich dogmatisch um Elemente der Schuld handelt.¹⁵⁹⁶ WALDER geht von einem objektiven Merkmal aus, welches nicht vom Vorsatz erfasst werden muss.¹⁵⁹⁷ In einem älteren Aufsatz vergleicht er das Privilegierungsmerkmal mit der Figur der objektiven Strafbarkeitsbedingung und nennt es „eine objektive Bedingung der Privilegierung.“¹⁵⁹⁸

Die vorangehenden Ausführungen machen klar, dass es sich beim Affekt nach Art. 113 StGB grundsätzlich um ein Schuldelement handelt, welches in den Besonderen Teil verschoben wurde. Die spezielle Gefühlssituation des Täters führt dazu, dass der Schuldvorwurf ihm gegenüber geringer ist als bei einer „herkömmlichen“ Tötung.¹⁵⁹⁹ Im Vergleich zu dieser bleibt beim Totschlag der

¹⁵⁹¹ WK-MOOS, § 76 N 1; RÜPING/JEROUSCHEK, 102; vgl. auch MAIHOLD, ius.füll 2006, 79, der darauf hinweist, dass sich aufgrund der Regelung in der CCC die psychologische Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag durchgesetzt hat.

¹⁵⁹² WK-MOOS, § 76 N 1; RÜPING/JEROUSCHEK, 229.

¹⁵⁹³ DUPUIS et al., Art. 113 N 7.

¹⁵⁹⁴ CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 6.

¹⁵⁹⁵ SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 113 N 6.

¹⁵⁹⁶ SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 113 N 5.

¹⁵⁹⁷ WALDER, ZStrR 1979, 165.

¹⁵⁹⁸ WALDER, ZStrR 1965, 41.

¹⁵⁹⁹ SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 113 N 4; auch TRECHSEL/NOLL, 114, sprechen dementsprechend von einem „Schuldmerkmal“.

Unrechtsgehalt der Tat – welcher sich durch den Tod eines anderen Menschen auszeichnet – allerdings unverändert.¹⁶⁰⁰ Ändert ein Element diesen nicht, ist es kein echtes Tatbestandsmerkmal, sondern ein Schuldmerkmal. Durch die besondere Gefühlslage des Täters wird der Gesinnungsunwert der Tat verändert. Es handelt sich folglich um ein subjektives Schuldmerkmal.¹⁶⁰¹ Ein solches ist grundsätzlich lediglich als Elemente des Allgemeinen Teils bei der Strafzumessung zu beachten. Beim Handeln in entschuldbarem Affekt beziehungsweise unter grosser seelischer Belastung handelt es sich, wie bereits benannt, um einen obligatorischen Strafmilderungsgrund.¹⁶⁰² Dem Täter wird zugutegehalten, dass er aufgrund des emotionalen Ausnahmezustands nicht mehr vollständig in der Lage war, sein Verhalten zu kontrollieren beziehungsweise zu steuern.¹⁶⁰³ Historisch bedingt werden diese Elemente dogmatisch unsauber im Besonderen Teil verselbständigt.

Dass es sich bei der entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung um ein „schuldbezogenes“ Element handelt, ist auch daran zu erkennen, dass sie ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne von Art. 27 StGB darstellt.¹⁶⁰⁴ Dabei sind nur schuldbezogene Kriterien von dieser Bestimmung erfasst, nicht jedoch unrechtsbezogene Tatbestandselemente.¹⁶⁰⁵

Zusammenfassend handelt es sich bei einem Affekt nach Art. 113 StGB um ein obligatorisch strafmildernd und -mindernd zu betrachtendes subjektives Schuldmerkmal und folglich um ein in den Besonderen Teil des StGB verschobenes Strafzumessungselement.

Zum Schluss ist darauf hinzuweisen, dass man in weiten Teilen des Besonderen Teils Abstufungen betreffend der Bestrafung einer Tat findet. Dementsprechend hat MEZGER ausgeführt, dass die strafrechtliche Ordnung im Grunde genommen „nichts anderes als ein einziger grosser Katalog von Strafzumes-

¹⁶⁰⁰ SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 113 N 4; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 2; vgl. auch SCHWANDER, 510. In der österreichischen Lehre ebenso WK-MOOS, § 76 N 5.

¹⁶⁰¹ EGE, ZStR 2012, 305, wo die subjektiven Schuldmerkmale von subjektiven Unrechtsmerkmalen abgegrenzt werden. Im österreichischen Recht ebenso MOOS, ZStW 1977, 808.

¹⁶⁰² BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 2; zumindest indirekt auch SCHMID, Diss., 213 Fn. 383.

¹⁶⁰³ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 2.

¹⁶⁰⁴ BGE 105 IV 182, E. 2a; 87 IV 49, E. 2; BSK StGB I-FORSTER, Art. 27 N 10, 19; PIETH, BT, 19. Gleiches gilt im österreichischen Recht; WK-MOOS, § 76 N 57; MOOS, ZStW 1977, 805; SbgK-VELTEN, § 76 N 121.

¹⁶⁰⁵ BSK StGB I-FORSTER, Art. 27 N 10 f.; TRECHSEL/NOLL, 230.

sungsgründen¹⁶⁰⁶ sei. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Nuancierung in der Strafhöhe regelmässig am Tatunrecht anknüpft und nur vereinzelt wie beim Totschlag am Täterschulden.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

a) Rechtswidrigkeit

Wie gewöhnlich ist zu prüfen, ob der Täter die Tat rechtswidrig begangen hat. Es gilt der Grundsatz, dass der Totschlag als rechtswidrige Handlung zu betrachten ist und daher nur nach Gründen gesucht werden muss, die die Rechtswidrigkeit allenfalls ausschliessen könnten. Es sind die allgemeinen Rechtfertigungsgründe zu prüfen.

Wird eine Person angegriffen und ist die Tötung des Angreifers die einzige mögliche Abwehrhandlung, agiert sie in rechtfertigender Notwehr.¹⁶⁰⁷ Dies gilt auch dann, wenn der Täter aufgrund des Angriffs in eine entschuldbare heftige Gemütsbewegung geraten ist. Es ist also nicht ausgeschlossen, dass der Totschlag zu bejahen, die Rechtswidrigkeit der Tötung jedoch wegen einer Notwehrlage zu verneinen ist.¹⁶⁰⁸ Die Tat ist dann gerechtfertigt und der Täter ist freizusprechen. Da die Tötung des Angreifers die extremste Abwehrmassnahme darstellt, ist die Verhältnismässigkeit und damit die Rechtfertigung nur in Ausnahmesituationen anzunehmen.

b) Schuld

aa) *Die Schuldfähigkeit des Totschlägers*

Die Schuld hat beim Totschlag eine besondere Stellung, was aus den bisherigen Ausführungen ersichtlich ist. Art. 113 StGB stellt einen im Besonderen Teil geregelten Schuldmilderungsgrund dar.¹⁶⁰⁹ In dem der Affekt und damit ein Schuldmerkmal vertatbestandlicht wurde, findet eine Art Zweiteilung der Schuld Elemente statt. Andere psychische Störungen und weitere Gründe für eine ausgeschlossene oder verminderte Schuldfähigkeit sind bei der Schuld zu prüfen, während der Affekt beim Tatbestand berücksichtigt wird. In der Praxis

¹⁶⁰⁶ MEZGER, ZStW 1931, 855; vgl. auch STRATENWERTH, AT II, § 6 N 15.

¹⁶⁰⁷ Vgl. die Voraussetzungen vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. b) aa).

¹⁶⁰⁸ BGE 102 IV 228, E. 2; BGer, Urteil vom 26. November 2015, 6B_454/2015, E. 5.4; OGer ZH, Urteil vom 16. März 1993, ZR 281/1992, E. 3.2.

¹⁶⁰⁹ Dazu vorne Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. c) bb).

zeigt sich gar, dass Täter, welche wegen eines Totschlags verurteilt werden, häufiger auf andere Strafmilderungsgründe zurückgreifen können als jene, bei denen Art. 111 oder 112 StGB angewendet wird.¹⁶¹⁰

Die Berücksichtigung des affektbedingten Einflusses auf die Schuldfähigkeit bedarf jedoch gewisser Klärung. Führt ein Affekt im Extremfall zur Exkulpation des Täters,¹⁶¹¹ so ist er nach Art. 19 Abs. 1 StGB schuldunfähig.¹⁶¹² Dies gilt auch für den Fall, dass die heftige Gemütsbewegung tatbestandsmässig zur Annahme des Totschlags führt. „Eine Schuldunfähigkeitsnorm kann nicht durch eine Schuldminderungsnorm verdrängt werden.“¹⁶¹³

Ausserdem ist es auch beim Totschlag möglich, dass eine affektbedingte Verminderung der Schuldfähigkeit vorliegt. Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die affektbedingte Einschränkung von Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit mit der Anwendung des Totschlags abgegolten wird.¹⁶¹⁴ Etwas anderes ist nur möglich, wenn der Affekt zu einer in schwerem Grad verminderten Schuldfähigkeit führt. Dann wird ein namhafter Teil der Schuldverminderung im Rahmen der rechtlichen Qualifikation als Totschlag berücksichtigt, der Rest führt allerdings zu einer zusätzlichen Schuldmilderung.¹⁶¹⁵ In der deutschen Strafrechtswissenschaft wird demgegenüber teilweise davon ausgegangen, dass eine im Affekt begründete Privilegierung im Tötungstatbestand bei der Schuldfähigkeit nicht nochmals berücksichtigt werden könne.¹⁶¹⁶ Geht die Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit in ihrer Wirkung über das hinaus, was für die heftige Gemütsbewegung nach Art. 113 StGB verlangt wird, so ist Art. 19 Abs. 2 StGB richtigerweise zusätzlich anzuwenden.¹⁶¹⁷ Anderenfalls würde der Totschläger unter Umständen schlechter ge-

¹⁶¹⁰ MARKWALDER, 185.

¹⁶¹¹ Vgl. dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) dd).

¹⁶¹² Ebenso BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 82; gleich in der österreichischen Lehre WK-HÖPFEL, § 11 N 9; KIENAPPEL/SCHROLL, § 76 N 10; SbgK-VELTEN, § 76 N 22; vgl. auch MOOS, ZStW 1977, 811 ff.

¹⁶¹³ So für die deutsche Lehre BLAU, FS-Tröndle, 116.

¹⁶¹⁴ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 82; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 24; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 113 N 17.

¹⁶¹⁵ BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 5.2.

¹⁶¹⁶ SALGER, FS-Tröndle, 216 f.; vgl. auch BLAU, FS-Tröndle, 119 f., der dies vor allem damit begründet, dass er den Hintergrund der Schuldreduktion beim Affekt in einer normativen Zuschreibung sieht. Eine solche Privilegierung könne es im Rahmen einer Güterabwägung bei Tötungsdelikten nicht geben.

¹⁶¹⁷ BGer, Urteil vom 24. Oktober 2013, 6B_345/2013 und 6B_366/2013, E. 5.4; BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 82; GRAVEN, ZStrR 1960, 146; vgl. auch STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 33; a.M. KantGer GR, Urteil vom 30. April 1976,

stellt als der Täter, welcher sich einer vorsätzlichen Tötung oder eines Mordes schuldig machte und dabei vermindert schuldfähig war.¹⁶¹⁸

Für die Bestimmung der Auswirkungen des Affekts auf Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ist auf ein fachmännisches Gutachten abzustellen.¹⁶¹⁹ Das Gericht hat dann zu entscheiden, ob die festgestellten Konsequenzen über das für die Anwendung von Art. 113 StGB Notwendige hinausgehen und darum zusätzlich eine verminderte Schuldfähigkeit anzuwenden ist.

bb) Das Verhältnis zur entschuldbaren Notwehr

Wie zuvor bei der Rechtswidrigkeit ausgeführt, dürfte bei der Tötung nur selten ein Fall der gerechtfertigten Notwehr vorliegen. Es fehlt regelmässig die Verhältnismässigkeit der Abwehr. Es handelt sich folglich um einen Notwehrexzess. Dieser kann entschuldigt werden, wenn der Täter in entschuldbarer Aufregung und Bestürzung handelt.¹⁶²⁰ Es stellt sich daher die Frage, ob auch der Totschlag in entschuldbarem Notwehrexzess begangen werden kann.

In der Lehre wird dazu ausgeführt, dass vor der Privilegierung der Tötung zunächst die Anwendung von Art. 16 Abs. 2 StGB geprüft werden muss. Ansonsten könne es zu unbilligen Ergebnissen kommen, wenn wegen der Annahme des Totschlags die Schuldlosigkeit des Notwehrexzesses im Affekt nicht mehr berücksichtigt werde.¹⁶²¹ Systematisch scheint auch ein anderes Vorgehen möglich. Zunächst könnte festgestellt werden, ob der Affekt zur Annahme des Totschlags führt. Egal ob dies bejaht wird oder nicht, muss im Falle eines Notwehrexzesses bei der Beurteilung der Schuld jeweils geprüft werden, ob dieser entschuldbar ist. „Auch wenn ein Affekt bereits bei der Frage der Tatbestandsmässigkeit berücksichtigt wurde, ist im Zusammenhang mit den Rechtfertigungsgründen und insbesondere der Schuld erneut zu prüfen, ob er allenfalls das Verhalten des Täters rechtfertigt oder entschuldigt.“¹⁶²² Dies

SF 4/76, PKG 1976, S. 61, nach welchem die Anwendung der verminderten Schuldfähigkeit nur möglich sein soll, wenn „weitere Elemente wie etwa Geisteskrankheit oder Schwachsinn hinzutreten“.

¹⁶¹⁸ Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe beim Totschlag und demgegenüber 1 Tagessatz Geldstrafe bei Art. 111 oder Art. 112 i.V.m. Art. 19 Abs. 2 StGB; BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 82, die jedoch auch darauf hinweisen, dass die praktische Bedeutung dieser Frage gering bleiben dürfte.

¹⁶¹⁹ Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 3. Kap.

¹⁶²⁰ Art. 16 Abs. 2 StGB; vgl. dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. b).

¹⁶²¹ StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 16 N 2; vgl. auch CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 6; ebenso in der österreichischen Lehre KIENAPFEL/SCHROLL, § 76 N 9.

¹⁶²² WALDER, ZStrR 1965, 65.

ist eine direkte Folge der Verschiebung des Schuldelements in den Tatbestand der Tötung. Treffen ein Schuldmilderungs- und ein Schuldabschlussgrund zusammen, ist von der Schuldunfähigkeit des Täters auszugehen und dieser bleibt straflos.¹⁶²³ Bereits zuvor wurde gezeigt, dass eine exkulpierende Wirkung des Affekts zu berücksichtigen ist.¹⁶²⁴ Überschreitet der Totschläger die Grenzen der Notwehr im entschuldbaren Affekt, profitiert er von der Entschuldigung nach Art. 16 Abs. 2 StGB.¹⁶²⁵

5. Konkurrenz zu den übrigen Tötungsdelikten

Wie einleitend erwähnt, ist nicht jede affektiv begründete Tötung automatisch ein Totschlag. Es stellt sich daher die Frage, ob es zu einer Konkurrenzsituation mit anderen Tötungsdelikten kommen kann und wie diese zu lösen ist.

Das Verhältnis zur vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 StGB ist selbsterklärend. Wird eine Tötung in einem Affekt, welcher als entschuldbare heftige Gemütsbewegung im Sinne von Art. 113 StGB zu qualifizieren ist, begangen, beurteilt sich die Tat einzig nach dem milderen Tatbestand. Art 113 StGB ist *lex specialis* zu Art. 111 StGB.¹⁶²⁶

Problematischer ist die Abgrenzungsfrage zwischen Totschlag und Mord. Wie einleitend erwähnt, hat das Bundesgericht entschieden, dass die Annahme eines Affekts dem Mord nicht entgegenstehe.¹⁶²⁷ Das Gericht geht in einem früheren Urteil gar davon aus, dass eine Tötung, selbst wenn sie im entschuldbaren Affekt begangen wurde, als Mord im Sinne von Art. 112 StGB qualifiziert werden muss, wenn sie gleichzeitig die Merkmale des Mordes aufweist.

¹⁶²³ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 24.

¹⁶²⁴ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 82.

¹⁶²⁵ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 24; DONATSCH, SR III, 18; im Ergebnis ebenso CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 6; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/GETH, Art. 16 N 2; a.M. OGER ZH, Urteil vom 16. März 1993, ZR 91/1992, 281, E. 3.2; unklar BGer, Urteil vom 26. November 2015, 6B_454/2015, E. 5.4, wo die gleichzeitige Anwendung von Art. 113 und Art. 16 Abs. 1 StGB zugelassen wurde, was implizit auf eine Verneinung der Anwendung von Art. 16 Abs. 2 StGB auf den Totschlag hindeutet. Gleiches wird in Österreich für die Anwendung von § 3 Abs. 2 Ö-StGB auf den Totschlag befürwortet; WK-MOOS, § 76 N 11; SbgK-VELTEN, § 76 N 69.

¹⁶²⁶ CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 30; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 27.

¹⁶²⁷ BGE 101 IV 279, E. 5; 98 IV 153, E. 5; 81 IV 150, E. 3; BGer, Urteil vom 1. Juli 2016, 6B_1197/2015, E. 2.5; Urteil vom 22. August 2013, 6B_305/2013, E. 4.6; OGER ZH, Urteil vom 12. November 2014, SB140187, E. 4.3.4.; Urteil vom 26. November 2012, SB120260, E. Zum Vorwurf betreffend Mord 4.4.6.; vgl. auch HAFTER, BT I, 17; SCHWANDER, 510; WALDER, ZstrR 1979, 157.

So könne es „nicht der Sinn des Gesetzes sein, dem privilegierenden Merkmal den Vorrang vor dem qualifizierenden zu geben.“¹⁶²⁸ Der Umstand, dass der Täter unter Affekteinfluss handelte, sei ihm einzig bei der Strafzumessung als Strafmilderungsgrund zugutezuhalten.¹⁶²⁹ Man ging also davon aus, dass sich die Merkmale von Totschlag und Mord nicht notwendigerweise gegenseitig ausschliessen.¹⁶³⁰

Es gibt allerdings Konstellationen, die an der alten Rechtsprechung des Bundesgerichts zweifeln lassen. Als gelegentlich vorkommendes Beispiel sei die Tötung des wehrlosen – beispielsweise schlafenden – Opfers bei Haustyrantentötungen genannt. Diese Vorgehensweise spricht grundsätzlich für die Skrupellosigkeit der Tat. Gerade solche Fälle zeigen, dass die zuvor erwähnte Haltung des Bundesgerichts nicht uneingeschränkt gilt. So werden sie in der Regel als Totschlag und gerade nicht als Mord qualifiziert.¹⁶³¹ SCHUBARTH ging dementsprechend vom umgekehrten Fall aus; das Vorliegen von Privilegierungsmerkmalen des Totschlags schliesse sowohl die Annahme von Art. 111 als auch Art. 112 StGB aus. Dies begründete er damit, dass der schuldmlindernde Faktor des Affekts auch bei skrupellosen Tötungen zu tragen kommen müsse.¹⁶³²

Die mittlerweile herrschende Lehre und teilweise auch die Rechtsprechung gehen davon aus, dass eine Konkurrenzsituation zwischen Art. 112 und 113 StGB gar nicht bestehen kann. Die Anwendungsbereiche der beiden Tatbestände schliessen sich gegenseitig aus; sie können nicht in Konkurrenz zu einander treten.¹⁶³³ Dies ist im Resultat zweifelsfrei richtig. So handelt es sich bei Mord und Totschlag um sozialethisch entgegengesetzte Typen der Tötung.¹⁶³⁴ Beide Tatbestände sind im Besonderen Teil verselbständigte Strafzumessungsnormen. Sie tragen dem Verschulden des Täters Rechnung. Der Totschlag zeichnet sich dadurch aus, dass diesem aufgrund des entschuldbaren

¹⁶²⁸ BGE 81 IV 150, E. 3; ebenso DOUGOUD, 74; PETRZILKA, 122; SCHWANDER, 510, der davon ausgeht, dass die heftige Gemütsbewegung in diesem Fall über die Strafmilderung des Art. 64 aStGB [heute Art. 48 lit. c StGB] zu berücksichtigen ist.

¹⁶²⁹ SCHWANDER, 510.

¹⁶³⁰ SCHWANDER, 510.

¹⁶³¹ Vgl. MARTIN, 194 ff.; ROSCH, 560 f.

¹⁶³² SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 113 N 26.

¹⁶³³ OGer ZH, Urteil vom 4. April 2014, SB130474, E. III. 1.; CORBOZ, Volume I, Art. 113 N 30; DISCH, 343; DONATSCH, SR III, 17; DUPUIS et al., Art. 112 N 12; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 153; NOLL, BT I, 18; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 112 N 32; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 34; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 113 N 2; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 112 N 28.

¹⁶³⁴ TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 112 N 28.

Affekts ein nur geringerer Schuldvorwurf gemacht werden kann. Der Mord ist demgegenüber gerade dadurch charakterisiert, dass dem Täter ein sehr schweres Verschulden entgegengehalten wird. Stellt man sich das Verschulden des Täters bei Tötungsdelikten als Skala vor, so liegt Art. 113 StGB am unteren und Art. 112 StGB am oberen Ende; dazwischen liegt der Anwendungsbereich von Art. 111 StGB. Dies verdeutlicht, dass es grundsätzlich gar keinen Berührungspunkt zwischen den beiden anderen Tötungsformen gibt.

In der Praxis führt dies dazu, dass Gerichte teilweise zunächst die Anwendung von Art. 112 StGB prüfen. Wird diese bejaht, sei dementsprechend die Prüfung des Totschlags nicht mehr notwendig.¹⁶³⁵ DONATSCH pflichtet dem ansatzweise bei, indem er ausführt, dass eine heftige Gemütsbewegung beziehungsweise die grosse seelische Belastung kaum entschuldbar sein könne, wenn sie gleichzeitig eine besondere Skrupellosigkeit des Täters zum Ausdruck bringe.¹⁶³⁶ Nach dem zuvor ausgeführten sind jedoch durchaus Fälle denkbar, in denen sich ein Täter grausamer Tötungsmittel bedient, er aber gleichzeitig in entschuldbarer heftiger Gemütsbewegung handelt.¹⁶³⁷ Meines Erachtens sollte es daher genau umgekehrt sein: die besondere Skrupellosigkeit führt nicht dazu, dass eine heftige Gemütsbewegung nicht entschuldbar sein kann, sondern eine in entschuldbarer heftiger Gemütsbewegung begangene Tötung schliesst die Anwendung der Skrupellosigkeit aus. Die gegenteilige Betrachtungsweise würde dem Grundsatz, dass es der Affekt ist, welcher entschuldbar sein muss und nicht die Tat, entgegenstehen.¹⁶³⁸

Die Skrupellosigkeit ist das Element, welches beim Mord den grösseren Schuldvorwurf gegenüber dem Täter bestimmt. Deren Vorliegen kann nur mittels einer Gesamtwürdigung angenommen werden. Die in Art. 112 StGB erwähnten Möglichkeiten – besonders verwerflicher Beweggrund, Tatausführung oder Art der Ausführung – stellen Regelbeispiele für die besondere Skrupellosigkeit dar.¹⁶³⁹ Das heisst, es muss im Einzelfall jeweils mittels einer Gesamtwürdigung aller äusseren und inneren Umstände entschieden werden, ob eine skrupellose Tötung vorliegt und damit auf Mord erkannt werden kann.¹⁶⁴⁰ Ist eine Tötung in entschuldbarem Affekt auf besonders grausame

¹⁶³⁵ OGer ZH, Urteil vom 4. April 2014, SB130474, E. III. 1.

¹⁶³⁶ DONATSCH, SR III, 17.

¹⁶³⁷ Vgl. auch BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 112 N 32.

¹⁶³⁸ Vgl. dazu vorne Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb) (9).

¹⁶³⁹ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 112 N 32.

¹⁶⁴⁰ BGE 127 IV 10, E. 1a; 120 IV 265, E. 3a; 118 IV 122, E. 3d; CORBOZ, Volume I, Art. 112 N 20; DONATSCH, SR III, 13 f.; EGE, ZStrR 2012, 294; BSK StGB II-

Weise begangen worden, so liegt zwar ein Regelbeispiel aus Art. 112 StGB vor, dies bindet die Gerichte jedoch nicht an die Anwendung dieses Tatbestands. Der entschuld bare Affekt lässt das Verschulden des Täters milder erscheinen, was die Annahme der Skrupellosigkeit ausschliesst.¹⁶⁴¹ Diese Abgrenzungsfrage ist die Aufgabe des Richters; er muss aus den gesamten Umständen des Einzelfalls entscheiden, ob ein Mord, ein Totschlag oder, sofern keines der beiden Varianten einschlägig ist, eine vorsätzliche Tötung vorliegt.¹⁶⁴²

Insgesamt kann gefolgert werden, dass die Annahme der entschuld baren heftigen Gemütsbewegung und damit die Anwendung von Art. 113 StGB die gleichzeitige Klassifizierung einer Tötung als skrupellos – und damit die Anwendung von Art. 112 StGB – ausschliesst.¹⁶⁴³

Die übrigen Tötungsdelikte – insbesondere Art. 114 und 116 StGB – sind lex specialis zu Art. 113 StGB und gehen diesem vor.¹⁶⁴⁴

6. Besonderheiten bei der Strafzumessung

Bei der Strafzumessung ist das Doppelverwertungsverbot zu beachten. Führt ein Affekt zur Anwendung des Totschlags, so ist eine weitere Strafmilderung nach Art. 48 lit. c StGB nicht möglich.¹⁶⁴⁵ Umstände, die zur Annahme des Totschlags führen, dürfen bei der Strafzumessung nicht ein zweites Mal strafmildernd oder strafmildernd berücksichtigt werden.¹⁶⁴⁶

Auch bei der konkreten Strafzumessung ist das Doppelverwertungsverbot zu beachten. Umstände, die einen tieferen Strafrahmen zur Anwendung bringen, dürfen innerhalb des Strafrahmens nicht nochmals verschuldensmindernd berücksichtigt werden. Beim Affekt darf bei der konkreten Strafzumessung

SCHWARZENEGGER, Art. 112 N 8; SCHWARZENEGGER, ZStrR 2000, 365; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 21.

¹⁶⁴¹ Im Ergebnis ebenso BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 112 N 32; vgl. auch STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 113 N 2.

¹⁶⁴² DISCH, 343.

¹⁶⁴³ So etwa OGer ZH, Urteil vom 26. November 2012, SB120260, E. Zum Vorwurf betreffend Mord 4.4.6.; vgl. auch STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 113 N 2. Für das österreichische Recht ebenso SbgK-BIRKLBAUER/SCHMIDTHUBER, § 34 N 68.

¹⁶⁴⁴ DUPUIS et al., Art. 113 N 30; in der österreichischen Lehre ebenso KIENAPFEL/SCHROLL, § 76 N 42.

¹⁶⁴⁵ Dazu vorne Zweiter Teil I. Kap. B. II. 3. f).

¹⁶⁴⁶ BGer, Urteil vom 4. April 2001, 6S.825/2000, E. 2c/aa; CR CP I-PELLET, Art. 48 N 3; WALDER, ZStrR 1965, 65; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 102.

allerdings das Ausmass der affektbedingten Erschwerung der Selbstbeherrschung berücksichtigt werden.¹⁶⁴⁷ Beim Totschlag ist dies jedoch zu relativieren. So wird mit der Anwendung von Art. 113 StGB nicht nur die Mindeststrafe gesenkt, sondern auch die Höchststrafe im Vergleich zur vorsätzlichen Tötung halbiert.¹⁶⁴⁸ Dies führt im Ergebnis dazu, dass sich der Affekt im Einzelfall zwingend strafmindernd auswirkt und dass aufgrund der Qualifikation als Totschlag tatsächlich eine niedrige Strafe ausgefällt wird. Damit unterscheidet sich die Handhabung beim Totschlag von der allgemein strafmildernden Wirkung des Affekts im Allgemeinen Teil. Dort muss die Strafmilderung auch strafmindernd wirken, da sie sonst ohne Auswirkung bleiben würde.¹⁶⁴⁹ Beim Totschlag wird die zwingende Strafmilderung schon mit der Herabsetzung der Höchststrafe erreicht. Daraus folgt auch, dass ein Faktor, der entscheidend für die Bejahung der Entschuldbarkeit des Affekts war, nicht nochmals bei der Strafzumessung strafmindernd berücksichtigt werden kann.¹⁶⁵⁰ Zu denken ist insbesondere an das Verhalten des Opfers bei einer Provokation.

Von diesem Grundsatz kann nur aus zwei Gründen abgewichen werden. Geht der Affekt einerseits über die Anforderungen von Art. 113 StGB hinaus und ist daher gleichzeitig eine verminderte Schuldfähigkeit anzunehmen,¹⁶⁵¹ so hat sich diese bei der konkreten Strafzumessung den allgemeinen Regeln entsprechend strafmindernd auszuwirken.¹⁶⁵² Wird der Totschlag andererseits aufgrund der grossen seelischen Belastung angenommen, so ist ein bei Tatzeitpunkt vorliegender Affekt strafmindernd zu berücksichtigen.¹⁶⁵³

III. Kindestötung (Art. 116 StGB)

Ein spezieller Fall der Tötung wird in Art. 116 StGB geregelt. Dieser Artikel bestimmt, dass eine Mutter, welche ihr Kind während der Geburt, oder solange sie unter dem Einfluss des Geburtsvorgangs steht, tötet, mit Freiheitsstrafe bis

¹⁶⁴⁷ Dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. B. III. 1. c).

¹⁶⁴⁸ 10 Jahre Freiheitsstrafe bei Art. 113 StGB und 20 Jahre bei Art. 111 i.V.m. Art. 40 StGB.

¹⁶⁴⁹ Vgl. vorne Zweiter Teil 1. Kap. B. III. 1. c).

¹⁶⁵⁰ BGer, Urteil vom 20. Januar 2004, 6P.119/2003, E. 7.5. Für das österreichische Recht – welches sich durch eine höhere Mindeststrafe von 5 Jahren auszeichnet – differenzierend WK-MOOS, § 76 N 59; SbgK-VELTEN, § 76 N 126.

¹⁶⁵¹ Vgl. vorne Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 4. b) aa).

¹⁶⁵² Vgl. vorne Zweiter Teil 1. Kap. B. III. 2. a) aa).

¹⁶⁵³ BGer, Urteil vom 4. April 2001, 6S.825/2000, E. 2c/cc.

zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft wird. Es handelt sich damit lediglich um ein Vergehen.¹⁶⁵⁴

Auch die Kindestötung wird als privilegierte Form der vorsätzlichen Tötung betrachtet.¹⁶⁵⁵ Eigentlich kann es sich hier ebenfalls nicht um eine „echte“ Privilegierung handeln, da das Tatunrecht identisch bleibt; es wird ein Mensch getötet. Es liegt bloss ein subjektives Verschuldensmerkmal vor, weshalb die Kindestötung auch eine in den Besonderen Teil verschobene Strafzumessungsregel ist.¹⁶⁵⁶ Treffend sind die Ausführungen STRATENWERTHS: „[D]ie Ausnahmesituation der Täterin [ändert] am Unrecht der Kindestötung [...] nicht das Geringste; das Leben des Kindes ist während der Geburt nicht etwa von minderm Rang.“¹⁶⁵⁷

1. Objektiver Tatbestand

In verschiedenen Elementen des Tatbestands ist die Kindestötung mit der vorsätzlichen Tötung nach Art. 111 StGB identisch. Die Tathandlung und der Todeserfolg sowie die Kausalitätsfragen entsprechen dem Grundtatbestand.¹⁶⁵⁸ Im Folgenden werden daher nur die besonderen Elemente von Art. 116 StGB behandelt.

a) Sonderdelikt

Bei Art. 116 StGB handelt es sich um ein Sonderdelikt. Der mögliche Täterkreis ist durch die gesetzliche Umschreibung klar reduziert. Lediglich eine Mutter unter Einfluss des Geburtsvorgangs kann den Tatbestand erfüllen.

Handelt die Mutter nicht selbst, sondern hilft nur zur Tötung oder stiftet eine andere Person zur Tötung ihres Neugeborenen an, ist sie lediglich wegen Anstiftung beziehungsweise Helferschaft zu Art. 116 StGB strafbar.¹⁶⁵⁹ Verlei-

¹⁶⁵⁴ Art. 10 Abs. 3 StGB.

¹⁶⁵⁵ DONATSCH, SR III, 29; SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 116 N 6; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 64; THORMANN/OVERBECK, Zweiter Band, Art. 116 N 2.

¹⁶⁵⁶ NOLL, BT I, 23; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 2; STRATENWERTH, AT I, § 8 N 21; für die diesbezüglichen Ausführungen zum Totschlag vorne Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. c).

¹⁶⁵⁷ STRATENWERTH, AT I, § 8 N 21.

¹⁶⁵⁸ CORBOZ, Volume I, Art. 116 N 1 ff.; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 5 f.; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 66.

¹⁶⁵⁹ CORBOZ, Volume I, Art. 116 N 15; DONATSCH, SR III, 30; DOUGOUD, 115; NOLL, BT I, 23; SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 116 N 17; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 2; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 75.

tet die Mutter eine Person jedoch dazu, das Kind vor der Geburt abzutreiben, so impliziert dies nicht gleichsam eine Anstiftung zur Kindestötung,¹⁶⁶⁰ es handelt sich gegebenenfalls um eine Anstiftung zum strafbaren Schwangerschaftsabbruch.

Gibt es andere Tatbeteiligte, so können diese nicht von der Privilegierung nach Art. 116 StGB profitieren. Sie sind nach Art. 111-113 StGB zu beurteilen, da der Einfluss des Geburtsvorgangs ein persönliches Merkmal im Sinne von Art. 27 StGB darstellt.¹⁶⁶¹ Sofern sich ein Beteiligter zum Tatzeitpunkt ebenfalls in einem gesonderten Gemütszustand befindet, macht er sich, vorausgesetzt dessen Entschuldbarkeit, des Totschlags schuldig.¹⁶⁶²

b) Angriffssobjekt

Die Tat richtet sich gegen ein lebendes Neugeborenes.¹⁶⁶³ Ob das Kind selber überlebensfähig ist oder ob es auch ohne Einwirkung der Mutter gestorben wäre, ist unerheblich.¹⁶⁶⁴ Bemerkt die Mutter nicht, dass das Kind totgeboren wurde, und nimmt sie aus ihrer Sicht eine Tötungshandlung vor, so handelt es sich um einen untauglichen Versuch einer Kindestötung.¹⁶⁶⁵

Wird die Tötung vor dem Beginn der Geburtswehen begonnen, so ist die Tat als unrechtmässige Abtreibung im Sinne von Art. 118 StGB zu beurteilen.¹⁶⁶⁶ Kommt ein Kind infolge eines Schwangerschaftsabbruchs verfrüht, aber le-

¹⁶⁶⁰ TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 116 N 5.

¹⁶⁶¹ BGE 87 IV 49, E. 2; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 116 N 7; DONATSCH, SR III, 30; DOUGOUD, 115 f.; BSK StGB I-FORSTER, Art. 27 N 19; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 268; NOLL, BT I, 23; SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 116 N 17; SCHWANDER, 512; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 3; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 74; THORMANN/OVERBECK, Zweiter Band, Art. 116 N 3; WALDER, ZStrR 1965, 43; falsch daher TSCHUOR-NAYDOWSKI, 347 f., die einen Arzt für nach Art 116 StGB strafbar hält, wenn bei einem missglückten Spätabbruch ein Kind lebend zur Welt kommt und er medizinische Massnahmen zur Betreuung des Neugeborenen unterlässt; vgl. ausführlich zur Strafbarkeit der Teilnehmer an Kindestötungen KRAUSKOPF, 100 ff.

¹⁶⁶² Ebenso WALDER, ZStrR 1965, 43.

¹⁶⁶³ Zum Streit über den Beginn des menschlichen Lebens ausführlich und m.w.H. BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Vor Art. 111 N 26 ff.

¹⁶⁶⁴ HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 249; KRAUSKOPF, 93; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 4.

¹⁶⁶⁵ Art. 116 i.V.m. Art. 22 StGB; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 249; KRAUSKOPF, 96; THORMANN/OVERBECK, Zweiter Band, Art. 116 N 5.

¹⁶⁶⁶ StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 116 N 6; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 4; THORMANN/OVERBECK, Zweiter Band, Art. 116 N 7.

bend auf die Welt und stirbt dann ohne weiteres Zutun der Täterin, sind ebenfalls alleine Art. 118 ff. StGB massgebend.¹⁶⁶⁷

c) **Besondere Gemütslage der Mutter während der Geburt**

Eine Tat wird nur unter Art. 116 StGB subsumiert, wenn die Mutter *unter dem Einfluss des Geburtsvorgangs* steht. Damit wird zum einen dem physischen Zustand der Gebärenden – wie etwa starke Schmerzen, Erschöpfung oder dergleichen –, zum anderen aber auch der psychischen Sondersituation bei der Geburt Rechnung getragen.¹⁶⁶⁸ Hiermit wird bei diesem Tötungsdelikt ebenfalls der Gemütsregung der Täterin besondere Beachtung geschenkt.¹⁶⁶⁹ So knüpft diese Bestimmung daran, dass sich die meisten Gebärenden während und unmittelbar nach der Geburt in einer körperlichen Ausnahmeverfassung und einem psychischen Erregungs- beziehungsweise Affektzustand befinden.¹⁶⁷⁰ Zusätzlich wirkt ein weiterer Faktor auf die Gemütslage der Gebärenden. Sie habe noch keine persönliche Beziehung zum Neugeborenen entwickelt,¹⁶⁷¹ weshalb keine ausgeprägte Tötungshemmung bestehe.¹⁶⁷²

Umstritten ist, wann der Geburtsvorgang als eingesetzt gilt und somit der Anwendungsbereich der Norm eröffnet ist. Grundsätzlich ist dies anzunehmen, wenn die Geburtswehen beginnen.¹⁶⁷³ Ein anderer Teil der Lehre nimmt jedoch an, dass dies erst der Fall sei, wenn die Atmung des Kindes einsetzt.¹⁶⁷⁴ Schwierig ist ausserdem die Frage, wie lange der Geburtsvorgang und dessen Auswirkung auf die Gebärende andauern. Dies ist anzunehmen, solange die

¹⁶⁶⁷ HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 250; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 4; unklar TSCHUOR-NAYDOWSKI, 347 f.

¹⁶⁶⁸ CORBOZ, *Volume I*, Art. 116 N 8; DONATSCH, SR III, 30; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 252; SCHWANDER, 512; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 2; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 68. Gleiches wird im österreichischen Recht betreffend § 79 Ö-StGB vertreten; vgl. FABRIZY, § 79 N 1; KIENAPPEL/SCHROLL, § 79 N 3.

¹⁶⁶⁹ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 68; WALDER, ZStrR 1965, 41; Gleiches galt für die Regelung in Deutschland (§ 217 aD-StGB); vgl. BLAU, FS-Tröndle, 112.

¹⁶⁷⁰ PETRZILKA, 126: „[A]uch bei der Kindestötung handelt es sich um eine Affekttötung.“; WALDER, ZStrR 1965, 42; vgl. auch DOUGOUD, 112. Dieselbe Einschätzung wird in Deutschland vorgenommen; vgl. BLAU, FS-Tröndle, 111.

¹⁶⁷¹ DONATSCH, SR III, 30; PIETH, BT, 25; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 68; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 116 N 1.

¹⁶⁷² HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 253; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 68; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 116 N 1.

¹⁶⁷³ CORBOZ, *Volume I*, Art. 116 N 7; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 257 ff.; NOLL, BT I, 23; vgl. zum Streit auch KRAUSKOPF, 92 f. m.w.H.

¹⁶⁷⁴ THORMANN/OVERBECK, *Zweiter Band*, Art. 116 N 7.

Mutter noch unter den körperlichen und seelischen Sonderbedingungen der Geburt steht. Dabei lässt sich jedoch keine genaue zeitliche Begrenzung ziehen.¹⁶⁷⁵ Zur Anwendung von Art. 116 StGB muss die Mutter die Tathandlung in dieser Zeitspanne vornehmen. Unbeachtlich ist, ob der Todeserfolg erst nach dem Einfluss des Geburtsvorgangs eintritt.¹⁶⁷⁶ Wenn die Mutter erst zur Tat schreitet, wenn sie nicht mehr unter den Effekten des Geburtsvorgangs steht, ist die Tötung nach Art. 111-113 StGB zu beurteilen.¹⁶⁷⁷

2. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht fordert das Gesetz mindestens Eventualvorsatz.¹⁶⁷⁸ In der alten Fassung der Norm wurde noch explizit verlangt, dass die Kindestötung vorsätzlich erfolgen muss. Dieser unnötige Zusatz wurde in der letzten Revision im Hinblick auf das generell gültige Vorsatzerfordernis in Art. 12 Abs. 1 StGB gestrichen.¹⁶⁷⁹

Der Vorsatz muss sich nicht auf die besondere Gemütslage während des Geburtsvorgangs richten. Auch wenn eine zukünftige Mutter schon während der Schwangerschaft plant, ihr Kind später zu töten, wird sie nach Art. 116 StGB behandelt, wenn sie während beziehungsweise unter Einfluss des Geburtsvorgangs handelt.¹⁶⁸⁰ Ein zuvor gefasster Vorsatz kann sich lediglich auf das Verschulden der Täterin auswirken und ist im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen.¹⁶⁸¹ An der Einordnung als Kindestötung ändert auch die Motivlage nichts;¹⁶⁸² verwerfliche Motive können ebenfalls nur bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden.

¹⁶⁷⁵ DONATSCH, SR III, 30; DOUGOUD, 111; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 251; KRAUSKOPF, 92; RYSER BÜSCHI, 159; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 2; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 68; ebenso die österreichische Lehre; FABRIZY, § 79 N 2.

¹⁶⁷⁶ KRAUSKOPF, 94.

¹⁶⁷⁷ CORBOZ, *Volume I*, Art. 116 N 9; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 251.

¹⁶⁷⁸ Art. 12 Abs. 1 StGB.

¹⁶⁷⁹ Botschaft StGB 1985, 1026; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 262; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 70. Die alte Fassung führte zu speziellen Auslegungen; so war etwa SCHWANDER, 512a, der Auffassung, dass die Mutter bei fahrlässigem Handeln nicht bestraft werden kann.

¹⁶⁸⁰ StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 116 N 3; KRAUSKOPF, 94 f.; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 7.

¹⁶⁸¹ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 7.

¹⁶⁸² KRAUSKOPF, 95.

Handelt die Täterin bloss fahrlässig, so ist sie nach Art. 117 StGB zu verurteilen.¹⁶⁸³ Dabei ist jedoch nur eine Sorgfaltspflichtverletzung während oder unmittelbar nach der Geburt ins Auge zu fassen. Eine mangelnde Vorbereitung auf die Geburt kann der Mutter nicht vorgeworfen werden.¹⁶⁸⁴

3. Rechtswidrigkeit

Bei Kindestötungen können sich schwierige Fragen bezüglich möglicher Rechtfertigungsgründe stellen. Die Fälle der sogenannten Früheuthanasie sind jedoch nicht mit der Gemütslage der Täterin verknüpft und deren Aufarbeitung hat kein Raum in der vorliegenden Arbeit.¹⁶⁸⁵

4. Schuld

a) Hintergrund der Schuldmilderung

Bei der Privilegierung nach Art. 116 StGB handelt es sich, wie einleitend erwähnt, um eine in den Besonderen Teil verschobene Strafzumessungsnorm. Hatte der Gesetzgeber bei der Schaffung dieser Norm die besonderen Gemütszustände der Gebärenden zwar im Auge,¹⁶⁸⁶ so ist sie nach ihrem klaren Wortlaut dennoch so ausgestaltet, dass kein effektiver Affekt der Täterin nachgewiesen werden muss.¹⁶⁸⁷ Der Täterin wird in jedem Fall eine privilegierte Position zugestanden, sofern sie während oder unter Einfluss des Geburtsvor-

¹⁶⁸³ CORBOZ, Volume I, Art. 116 N 13; DOUGOUD, 112; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 265; KRAUSKOPF, 95; SCHUBARTH, *Kommentar*, Band I, Art. 116 N 11; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 4; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 70; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 116 N 4.

¹⁶⁸⁴ HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 266; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 5; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 116 4.

¹⁶⁸⁵ Vgl. für eine umfassende Aufarbeitung der Thematik BÄNZIGER, 1 ff. m.w.H.

¹⁶⁸⁶ Ebenso THORMANN/OVERBECK, *Zweiter Band*, Art. 116 N 9.

¹⁶⁸⁷ CORBOZ, Volume I, Art. 116 N 12; StGB *Kommentar*-DONATSCH, Art. 116 N 2; DONATSCH, SR III, 30; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 254; KRAUSKOPF, 90: „es handelt sich um eine gesetzliche, unwiderlegbare Vermutung“; NOLL, BT I, 23; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 2; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 69; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 116 N 3; WALDER, ZStrR 1965, 42.

gangs handelte.¹⁶⁸⁸ Es liegt eine vermutete verminderte Schuldfähigkeit vor.¹⁶⁸⁹

Damit geht das Gesetz einen zweifelhaften Weg. Es knüpft an Affektzuständen an, schreibt diese jedoch generell jeder Gebärenden zu. Dies beruht auf historischen Tatsachen. So ist die mildere Handhabung der Kindestötung vor allem bei der Tötung von unehelichen Kindern eine geschichtlich gewachsene Rechtsanschauung.¹⁶⁹⁰ Der Straftatbestand basiert auf ehemaligen und heute nicht mehr gleich geltenden Moralvorstellungen. Früher führten Sexualkontakte aufgrund der schlechteren Verhütungsmittel häufiger zu unerwünschten Schwangerschaften. Zusätzlich war der Schwangerschaftsabbruch nicht strafrei möglich. Dies konnte, gerade wenn es sich um eine ausser- oder voreheliche Beziehung handelte, zu immensen Drucksituationen für die Frau führen; ihr drohte im Extremfall die soziale Ächtung. Hinzu kam, dass es für eine Frau extrem schwer war, genügend Mittel aufzutreiben, um ein Kind alleine aufzuziehen.¹⁶⁹¹ Um auf solche Situationen angemessen zu reagieren, wurde der Tatbestand der Kindestötung in das schweizerische Strafgesetzbuch aufgenommen. Nach dem Vorentwurf von 1894 sollte die Bestimmung auf ausser-eheliche Kinder beschränkt werden.¹⁶⁹² Gleiches galt in verschiedenen damals geltenden kantonalen Strafgesetzbüchern.¹⁶⁹³ Der Grund für die Ausweitung der Privilegierung lag wohl darin, dass angenommen wurde, dass der psychische Zustand von ehelichen und unehelichen Gebärenden immer der Gleiche sei.¹⁶⁹⁴

¹⁶⁸⁸ DOUGOUD, 114; WALDER, ZStrR 1965, 42; unklar KRAUSKOPF, 94.

¹⁶⁸⁹ TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 116 N 1; vgl. auch PIETH, BT, 25; für das österreichische Recht ebenso KIENAPFEL/SCHROLL, § 79 N 20; ähnlich BIRKLBAUER/HILF/TIPOLD, § 79 N 1; FUCHS/REINDL-KRAUSKOPF, 23.

¹⁶⁹⁰ Vgl. für die rechtshistorischen Grundlagen der Kindestötung HANDKE, 4 ff.

¹⁶⁹¹ Bericht Harmonisierung, 13 f.; CORBOZ, Volume I, Art. 116 N 11; DOUGOUD, 114; HURTADO POZO, Partie spéciale, 253; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 69; THORMANN/OVERBECK, Zweiter Band, Art. 116 N 1; vgl. auch GRÜTTER, 106, welche Beispiele aus Basel um 1850 aufzeigt; LEMPP, 123 ff., welcher typische Fallkonstellationen aus Deutschland aufzählt; RIEG, ZStrR 1956, 297 ff., welcher ausführt, dass die Täterinnen gerade früher auch diesem Bild entsprachen. Den gleichen Hintergrund hat auch die österreichische Regelung in § 79 Ö-StGB; vgl. FUCHS/REINDL-KRAUSKOPF, 24.

¹⁶⁹² Vgl. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 69.

¹⁶⁹³ PETRZILKA, 127.

¹⁶⁹⁴ KRAUSKOPF, 90; THORMANN/OVERBECK, Zweiter Band, Art. 116 N 4.

b) Abschaffung de lege ferenda

Ob eine solche affektauslösende Notlage heute weiterhin bei vielen Gebärenden vorkommt, darf aufgrund des gewandelten Zeitgeistes durchaus bezweifelt werden.¹⁶⁹⁵ Es ist anzunehmen, dass eine Frau auch unter Einfluss des Geburtsvorgangs klare Gedanken fassen kann und sie so ein grösseres Verschulden trifft als die idealtypische, sich in Überforderung und Verzweiflung befindende Gebärende eines ausserehelichen Kindes, welche dem historischen Gesetzgeber vorschwebte.

De lege ferenda sollte der Tatbestand der Kindestötung daher überdacht werden. Es kann nicht gerechtfertigt sein, dass alleine aufgrund eines zeitlichen Kriteriums festgemacht wird, ob eine Tötung milder gehandhabt wird oder nicht.¹⁶⁹⁶ Wie soeben gezeigt, vermögen die Gründe für die pauschale Privilegierung unter Beachtung der heute geltenden Vorstellungen nicht zu überzeugen.¹⁶⁹⁷ Bereits WALDER forderte den Tatbestand auf Affektzustände zu beschränken.¹⁶⁹⁸ Wenn man bedenkt, dass die Kindestötung dem Totschlag sehr nahesteht, so könnten alle Fälle der Kindestötung, bei welchen die Mutter tatsächlich in einem Affektzustand oder in einer grossen seelischen Belastung agierte, unter Art. 113 StGB subsumiert werden.¹⁶⁹⁹ Ausserdem ist die praktische Bedeutung der Kindestötung äusserst gering.¹⁷⁰⁰

Das Reformbedürfnis wurde von der Politik aufgenommen. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Harmonisierung der Strafrahmen wird vorgeschlagen, Art. 116 StGB ersatzlos zu streichen.¹⁷⁰¹ In den Erläuterungen zum Vorentwurf wird ausgeführt: „Heute stellt sich die gesellschaftliche und finanzielle Situation einer ledigen werdenden Mutter grundlegend anders dar und die [zuvor] aufgeführten Gründe für einen spezifischen Strafmilderungsgrund im Rahmen der Tötungsdelikte erscheinen zweifelhaft. Zudem ist störend, dass diese Strafbestimmung selbst dann zur Anwendung gelangt, wenn die Mutter den Tatentschluss bereits lange vor der Geburt gefasst hat.“¹⁷⁰² Die Kindestö-

¹⁶⁹⁵ Vgl. jedoch PIETH, BT, 25: „oft mit einer Notlage verbunden“.

¹⁶⁹⁶ DOUGOUD, 114.

¹⁶⁹⁷ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 2.

¹⁶⁹⁸ WALDER, ZStrR 1965, 42.

¹⁶⁹⁹ DOUGOUD, 108; vgl. bereits PETRILKA, 127, welcher bereits 1942 ausführte, dass sich die Täterin in einer ähnlichen Verfassung wie ein Totschläger befindet; kritisch zum Sonderdelikt der Kindestötung auch SCHMOLLER, FS- Gössel, 369 ff.

¹⁷⁰⁰ 2015 wurde die erste Verurteilung nach Art. 116 StGB seit 2004 verzeichnet; siehe BFS, Strafurteilsstatistik (Stand 30. April 2016).

¹⁷⁰¹ VE Harmonisierung.

¹⁷⁰² Bericht Harmonisierung, 14; die Streichung befürwortend RYSER BÜSCHI, 159.

tung wäre demnach zu Recht unter den übrigen Tötungsdelikten zu beurteilen. Sofern die Tötung im Affekt erfolgt, kann eine Strafmilderung über Bestrafung nach Art. 113 StGB erreicht werden.¹⁷⁰³ Eine grundsätzlich über den Totschlag hinausgehende Auswirkung des Geburtsvorgangs ist nicht sachgerecht. Im Einzelfall könnte dies über die zusätzliche Anwendung von Art. 19 Abs. 2 StGB¹⁷⁰⁴ oder im Extremfall sogar mit der Annahme der Schuldunfähigkeit erreicht werden.¹⁷⁰⁵ Die Gesetzesänderung liegt momentan auf Eis, da zunächst die Revision des Allgemeinen Teils abgewartet wurde. Mit dem Abschluss der Änderungen im Allgemeinen Teil, welche am 1. Januar 2018 in Kraft treten werden, dürfte die Harmonisierung der Strafrahmen bald in den Räten beraten werden.

c) Schuldproblematik de lege lata

Aufgrund des Doppelverwertungsverbots darf die mit der Kindestötung festgestellte Schuldverminderung nicht erneut berücksichtigt werden. Es kann nicht gleichzeitig eine verminderte Schuldfähigkeit aufgrund des Geburtsvorgangs oder eine Strafmilderung wegen heftiger Gemütsbewegung oder schwerer Bedrängnis nach Art. 48 StGB angewendet werden.¹⁷⁰⁶ Es sind allerdings Fälle denkbar, in denen sich eine Mutter aufgrund der speziellen Umstände einer Geburt in völliger Schuldunfähigkeit gemäss Art. 19 Abs. 1 StGB befindet. Diese Exkulpation ist zu beachten, da sie nicht von Art. 116 StGB abgedeckt ist.¹⁷⁰⁷ Im Hinblick auf die Strafzumessung ist ausserdem möglich, dass eine andere Variante von Art. 48 StGB nicht in Art. 116 StGB aufgeht und deshalb anzuwenden ist. Handelt die Mutter etwa, um dem Kind ein menschenunwürdiges Leben zu ersparen, so kann man davon ausgehen, dass ein Fall eines achtenswerten Beweggrunds im Sinne von Art. 48 lit. a Ziff. 1 StGB vorliegt.¹⁷⁰⁸

¹⁷⁰³ Vgl. auch Bericht Harmonisierung, 14; RYSER BÜSCHI, 159.

¹⁷⁰⁴ Dazu vorne Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 4. b) aa).

¹⁷⁰⁵ Dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) dd).

¹⁷⁰⁶ CORBOZ, Volume I, Art. 116 N 16; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 116 N 5; DONATSCH, SR III, 30; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 255; NOLL, BT I, 23; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 9; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 72 f.; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 116 N 6.

¹⁷⁰⁷ CORBOZ, Volume I, Art. 116 N 16; SCHUBARTH, Kommentar, Band I, Art. 116 N 23; vgl. die Fallbeispiele von LEMPP, 123 ff. Zur Beachtung der Dekulpierung bei Art. 113 StGB vorne Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 4. b) aa).

¹⁷⁰⁸ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 73.

Nicht gefolgt werden kann der Ansicht von TRECHSEL/FINGERHUTH. Sie gehen davon aus, dass ein tatsächlich vorliegender Affekt bei der Strafzumessung berücksichtigt werden kann.¹⁷⁰⁹ Da sie ausführen, dass der Einfluss des Geburtsvorgangs nicht nochmals bei Art. 19 oder Art. 48 StGB berücksichtigt werden darf,¹⁷¹⁰ kann nur eine Beachtung bei der konkreten Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens gemeint sein. Wie jedoch zuvor dargelegt wurde, nimmt das Gesetz bei diesem Tatbestand eine Vermutung für einen solchen besonderen Gemütszustand der Gebärenden vor. Damit wird auch ein tatsächlich vorliegender Affekt berücksichtigt. Gleich wie beim Totschlag, handelt es sich hier um ein Strafzumessungselement, welches aus historischen Gründen in den Besonderen Teil des Strafgesetzbuches verschoben wurde, weshalb ein kleineres Verschulden der Täterin berücksichtigt wird. Weil auch die konkrete Strafzumessung gemäss Art. 47 Abs. 1 Satz 1 StGB danach zu bemessen ist, untersagt das Doppelverwertungsverbot eine nochmalige Berücksichtigung der besonderen Umstände der Geburt. Gerade bei der Kindestötung, welche sich durch einen sehr tiefen Strafrahmen auszeichnet, ist dabei auch eine strafmindernde Berücksichtigung des Affekts gewährleistet.¹⁷¹¹ Die einzige denkbare Ausnahme gilt dann, wenn eine heftige Gemütsbewegung oder eine bedrängende Lage vorliegt, welche über den vom Gesetzgeber bedachten Fall hinausgeht. Bestehen aussergewöhnliche Not- oder Konfliktsituationen, etwa bei schwer behinderten Kindern oder bei Kindern, die aus einer Vergewaltigung herrühren, kann dieser Situation im Bereich der Strafzumessung Rechnung getragen werden.¹⁷¹² Es ist selbstredend, dass auch Kindestötungen nach ihrer Schwere differenziert und dem Verschulden der Täterin angemessen bestraft werden.

Es ist noch darauf hinzuweisen, dass eine Kindestötung oft als Reaktion auf ein Überforderungsgefühl, welches sich schon vor der Geburt – eventuell schon bei Erfahren der Schwangerschaft – einzustellen begann, geschieht. Dabei kann einer Frau nicht vorgeworfen werden, dass sie von der Möglichkeit eines straflosen Schwangerschaftsabbruchs im Sinne von Art. 119 StGB keinen Gebrauch gemacht hatte. Ein solcher Verzicht darf sich bei der Strafzumessung nicht straf erhöhend auswirken. Einzige Ausnahme gilt für den Fall, dass der Täterin zweifelsfrei nachgewiesen werden kann, dass sie sich schon

¹⁷⁰⁹ TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 116 N 3.

¹⁷¹⁰ TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 116 N 6.

¹⁷¹¹ Vgl. auch die diesbzüglichen Hinweise bei Art. 113 StGB, vorne Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 6.

¹⁷¹² STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 69.

zum Zeitpunkt, als der straflose Schwangerschaftsabbruch noch möglich gewesen wäre, zur späteren Tötung entschloss.¹⁷¹³

5. Abgrenzung und Konkurrenzfragen

Die Kindstötung geht den Tötungsdelikten gemäss Art. 111-113 StGB als *lex specialis* vor.¹⁷¹⁴

Wird ein Neugeborenes mit Tötungsabsicht ausgesetzt, so konsumiert Art. 116 StGB das Gefährdungsdelikt der Aussetzung nach Art. 127 StGB.¹⁷¹⁵

B. Beachtung des Affekts bei Beschimpfungen

Eine Beschimpfung nach Art. 177 StGB kann straflos bleiben, wenn der Beschimpfte durch ungebührliches Verhalten dazu Anlass gegeben hat oder wenn sie unmittelbar erwidert wurde. Mit der Straflosigkeit wird – wie zu zeigen ist – einer besonderen Gemütslage des Täters Rechnung getragen.

I. Die Beschimpfung (Art. 177 Abs. 1 StGB)

Wer jemanden in anderer Weise durch Wort, Schrift, Bild, Gebärde oder Tätlichkeiten in seiner Ehre angreift, macht sich einer Beschimpfung im Sinne von Art. 177 Abs. 1 StGB strafbar. Schon die Formulierung – „in anderer Weise“ – macht deutlich, dass es sich bei der Beschimpfung um den Auffangtatbestand des Ehrverletzungsrechts handelt.¹⁷¹⁶ Von ihr werden sämtliche ehrverletzende Äusserungen erfasst, die keine Tatsachenbehauptungen gegenüber Dritten darstellen.¹⁷¹⁷ Obwohl es sich um das mildeste der Ehrverletzungsdelikte handelt,¹⁷¹⁸ kommt ihm in der Praxis die grösste Bedeutung zu.¹⁷¹⁹

¹⁷¹³ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 9.

¹⁷¹⁴ CORBOZ, Volume I, Art. 116 N 17; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 246.

¹⁷¹⁵ KRAUSKOPF, 97.

¹⁷¹⁶ PIETH, BT, 105; vgl. auch CORBOZ, Volume I, Art. 177 N 1.

¹⁷¹⁷ PIETH, BT, 105.

¹⁷¹⁸ RIKLIN, ZStrR 1983, 42.

¹⁷¹⁹ So stellten im Jahr 2015 88 Prozent aller Ehrverletzungsdelikte eine Verurteilung nach Art. 177 StGB dar (2'680 von 3'029 Fällen); siehe BFS, *Strafurteilsstatistik* (Stand 30. April 2016); vgl. auch schon RIKLIN, ZStrR 1983, 32 ff.; SCHUBARTH, *Kommentar*, Band III, Art 177 N 4.

1. Objektiver Tatbestand

Nach seiner Konzeption als Auffangtatbestand bestimmt sich die Tathandlung der Beschimpfung in Abgrenzung von der üblen Nachrede gemäss Art. 173 StGB und der Verleumdung gemäss Art. 174 StGB. Von Art. 177 Abs. 1 StGB sind demnach einerseits gegenüber dem Verletzten geäusserte ehrenrührige Tatsachenbehauptungen und Werturteile sowie andererseits die Kundgabe eines reinen oder gemischten Werturteils gegenüber Dritten erfasst.¹⁷²⁰ Der Betroffene muss nicht namentlich genannt werden. Es genügt, wenn er aus der Aussage erkennbar ist.¹⁷²¹ Unerheblich ist die Art und Weise, wie die Missachtung ausgedrückt wird. Es können auch Gesten oder Bilder verwendet werden.¹⁷²² Ebenfalls möglich ist die Beleidigung durch eine Tätlichkeit,¹⁷²³ sofern diese mit Beschimpfungsvorsatz getätigt wird.¹⁷²⁴

Als *Tatsachen* gelten „Ereignisse oder Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit [...], die äusserlich in Erscheinung treten und dadurch wahrnehmbar und dem Beweise zugänglich werden.“¹⁷²⁵ Wird eine Tatsache so vorgebracht, dass sie gleichzeitig ein wertendes Element enthält, spricht man von einem *gemischten Werturteil*.¹⁷²⁶ Ein solches ist als Beschimpfung strafbar, wenn die Tatsachenbehauptung nicht strafbar ist – entweder weil diese nicht ehrenrührig ist oder weil diesbezüglich der Entlastungsbeweis gelingt.¹⁷²⁷ Ein *reines Werturteil* ist demgegenüber die Kundgabe von Geringschätzung oder Missach-

¹⁷²⁰ CORBOZ, Volume I, Art. 177 N 9 ff.; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 177 N 1; DONATSCH, SR III, 392 ff.; DUPUIS et al., Art. 177 N 9; MOSER, 48 f.; SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 177 N 1; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 68; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 177 N 2.

¹⁷²¹ BGE 92 IV 94, E. 1; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 177 N 3; DONATSCH, SR III, 392.

¹⁷²² Zu denken ist etwa an den ausgestreckten Mittelfinger; PIETH, BT, 106, oder das Zeigen des nackten Hinterns; BGE 103 IV 167, E.2; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 177 N 5; DONATSCH, SR III, 393.

¹⁷²³ Dazu ausführlich MOSER, 69 ff.

¹⁷²⁴ BGer, Urteil vom 25.09.2014, 6B_324/2014, E. 1.3.1; CORBOZ, Volume I, Art. 177 N 6; DONATSCH, SR III, 393; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 2126.

¹⁷²⁵ BGE 118 IV 41, E. 4; vgl. auch MOSER, 54; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 173 N 8; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 173 N 2.

¹⁷²⁶ SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 177 N 11; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 72; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 173 N 8.

¹⁷²⁷ SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 177 N 11; vgl. zum Entlastungsbeweis sogleich Zweiter Teil 2. Kap. B. I. 3.

tung, welche sich nicht auf eine Tatsache stützt.¹⁷²⁸ Dabei kann dieses Urteil nicht nur durch eine Äusserung, sondern allgemein durch beleidigendes Verhalten – beispielsweise Gesten oder Tätlichkeiten – erfolgen.¹⁷²⁹ Hauptanwendungsfall von reinen Werturteilen sind Schimpf- und Schmähwörter sowie beleidigende Gesten.¹⁷³⁰

Die Äusserung muss die betroffene Person in ihrer Ehre verletzen. Der strafrechtliche Ehrbegriff ist umstritten. Man kann heute jedoch davon ausgehen, dass mit dem von der herrschenden Lehre befürworteten normativen Ehrbegriff der legitime Achtungsanspruch jedes Menschen gegenüber seinen Mitmenschen geschützt wird.¹⁷³¹

Die Literatur äussert sich kaum zum Erfolg der Beschimpfung. Entsprechend zu den anderen Ehrverletzungsdelikten handelt es sich nach dem Wortlaut der Bestimmung um einen Angriff auf die Ehre. Dies impliziert zumindest eine abstrakte Gefahr für die Ehre des Betroffenen. Um eine solche zu schaffen, ist notwendig, dass die Äusserung des Täters realisiert wird. Entsprechend zu Art. 173 und 174 StGB ist zur Vollendung der Beschimpfung demnach die Wahrnehmung durch den Dritten bei Werturteilen beziehungsweise den Betroffenen bei ehrenrührigen Tatsachenbehauptungen vorausgesetzt.¹⁷³² Notwendig ist dabei auch das Verständnis des Sinngehalts; das bloss akustische Hören genügt nicht.¹⁷³³ Ob der ehrenrührige Charakter indes erkannt wird, ist unerheblich.¹⁷³⁴

¹⁷²⁸ SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 177 N 7; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 71; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 177 N 2; vgl. auch MOSER, 57 f.

¹⁷²⁹ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 16.

¹⁷³⁰ SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 177 N 8; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 72; vgl. auch HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 2128.

¹⁷³¹ So die Definition in der Lehre; vgl. etwa BÖSIGER, 1 ff.; CORBOZ, Volume I, Art. 173 N 1 ff.; DONATSCH, SR III, 372 ff.; FIOKA, *Jusletter* vom 24. Juli 2009, 30; BSK StGB II-RIKLIN, Vor Art. 173 N 5 ff.; RIKLIN, ZStR 1983, 33 ff.; SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 177 N 11 ff.; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 2 ff.; anders demgegenüber die Auffassung des Bundesgerichts, welches eher von einem faktischen Ehrbegriff ausgeht; vgl. BGE 117 IV 27, E. 2c; 105 IV 194, E. 2a; 105 IV 111, E. 1; 93 IV 20, E. 1.

¹⁷³² Vgl. für Art. 173 und 174 StGB etwa BGE 102 IV 35, E. 2b; CORBOZ, Volume I, Art. 173 N 44; DONATSCH, SR III, 379; BSK StGB II-RIKLIN, Art. 173 N 8; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 26; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 173 N 12; vgl. auch PIETH, BT, 99.

¹⁷³³ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 26.

¹⁷³⁴ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 26.

2. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht muss der Täter mit Vorsatz handeln. Dieser muss sich insbesondere auf die Ehrenrührigkeit der Äusserung beziehen.¹⁷³⁵ Unerheblich ist, ob der Täter weiss, dass seine Aussage ungerechtfertigt oder die von ihm behauptete ehrenrührige Tatsache unwahr ist.¹⁷³⁶

3. Entlastungsbeweise

a) Analoge Anwendung von Art. 173 Ziff. 2 und 3 StGB

Im Rahmen der üblen Nachrede nach Art. 173 StGB bleibt der Täter straflos, wenn er beweist, dass seine Äusserung der Wahrheit entspricht, oder wenn er nachweisen kann, dass er ernsthafte Gründe hatte, von deren Wahrheit auszugehen.¹⁷³⁷ Beschimpft der Täter auf Tatsachenbasis – äussert er also eine Tatsachenbehauptung gegenüber der betroffenen Person –, sind die Entlastungsbeweise nach Art. 173 Ziff. 2 StGB analog anwendbar.¹⁷³⁸ Das Bundesgericht hält dazu fest: „Wenn schon bei gegenüber Dritten geäusserten ehrenrührigen Behauptungen unter Umständen Strafflosigkeit eintritt, so ist nicht einzusehen, warum dies anders sein soll, falls die Äusserungen gegenüber dem Verletzten selbst getan werden. Der Wahrheitsbeweis muss daher im Rahmen von Art. 173 Ziff. 2 StGB auch bei der Beschimpfung zugelassen werden, sofern diese, wie hier, ein auf bestimmten Tatsachen beruhendes Werturteil darstellt.“¹⁷³⁹

Handelt der Täter demnach ohne Beleidigungsabsicht (sog. *animus iniurandi*) zur Wahrung öffentlicher Interessen oder sonst wie mit begründeter Veranlas-

¹⁷³⁵ CORBOZ, Volume I, Art. 177 N 24; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 177 N 6; DONATSCH, SR III, 393; DUPUIS et al., Art. 177 N 19; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 2130; MOSER, 98 f.; PIETH, BT, 106; SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 177 N 15; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 177 N 4.

¹⁷³⁶ CORBOZ, Volume I, Art. 177 N 25; DONATSCH, SR III, 393; DUPUIS et al., Art. 177 N 20; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 2130; PIETH, BT, 106; SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 177 N 16; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 74.

¹⁷³⁷ Art. 173 Ziff. 3 StGB.

¹⁷³⁸ BGE 74 IV 98, E. 2; CORBOZ, Volume I, Art. 177 N 26; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 177 N 8; DONATSCH, SR III, 394; DUPUIS et al., Art. 177 N 21 f.; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 2133; MOSER, 129 ff.; PIETH, BT, 106; RIKLIN, ZStrR 1983, 47; SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 177 N 21; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 75 ff.; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 177 N 4.

¹⁷³⁹ BGE 74 IV 98, E. 2.

sung¹⁷⁴⁰ und kann er beweisen, dass die von ihm geäußerte Tatsache der Wahrheit entspricht¹⁷⁴¹ oder er sie in guten Treuen für wahr halten durfte¹⁷⁴², bleibt er straflos.

b) Dogmatische Einordnung der Entlastungsbeweise

Umstritten ist, wie die auf dem Entlastungsbeweis beruhende Strafflosigkeit dogmatisch einzuordnen ist. Nach herrschender Lehre handelt es sich zumindest nicht um einen Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit.¹⁷⁴³ Dies folgt schon daraus, dass die allgemeinen Rechtfertigungsgründe nach gefestigter Rechtsprechung den Entlastungsbeweisen nach Art. 173 Ziff. 2 StGB vorgehen.¹⁷⁴⁴ Damit bestehen die Möglichkeiten, dass es sich um eine objektive Strafbarkeitsbedingung, einen Rechtfertigungs-, einen Schuldausschluss- oder einen Strafbefreiungsgrund handelt.¹⁷⁴⁵

STRATENWERTH/JENNY/BOMMER halten allerdings fest, dass die Äusserung einer wahren Tatsache die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ausschliesst. Die Unwahrheit sehen sie als konstitutives Element des Unrechts.¹⁷⁴⁶ Demnach müsste die Unwahrheit ein objektives Tatbestandsmerkmal darstellen.¹⁷⁴⁷ Dies wiederum würde bedeuten, dass ein Täter gestützt auf den Grundsatz „in dubio

¹⁷⁴⁰ Vgl. zur Zulassung zum Gutgläubensbeweis nach Art. 173 Ziff. 3 StGB ausführlich CORBOZ, Volume I, Art. 173 N 52 ff.; DONATSCH, SR III, 382 ff.; FREI, Entlastungsbeweis, 60 ff.; HURTADO POZO, Partie spéciale, 2053 ff.; MINELLI, ZStR 1991, 452 ff.; PIETH, BT, 102 f.; SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 173 N 66 ff.; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 33 ff.

¹⁷⁴¹ Vgl. zum Wahrheitsbeweis nach Art. 173 Ziff. 2 ausführlich CORBOZ, Volume I, Art. 173 N 64 ff.; DONATSCH, SR III, 385 f.; FREI, Entlastungsbeweis, 68; HURTADO POZO, Partie spéciale, 2059 ff.; PIETH, BT, 103; SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 173 N 77 ff.; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 38 ff.

¹⁷⁴² Vgl. zum Gutgläubensbeweis nach Art. 173 Ziff. 2 ausführlich CORBOZ, Volume I, Art. 173 N 74 ff.; DONATSCH, SR III, 396 ff.; FREI, Entlastungsbeweis, 69 ff.; HURTADO POZO, Partie spéciale, 2069 ff.; PIETH, BT, 103 ff.; SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 173 N 85 ff.; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 41 ff.

¹⁷⁴³ DONATSCH, SR III, 388 f.; BSK StGB II-RIKLIN, Art. 173 N 31; SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 173 N 56; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 173 N 13.

¹⁷⁴⁴ BGE 131 IV 154, E. 1.3.1; 123 IV 97, E. 2c; 118 IV 248, E. 2c; 116 IV 211, E. 4a/bb; 108 IV 94, E. 2; 106 IV 179, E. 3b; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 173 N 33; DONATSCH, SR III, 389; PIETH, BT, 105; BSK StGB II-RIKLIN, Art. 173 N 12; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 51 f.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 173 N 16.

¹⁷⁴⁵ Vgl. auch die Aufzählung bei BSK StGB II-RIKLIN, Art. 173 N 31.

¹⁷⁴⁶ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 28.

¹⁷⁴⁷ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 29.

pro reo“ häufig freigesprochen werden müsste, wenn nicht klar bewiesen werden kann, dass er von der Unwahrheit wusste. Dementsprechend wurde mit den Entlastungsbeweisen aus praktischen Gründen eine Beweislastumkehr geschaffen.¹⁷⁴⁸ Der Täter muss beweisen, dass die Äusserung der Wahrheit entspricht oder er in guten Treuen davon ausgehen konnte.

Die Beachtung von Praktikabilitätsgründen lässt eine gewisse Nähe zu einer objektiven Strafbarkeitsbedingung erkennen.¹⁷⁴⁹ Dies sind ausserhalb des objektiven Tatbestands liegende Umstände, welche die Strafbarkeit aus Gründen der Zweckmässigkeit beschränken.¹⁷⁵⁰ Es geht mithin darum, dass ein zusätzliches Merkmal, welches nicht vom Vorsatz des Täters erfasst sein muss, um die Strafwürdigkeit des Verhaltens zu begründen.¹⁷⁵¹ Dies gilt beispielsweise für die Körperverletzung beziehungsweise der Tod einer Person beim Angriff nach Art. 134 StGB. Dennoch passen die Entlastungsbeweise ihrer Beschaffenheit nach nicht wirklich zu den objektiven Strafbarkeitsbedingungen, da es zweifellos nicht bloss darum geht, dass der Täter bei deren Erbringung aus kriminalpolitischen und prozessökonomischen Gründen straflos bleibt.¹⁷⁵²

Die Konzeption der beiden Beweise ist verschieden, sodass man sie für die dogmatische Einordnung unterscheiden muss: Beim *Wahrheitsbeweis* geht es vorwiegend darum, dass die Wahrheit der geäusserten ehrenrührigen Tatsache die Tathandlung rechtfertigt.¹⁷⁵³ Da die Rechtswidrigkeit des Handelns und nicht das Unrecht der Tat in Frage steht, scheint es sich um einen speziellen Rechtfertigungsgrund zu handeln. Trotzdem passt er nicht vollständig in die Konzeption der Rechtfertigungsgründe. So ist bei diesen in der Regel notwendig, dass der Täter sich zum Tatzeitpunkt des rechtfertigenden Faktors bewusst ist – bei der Notwehr muss beispielsweise Kenntnis über die Angriffssituation und den Abwehrwillen vorliegen. Beim Wahrheitsbeweis – anders als beim

¹⁷⁴⁸ PIETH, BT, 101; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 29; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 173 N 14; kritisch SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 173 N 63 ff.

¹⁷⁴⁹ Die Entlastungsgründe als negative Strafbarkeitsbedingung auffassend etwa LOGOZ, Art 173 N 7d; NOLL, BT I, 114; SCHWANDER, 611; THORMANN/OVERBECK, Zweiter Band, Art. 173 N 11.

¹⁷⁵⁰ DONATSCH/TAG, AT I, 110 f.

¹⁷⁵¹ FREI, Entlastungsbeweis, 78.

¹⁷⁵² FREI, Entlastungsbeweis, 78; SCHAAD, 75; vgl. auch StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 173 N 13, welche die Behandlung des Wahrheitsbeweises als Strafbarkeitsbedingung ausschliessen, weil damit ein unberechtigter Makel auf einer zulässigen Ausübung der Meinungsäusserungsfreiheit verbliebe.

¹⁷⁵³ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 28; im Ergebnis ebenso StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 173 N 13.

Gutgläubensbeweis – kann sich der Täter jedoch auch auf Umstände stützen, die ihm erst nach der Äusserung bekannt wurden.¹⁷⁵⁴ Damit fehlt ein subjektives Rechtfertigungsmerkmal. TRECHSEL/LIEBER folgern daraus, dass es sich um eine „objektive Rechtmässigkeitsbedingung“ handelt.¹⁷⁵⁵ Da die Wahrheit der Aussage das entscheidende und straffausschliessende Element ist, kann man sich zumindest darin einig sein, dass die wahre Äusserung stets gerechtfertigt ist.¹⁷⁵⁶ Als Folge davon ist der Täter freizusprechen, wenn ihm der Wahrheitsbeweis gelingt.¹⁷⁵⁷

RIKLIN schlägt eine weitere, auf dem Zivilrecht basierende Verfeinerung vor. Aus Sicht der Einheit der Rechtsordnung weist er darauf hin, dass eine wahre, ehrenrührige Tatsache, welche ohne überwiegende private oder öffentliche Interessen geäussert wird, zivilrechtlich nicht zulässig ist, strafrechtlich jedoch ohne Folge bleibt.¹⁷⁵⁸ Daher folgert er, dass der Wahrheitsbeweis einen Rechtfertigungsgrund darstellt, wenn eine Aussage wahr ist und sie mit begründeter Veranlassung getätigt wurde.¹⁷⁵⁹ Erfolgt die ehrenrührige Tatsachenausserung jedoch ohne begründeten Anstoss, entfalle die Strafbarkeit aufgrund der Wahrheit der Tatsache und dem fehlenden animus iniurandi. In diesem Fall handle es sich um einen Schuldausschlussgrund.¹⁷⁶⁰

Beim *Gutgläubensbeweis* fehlt das rechtfertigende Moment der Wahrheit. Der Täter äussert eine unwahre, ehrenrührige Tatsache. Er ging jedoch gestützt auf ernsthafte Gründe von der Wahrheit der Äusserung aus. Diese Situation ist mit dem schuldausschliessenden Sachverhaltsirrtum zu vergleichen. Aufgrund seiner Fehlvorstellung kann die Äusserung dem Täter nicht zum Vorwurf ge-

¹⁷⁵⁴ BGE 124 IV 149, E. 3a; 122 IV 311, E. 2c; 106 IV 115, E. 2a; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 173 N 28; DUPUIS et al., Art. 173 N 33; BSK StGB II-RIKLIN, Art. 173 N 14.

¹⁷⁵⁵ StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 173 N 13.

¹⁷⁵⁶ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 40; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 173 N 13.

¹⁷⁵⁷ DUPUIS et al., Art. 173 N 34; vgl. auch CORBOZ, Volume I, Art. 173 N 72, der jedoch nicht genauer auf die dogmatischen Unklarheiten des Wahrheitsbeweises eingeht und die Freispruchsfolge aus praktischen Gründen fordert.

¹⁷⁵⁸ BSK StGB II-RIKLIN, Art. 173 N 31; RIKLIN, ZStrR 1983, 49.

¹⁷⁵⁹ BSK StGB II-RIKLIN, Art. 173 N 31; ebenso DONATSCH, SR III, 389; SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 173 N 105; vgl. auch HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 2085 ff.

¹⁷⁶⁰ BSK StGB II-RIKLIN, Art. 173 N 31; ebenso DONATSCH, SR III, 389.

macht werden. Es handelt sich um einen Schuldausschlussgrund.¹⁷⁶¹ So hat auch das Bundesgericht festgestellt, dass dem Täter, dem der Gutgläubensbeweis gelingt, kein Schuldvorwurf entgegengehalten werden kann und er deshalb freizusprechen ist.¹⁷⁶²

4. Strafantrag

Die Beschimpfung wird nur auf Antrag¹⁷⁶³ hin verfolgt. Dabei genügt es, wenn das Opfer vorbringt, es sei vom Täter beschimpft worden; damit wird das Tatgeschehen ausreichend umschrieben.¹⁷⁶⁴ Der genaue Wortlaut muss nicht vorgebracht werden. Wird im Verfahren eine andere Formulierung festgestellt, als jene die im Strafantrag vorgebracht wurde, ist der Antrag nicht unzureichend.¹⁷⁶⁵

II. Möglichkeiten zur Strafbefreiung

1. Provokation (Art. 177 Abs. 2 StGB)

a) Beachtung des Affekts bei Art. 177 Abs. 2 StGB

Mit der Regelung in Art. 177 Abs. 2 StGB wurde vom Gesetzgeber ein Spezialfall der Provokation – generell geregelt in Art. 48 lit. b StGB – geschaffen, welcher dem Richter einen fakultativen Strafbefreiungsgrund gibt.¹⁷⁶⁶

Durch diese Bestimmung werden, ohne dass es der Gesetzeswortlaut klar zum Ausdruck bringt, klassische Affektzustände erfasst.¹⁷⁶⁷ Der Täter wird durch

¹⁷⁶¹ Ebenso BSK StGB II-RIKLIN, Art. 173 N 31; SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 173 N 105; differenzierend STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 48; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 173 N 17.

¹⁷⁶² BGE 119 IV 44, E. 3; CORBOZ, Volume I, Art. 173 N 87; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 173 N 32; DUPUIS et al., Art. 173 N 39.

¹⁷⁶³ Art. 30-33 StGB.

¹⁷⁶⁴ BGE 131 IV 97, E. 3.3, mit Verweis auf RIEDO, 400.

¹⁷⁶⁵ BGE 131 IV 97, E. 3.3; ebenso CORBOZ, Volume I, Art. 177 N 30; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 177 N 15.

¹⁷⁶⁶ CORBOZ, Volume I, Art. 177 N 34; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 177 N 9; DONATSCH, SR III, 394; BSK StGB II-RIKLIN, Art. 177 N 19; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 177 N 7, sprechen von einem „Strafausschliessungsgrund“.

¹⁷⁶⁷ WALDER, ZStrR 1965, 50. Auch andere Autoren sprechen in diesem Zusammenhang von einem Affekt; so etwa BSK StGB II-RIKLIN, Art. 177 N 24; SIX, 322; STRATEN-

die Provokation in einen „Erregungszustand“ versetzt und tätigt die Beschimpfung in einer „erregten Gemütsbewegung“.¹⁷⁶⁸ Die ratio legis der Strafbefreiung liegt im durch die Provokation hervorgerufenen Affekt des Täters.¹⁷⁶⁹ Diesem fehlt aufgrund seiner Emotionalität „die Zeit zu ruhiger Überlegung.“¹⁷⁷⁰ Auch in diesem Zusammenhang wird die schuld mindernde Wirkung des Affekts berücksichtigt. So hält das Bundesgericht fest, dass der Täter „für seine Tat nicht voll verantwortlich erscheint.“¹⁷⁷¹ Die Schuldbezogenheit war massgebend für die Einführung der Provokationsregel.¹⁷⁷²

Insgesamt entspricht die Affektbeachtung bei der Beschimpfung der übrigen Berücksichtigung der heftigen Gemütsbewegung im Besonderen Teil. Mit der Strafbefreiungsmöglichkeit aufgrund der Provokation wird ein dogmatisch dem Allgemeinen Teil zugehöriges Merkmal in den Besonderen Teil verschoben. Die Strafbefreiung aufgrund der Provokation stellt einen affektbedingten Entschuldigungsgrund dar.¹⁷⁷³ Unter der geltenden Gesetzeslage wird er als fakultativen Strafbefreiungsgrund ausgestaltet.¹⁷⁷⁴

WERTH/WOHLERS, Art. 177 N 6; vgl. auch HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 2135, „un sentiment de révolte“.

¹⁷⁶⁸ BGE 83 IV 151; vgl. auch BGer, Urteil vom 13. Mai 2013, 6B_87/2013, E. 4.4; WALTER, ZStrR 1965, 50 f.; so bereits GEISER, 49.

¹⁷⁶⁹ OGer ZH, Beschluss vom 21. Oktober 2014, UE130254, E. II. 4b.; vgl. auch OGer ZH, Beschluss vom 17. September 2013, UE130149, E. 9.4b; MAUSBACH, Jusletter vom 11. Juli 2016, 50; MOSER, 110; BSK StGB II-RIKLIN, Art. 177 N 24; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 177 N 6. Gleiches wird in Deutschland für § 199 D-StGB angenommen; vgl. KLESZCZEWSKI, 92 f. Kritisch StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 177 N 7, welche davon ausgehen, dass es wie bei der Retorsion nach Art. 173 StGB vor allem darum geht, dass im Bagatellbereich Selbstjustiz zugelassen wird; andeutungsweise ähnlich PIETH, BT, 106.

¹⁷⁷⁰ BGer, Urteil vom 13. Mai 2013, 6B_87/2013, E. 4.4; Urteil vom 07. November 2011, 6B_33/2011, E. 3; Urteil vom 12. Februar 2009, 6B_640/2008, E. 2.1: „sans avoir eu le temps de réfléchir tranquillement“; OGer ZH, Urteil vom 17. September 2013, UE130149, E. 9.4b.

¹⁷⁷¹ BGE 83 IV 151; vgl. zur Bedeutung der Schuld für die Strafeinstellung auch KILLIAS et al., 1007.

¹⁷⁷² STOOSS, Vorentwurf mit Motiven, 206, hält die provozierte Beschimpfung für entschuldbar; vgl. auch MOSER, 107.

¹⁷⁷³ So die österreichische Lehre ausdrücklich für § 115 Abs. 3 Ö-StGB; vgl. BIRKLBAUER/HILF/TIPOLD, § 79 N 16; FABRIZY, § 115 N 5; WK-HÖPFEL, § 11 N 9; KIENAPFEL/SCHROLL, § 115; SbgK-LAMBAUER, § 115 N 38; WK-RAMI, § 115 N 14; ZERBES, 155; ähnlich FUCHS/REINDL-KRAUSKOPF, 123.

¹⁷⁷⁴ Vgl. dazu hinten Zweiter Teil 2. Kap. B. II. 1. c).

b) Voraussetzung der Strafbefreiung

aa) Provokation

Das Opfer muss durch ungebührliches Verhalten Anlass zur Beschimpfung gegeben haben. Dies kann sich direkt gegen den Täter richten, indem dieser etwa verhöhnt oder verspottet wird.¹⁷⁷⁵ Es kann aber auch in einer allgemeinen Verhaltensweise bestehen, etwa durch ein ungebührliches Auftreten gegenüber beliebigen Dritten¹⁷⁷⁶ oder fleghaftes Benehmen in der Öffentlichkeit.¹⁷⁷⁷ Das geringschätziges Handeln des Anderen muss den Täter zur Beschimpfung hingerissen haben.¹⁷⁷⁸

Die Ungebührlichkeit der Handlung ist dabei objektiv festzustellen. Es genügt nicht, dass der Täter das Verhalten des Gegenübers als ungebührlich empfindet. Wenn bei einer objektiven Betrachtung nicht von einem ungebührlichen Benehmen ausgegangen werden kann, kommt Art. 177 Abs. 2 StGB nicht zur Anwendung.¹⁷⁷⁹ Zu nennen ist beispielsweise die Situation, in der jemand in sachlicher und korrekter Weise auf begangene Fehler oder Unzulänglichkeiten hingewiesen wird und der Betroffene dadurch gekränkt wird und zu beschimpfenden Äußerungen greift.¹⁷⁸⁰

Geht der Täter irrtümlicherweise davon aus, dass sich eine andere Person ungebührlich verhalten hat, kann Art. 177 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 StGB angewendet werden.¹⁷⁸¹ Dies wurde angenommen, als eine Person fälschlicherweise meinte, dass die von ihr beschimpften Jäger zuvor ein Reh in einer Schutzzone geschossen hätten.¹⁷⁸²

In der Praxis finden sich verschiedene Beispiele für relevante Provokationen: ¹⁷⁸³ Jagen in einem Jagdreservat¹⁷⁸⁴, Anschwärzung der früheren Geliebten

¹⁷⁷⁵ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 78.

¹⁷⁷⁶ MOSER, 108.

¹⁷⁷⁷ HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 2135; BSK StGB II-RIKLIN, Art. 177 N 23; SCHUBARTH, *Kommentar*, Band III, Art. 177 N 26; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 78; vgl. auch CORBOZ, *Volume I*, Art. 177 N 34; DUPUIS et al., Art. 177 N 26.

¹⁷⁷⁸ MOSER, 107.

¹⁷⁷⁹ MOSER, 108.

¹⁷⁸⁰ MOSER, 108.

¹⁷⁸¹ BGE 117 IV 270, E. 2; CORBOZ, *Volume I*, Art. 177 N 34; StGB *Kommentar*-DONATSCH, Art. 177 N 11; DONATSCH, SR III, 395; DUPUIS et al., Art. 177 N 28; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 177 N 6.

¹⁷⁸² BGE 117 IV 270.

¹⁷⁸³ Vgl. etwa die Nachweise bei StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 177 N 7.

unter dem Vorwand, die Interessen des Kindes zu wahren,¹⁷⁸⁵ oder durch unberechtigte Vorwürfe.¹⁷⁸⁶ Von Bedeutung sind auch Verhaltensweisen im Straßenverkehr.¹⁷⁸⁷ Eine Provokation kann etwa in einer gefährlichen Fahrweise¹⁷⁸⁸ oder in störendem Parken¹⁷⁸⁹ erblickt werden.

Handelt es sich beim provozierenden Verhalten ebenfalls um eine Beschimpfung oder eine Tätlichkeit, ist die Spezialbestimmung der Retorsion nach Art. 177 Abs. 3 StGB anwendbar.¹⁷⁹⁰

bb) Unmittelbarkeit der Provokation

Entscheidend für die Annahme der Provokation ist eine temporale Voraussetzung. Das Gesetz verlangt, dass der Provozierte „unmittelbar“ mit einer Beschimpfung reagiert. Vor allem aus der Rechtsprechung stammt dabei die Auslegung, dass der Täter unverzüglich reagiert, wenn er unter dem Einfluss der durch das provozierende Verhalten hervorgerufenen Gemütsbewegung handelt, ohne Zeit für eine Reflektion der Situation gehabt zu haben.¹⁷⁹¹ Dementsprechend ist die Unmittelbarkeit einerseits eine auf den zeitlichen Aspekt fixierte Betrachtungsweise,¹⁷⁹² andererseits wird damit auch der erregte Gemütszustand berücksichtigt.

TRECHSEL/LIEBER lehnen diese Auslegung ab. Sie gehen davon aus, dass das Gesetz nicht zu einer solch engen Auffassung zwingen würde. Vielmehr ermögliche Art. 177 Abs. 2 StGB – entsprechend zur Regelung der Retorsion in Abs. 3 – ein gewisses Mass an Selbstjustiz im Bagatellbereich.¹⁷⁹³ Sie lassen

¹⁷⁸⁴ BGE 117 IV 270.

¹⁷⁸⁵ BGE 74 IV 98.

¹⁷⁸⁶ OGer ZH, Urteil vom 28. April 1952, ZR 200/1952, 365.

¹⁷⁸⁷ So bereits SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 177 N 26.

¹⁷⁸⁸ BSK StGB II-RIKLIN, Art. 177 N 23; so bereits WALDER, ZStrR 1965, 51.

¹⁷⁸⁹ BezGer ZH, Urteil vom 4. Oktober 1990, ZR 38/1991, 117.

¹⁷⁹⁰ MOSER, 109; vgl. zur Retorsion hinten Zweiter Teil 2. Kap. B. II. 2.

¹⁷⁹¹ BGE 117 IV 270, E. 2c; 83 IV 151; DONATSCH, SR III, 395; DUPUIS et al., Art. 177 N 25; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, 2135; MOSER, 109; BSK StGB II-RIKLIN, Art. 177 N 19; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 78; WALDER, ZStrR 1965, 51; so bereits GEISER, 53; MOSER, 109; kritisch StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 177 N 9; SIX, 322 ff., der diese Auslegung vor allem für den Kontext im Internet für „unpassend“ hält; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 177 N 7.

¹⁷⁹² SIX, 322 f.

¹⁷⁹³ StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 177 N 7; vgl. auch BSK StGB II-RIKLIN, Art. 177 N 19.

es dabei jedoch offen, wann von einer unmittelbaren Reaktion auf eine Provokation auszugehen ist.

Sicherlich nicht als unmittelbare Veranlassung einer Beschimpfung gelten langandauernde Spannungen oder eine latent gereizte Stimmung zwischen den beteiligten Parteien.¹⁷⁹⁴

Im Hinblick darauf, dass die Rechtsprechung und ein grosser Teil der Lehre sich darin einig sind, dass es bei der Strafbefreiung einer provozierten Beschimpfung um die Beachtung eines Affekts des Täters geht, ist der bundesgerichtlichen Auslegung zuzustimmen. So reagiert der Täter unmittelbar auf die Provokation, wenn er unter dem Einfluss des dadurch hervorgerufenen Erregungszustands handelt. Dies kann entsprechend zur Beachtung des Affekts beim Totschlag nur bedeuten, dass der Täter bei der Äusserung der Beschimpfung noch unter dem Einfluss der emotionalen Erregung gestanden haben muss. Es erfolgt eine direkte Verbalisierung des gefühlsmässigen Zustands. Dies bedarf einer zeitlich praktisch unverzüglichen Reaktion auf die Provokation.¹⁷⁹⁵ Eine solche Unmittelbarkeit ist beispielsweise abzulehnen, wenn die Äusserungen zeitlich deutlich auseinanderfallen. Dann kann es sich nicht um eine spontane Reaktion handeln. Es ist jedoch möglich, dass sich der Gemütszustand über eine gewisse Zeit hinzieht und darum verschiedene Aussagen im gleichen Erregungszustand getätigt werden.¹⁷⁹⁶

Es ist nicht möglich, eine genaue zeitliche Grenze zu ziehen. Dies gilt insbesondere, wenn es um Beschimpfungen geht, die nicht in einer direkten, mündlichen Kommunikation erfolgen. Wird etwa auf eine E-Mail oder eine SMS mit provozierendem Inhalt reagiert, kann zwischen der Reizung und der Beschimpfung einige Zeit vergehen.¹⁷⁹⁷ Entscheidend ist, dass der Täter, wenn er

¹⁷⁹⁴ OGer ZH, Beschluss vom 21. Oktober 2014, UE130254, E. II. 4b; MOSER, 109; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 177 N 7.

¹⁷⁹⁵ Vgl. auch WALDER, ZStrR 1965, 51. Zum temporalen Aspekt des Affekts beim Totschlag vorne Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) aa) (3). In § 199 D-StGB wird gefordert, dass der Provozierte „auf der Stelle“ reagiert; auch dieses Kriterium wird eher in einem psychologischen als einem räumlich-zeitlichen Sinne ausgelegt; siehe SSW StGB-SINN, § 199 N 8 m.w.H. Wobei zu bemerken ist, dass bei der deutschen Retorsionsregel keine tatsächliche Erregung vorausgesetzt ist; FISCHER, § 199 N 6.

¹⁷⁹⁶ Vgl. KantGer GR, Urteil vom 18. Mai 2010, ZK2 10 19, E. I.1.d, wo die heftige Gemütsbewegung über Mittag angehalten hatte, wobei es in dem Fall um eine zivilrechtliche Bewertung des Affekts ging.

¹⁷⁹⁷ SIX, 324.

den Inhalt der Nachricht zur Kenntnis nimmt, in einen erregten Gemütszustand gerät und darin mit einer Beschimpfung antwortet.¹⁷⁹⁸

c) Wirkung der Provokation

aa) Wirkung der Strafbefreiung und strafprozessuale Zuständigkeit

Wie eingangs erwähnt, handelt es sich bei Art. 177 Abs. 2 StGB um einen fakultativen Strafbefreiungsgrund.¹⁷⁹⁹ Der Richter kann nach eigenem Ermessen auf die Bestrafung der betroffenen Person verzichten. Es handelt sich damit nicht um einen Rechtfertigungsgrund.¹⁸⁰⁰ Die bereits getätigten Ausführungen legen nahe, dass es sich bei der Beachtung des Affekts erneut um ein Schuldmerkmal handelt.¹⁸⁰¹ Dennoch wurde in der gesetzgeberischen Umsetzung darauf verzichtet, die Beschimpfung nach Provokation als entschuldigend festzustellen. Als Rechtsfolge wurde lediglich die Strafbefreiung festgeschrieben.

Dementsprechend relevant ist die Frage, wie verfahrenstechnisch mit dem Vorliegen einer Provokation umzugehen ist. In Art. 177 Abs. 2 StGB ist ausschliesslich festgehalten, dass der Richter den Täter von Strafe befreien kann. Es bestehen allerdings einige Unklarheiten, in welchem Verfahrensstadium die Strafbefreiung wie zu berücksichtigen ist. Da die Provokation dem Wesen nach eher ein Schuldmerkmal darstellt, ergeben sich besondere Probleme.

(1) Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft

Wurde nach früherer Gesetzesordnung teilweise davon ausgegangen, dass nur der urteilende Richter für den Entscheid über die Strafbefreiung zuständig ist, ermöglicht Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO der Staatsanwaltschaft heute die Verfahrenseinstellung im Vorverfahren.¹⁸⁰² Demnach kann ein Verfahren eingestellt werden, wenn nach einer gesetzlichen Vorschrift auf Bestrafung verzichtet

¹⁷⁹⁸ Gleiches muss für Chat-Rooms gelten, SIX, 323 f.

¹⁷⁹⁹ StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 177 N 9; DONATSCH, SR III, 394; BSK StGB II-RIKLIN, Art. 177 N 19; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 177 N 7, sprechen von einem „Strafausschlussgrund“.

¹⁸⁰⁰ BGE 109 IV 39, E. 4b; CORBOZ, Volume I, Art. 177 N 36; DONATSCH, SR III, 394; MOSER, 107; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 177 N 6.

¹⁸⁰¹ Ebenso MOSER, 107, der von der „Zubilligung schuldildernder Umstände“ spricht.

¹⁸⁰² Botschaft StPO 2005, 1273; BSK StGB II-RIKLIN, Art. 177 N 22; vgl. auch BSK StPO I-FIOLKA/RIEDO, Art. 8 N 114; RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 319 N 2; anders zum alten Recht noch FLÜCKIGER, 47.

werden kann. Da Art. 177 Abs. 2 StGB diese Möglichkeit vorsieht, kann die Staatsanwaltschaft das Verfahren bei Vorliegen einer Provokation mit einer Einstellungsverfügung nach Art. 320 StPO beenden. Eine Verfahrenseinstellung durch die Polizei ist indes ausgeschlossen.¹⁸⁰³

Die absolute Formulierung der Vorschrift – „[d]ie Staatsanwaltschaft verfügt die [...] Einstellung des Verfahrens, wenn“ – könnte darauf schliessen lassen, dass die Einstellung beim Vorliegen einer Provokation zwingend erfolgen muss. Richtigerweise war es nicht im Sinne des Gesetzgebers, durch die prozessuale Norm materiell-strafrechtliche Bestimmungen zu derogieren.¹⁸⁰⁴ Die materiellen Voraussetzungen der Einstellung ergeben sich darum weiterhin aus den einschlägigen Gesetzesbestimmungen und nicht aus Art. 319 StPO.¹⁸⁰⁵ Die Staatsanwaltschaft verfügt über das in Art. 177 Abs. 2 StGB statuierte Ermessen. Nur wenn sie eine Strafbefreiung für berechtigt hält, hat sie das Verfahren einzustellen.¹⁸⁰⁶ Der diesbezügliche Entscheid enthält keine Bewertung der Schuldfrage,¹⁸⁰⁷ ist nach Eintritt der Rechtskraft jedoch gleich zu bewerten wie ein freisprechendes Urteil.¹⁸⁰⁸

Wenn Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO im Fall der Provokation nicht zur Einstellung des Verfahrens zwingt, kann man sich fragen, ob die Staatsanwaltschaft die Strafbefreiung in einem Strafbefehl anordnen kann. DAPHINOFF geht davon aus, dass dies möglich sein muss.¹⁸⁰⁹ Einzige diesbezüglich offenstehende Möglichkeit wäre, dass der Täter durch den Strafbefehl verurteilt wird, dann jedoch auf eine Bestrafung verzichtet wird.¹⁸¹⁰ Dem wird entgegengehalten, dass Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO explizit darauf verweist, dass das Verfahren bei Vorliegen eines Verfolgungsverzichts- beziehungsweise Strafbefreiungsgrunds

¹⁸⁰³ CORNU, ZStrR 2009, 415; BSK StPO I-FIOLKA/RIEDO, Art. 8 N 100; HENSLER, *forum-poenale* 2013, 45 f.; JOSITSCH, SJZ 2004, 3; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 68; StPO Kommentar-WOHLERS, Art. 8 N 6.

¹⁸⁰⁴ DAPHINOFF, 469 f.; BSK StPO II-GRÄDEL/HEINIGER, Art. 319 N 18; a.M. WENT, 192.

¹⁸⁰⁵ BSK StPO II-GRÄDEL/HEINIGER, Art. 319 N 18; StPO Kommentar-LANDSHUT/BOSSHARD, Art. 319 N 30; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 319 N 9; ebenfalls für einen nichtzwingenden Charakter von Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO DAPHINOFF, 469; a.A. WENT, 192.

¹⁸⁰⁶ Nach BSK StPO II-GRÄDEL/HEINIGER, Art. 319 N 19, bleibt es gänzlich im Ermessen der Staatsanwaltschaft, ob sie das Verfahren einstellen will oder nicht.

¹⁸⁰⁷ JOSITSCH, SJZ 2004, 9.

¹⁸⁰⁸ Art. 320 Abs. 4 StPO.

¹⁸⁰⁹ DAPHINOFF, 469 ff., der jedoch darauf hinweist, dass die Verfahrenseinstellung zu bevorzugen ist; ebenso BOMMER, *forum-poenale* 2008, 175 f.; vgl. auch CORNU, ZStrR 2009, 417.

¹⁸¹⁰ DAPHINOFF, 469 ff.

einzustellen ist. Die zuvor erwähnte absolute Formulierung derogiert zwar nicht die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Strafbefreiung, legt jedoch nahe, dass bei deren Anwendung durch die Staatsanwaltschaft nur die Verfahrenseinstellung möglich ist.¹⁸¹¹ Ein Freispruch mittels Strafbefehl ist in jedem Fall ausgeschlossen.¹⁸¹²

(2) Strafbefreiung durch das Gericht

Im Unterschied zum Vorgehen durch die Staatsanwaltschaft liefert die StPO keine Art. 319 Abs. 1 lit. e entsprechende Norm für die Verfahrenseinstellung durch das Gericht, wenn eine Strafbefreiung vorgesehen ist. Dies liegt grundsätzlich daran, dass die Kompetenz dazu bei der Staatsanwaltschaft und nicht beim Gericht liegen soll.¹⁸¹³ Es stellt sich jedoch die Frage, ob auch die fakultative Strafbefreiung nach Art. 177 Abs. 2 StGB von Art. 8 StPO erfasst ist und diese Norm dem Gericht die Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung einräumt.

Nach einer Lehrmeinung werden jegliche Strafbefreiungsmöglichkeiten strafprozessual vom Verzicht auf Strafverfolgung nach Art. 8 Abs. 1 StPO erfasst.¹⁸¹⁴ Dieser Artikel ist demnach auf Art. 177 Abs. 2 StGB anwendbar.¹⁸¹⁵ Die Gegenmeinung weist darauf hin, dass Art. 8 StPO nur vom Absehen von Strafverfolgung spricht. Demnach seien Normen, in welchen nur der Verzicht auf Strafe geregelt ist, nicht von dieser Regelung erfasst.¹⁸¹⁶ Nach letzterer Meinung kann ein Gericht das Verfahren bei Vorliegen eines Strafbefreiungsgrunds nicht einstellen. Es bleibt ihm bloss die Möglichkeit eines Schuldspruchs ohne Verhängung einer Strafe.¹⁸¹⁷

Folgt man der ersten Meinung, stellt sich dennoch die Frage, ob das Gericht gestützt auf Art. 8 Abs. 4 StPO zur Verfahrenseinstellung berechtigt ist, sofern ein Fall von Abs. 1 vorliegt. So heisst es im Wortlaut „Sie [Staatsanwaltschaft und Gerichte] verfügen in diesen Fällen, dass kein Verfahren eröffnet oder das

¹⁸¹¹ StPO Kommentar-LANDSHUT/BOSSHARD, Art. 319 N 30: „Eine Strafbefreiung kann in jedem Fall nur in der Form der Einstellungsverfügung erfolgen.“; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 319 N 9; WENT, 193.

¹⁸¹² Ein solcher Strafbefehl wäre nichtig; dazu DAPHINOFF, 471.

¹⁸¹³ Botschaft StPO 2005, 1272; vgl. auch SUMMERS, ZStrR 2010, 2.

¹⁸¹⁴ BSK StPO I-FIOLKA/RIEDO, Art. 8 N 6; andeutungsweise auch StPO Kommentar-WOHLERS, Art. 8 N 9; vgl. auch CR CPP-ROTH, Art. 8 N 17.

¹⁸¹⁵ BSK StPO I-FIOLKA/RIEDO, Art. 8 N 15.

¹⁸¹⁶ RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 8 N 6; WENT, 185.

¹⁸¹⁷ KILLIAS et al., 1008; RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 8 N 6.

laufende Verfahren eingestellt wird.“ Darin erblickt ein Teil der Lehre die Ermächtigung an das Gericht, das Verfahren einzustellen.¹⁸¹⁸ Dabei ist wiederum anzunehmen, dass der im materiellen Recht vorgesehene Ermessensspielraum erhalten bleibt.¹⁸¹⁹ Die gleiche Ansicht wird auch auf Art. 329 StPO gestützt. Ein Gericht hat nach Abs. 1 lit. c dieser Bestimmung insbesondere zu prüfen, ob Verfahrenshindernisse bestehen. Strafverzichtsründe nach Art. 8 StPO werden als solche gesehen und ihr Vorliegen wirkt der Fortführung des Strafverfahrens entgegen.¹⁸²⁰ Dementsprechend sei das Vorliegen eines Strafbefreiungsgrunds ein unüberwindbares Verfahrenshindernis, aufgrund dessen definitiv kein Urteil ergehen könne und das Verfahren einzustellen sei.¹⁸²¹

Eine andere Auffassung vertritt demgegenüber das Bundesgericht und ein Teil der Lehre. So wird aufgrund einer wörtlichen Auslegung – in Art. 8 Abs. 1 StPO wird nur vom Verzicht auf Strafverfolgung und nicht vom Verzicht auf Strafe gesprochen – angenommen, dass das Gericht nicht zur Einstellung berechtigt sei. Vielmehr habe ein Schuldspruch ohne Sanktionsfolge zu erfolgen.¹⁸²² Das Bundesgericht stellt dabei insbesondere darauf ab, dass die Einstellung des Verfahrens nach Art. 329 Abs. 4 StPO nicht möglich sei, da kein Fall vorliege, in welchem definitiv kein Urteil ergehen kann. Es sei ein Schuldspruch unter Verzicht auf Strafe möglich.¹⁸²³ Mit der Nennung der Gerichte in Art. 8 Abs. 4 StPO seien nur gerichtliche Beschwerdeinstanzen ge-

¹⁸¹⁸ BSK StPO I-FIOLKA/RIEDO, Art. 8 N 105; CR CPP-ROTH, Art. 8 N 8; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 8 N 13; StPO Kommentar-WOHLERS, Art. 8 N 9; vgl. auch WENT, 174 ff., der jedoch ausführt, dass diese Ermächtigung nur in Kombination mit Art. 329 Abs. 4 StPO hergeleitet werden kann; zumindest andeutungsweise ebenso CORNU, ZStrR 2009, 418.

¹⁸¹⁹ StPO Kommentar-WOHLERS, Art. 8 N 9; a.A. WENT, 192 f., der davon ausgeht, dass Art. 8 StPO die Strafbefreiungsgründe im materiellen Strafrecht soweit derogiert, dass die Einstellung zwingend erfolgen muss.

¹⁸²⁰ CR CPP-ROTH, Art. 8 N 8; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 329 N 15; SCHMID, Handbuch, 319; BSK StPO II-STEPHENSON/ZALUNARDO-WALSER, Art. 329 N 5; a.A. WENT, 186 f.

¹⁸²¹ Zur Einstellung bei unüberwindbaren Verfahrenshindernissen BSK StPO II-STEPHENSON/ZALUNARDO-WALSER, Art. 329 N 13.

¹⁸²² BGE 139 IV 220, E. 3.4; damit wurde die bisherige, in BGE 135 IV 27, E. 2.3 festgelegte Rechtsprechung bestätigt; vgl. RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 8 N 6; BSK StGB I-RIKLIN, Vor Art. 52-55 N 26; andeutungsweise ebenso für einen Schuldspruch ohne Bestrafung im Strafbefehl DAPHINOFF, 453.

¹⁸²³ BGE 139 IV 220, E. 3.4.5.

meint, die im Vorverfahren über eine Verfahrenseinstellung entscheiden müssen.¹⁸²⁴

Dieser Rechtsauffassung wurde schon vor der Einführung der StPO Kritik entgegengebracht. So kann ein gerichtlicher Schuldspruch nur ergehen, wenn eine ausführliche Hauptverhandlung durchgeführt wurde und die Schuldfrage restlos geklärt ist. Es wurde die Frage aufgeworfen, ob es wirklich dem gesetzgeberischen Willen entsprechen kann, dass vor Gericht immer eine umfassende Klärung erfolgen muss, während die Strafverfolgungsbehörden über die Kompetenz verfügen, das Verfahren einzustellen. Es kommt zu einer erheblichen Ungleichbehandlung im Vergleich zu beschuldigten Personen, bei denen sich die Untersuchungsbehörden zur Anklageerhebung entscheiden. Sie müssten in jedem Fall verurteilt werden, während das Verfahren bei anderen Personen im Vorverfahren eingestellt wird. Demnach sollte das Gericht die Möglichkeit haben, den Angeklagten unter Anwendung eines Strafbefreiungsgrunds bereits vor Durchführung eines Beweisverfahrens freizusprechen oder das Verfahren einzustellen.¹⁸²⁵ Gleiches ist für die Anwendung von Art. 8 StPO anzunehmen. Mit diesem Artikel sollte dem Opportunitätsprinzip stärkere Beachtung geschenkt und die Verfahrenseinstellung aus prozessökonomischen Gründen ermöglicht werden.¹⁸²⁶ Warum diese Möglichkeit nur den Untersuchungsbehörden, nicht aber dem Gericht zustehen soll, erscheint nicht einleuchtend. Auch aus diesem Grund ist die gerichtliche Verfahrenseinstellung zu befürworten. Schliesslich steht es dem Ziel der Entlastung der Gerichte entgegen, wenn sie jeweils eine zur Ausfällung des Schuldspruchs genügende Klärung der Tatumstände vornehmen müssen.¹⁸²⁷ Ausserdem ist die rechtskräftige Einstellungsverfügung gemäss Art. 320 Abs. 4 StPO einem freisprechenden Endentscheid gleichgestellt. Demnach ist es angebracht, auch vor Gericht eine Einstellung oder einen Freispruch zu erlassen. Eine Verurteilung ohne Bestrafung entspricht der Einstellung nicht.¹⁸²⁸

Gerade bei der Strafbefreiung nach Art. 177 Abs. 2 StGB erscheint ein Schuldspruch ohne Sanktionsfolge ohnehin als nicht sachgerecht. Der dabei beachtete

¹⁸²⁴ BGE 139 IV 220, E. 3.4.1; BSK StGB I-RIKLIN, Vor Art. 52-55 N 27.

¹⁸²⁵ JOSITSCH, SJZ 2004, 9; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 68; unklar SCHOENMAKERS, recht 2011, 30 f., welche die Schuldabklärung als „notwendige Bedingung“ sieht, aber dann dennoch eine Einstellung durch das Gericht als zulässig erachtet.

¹⁸²⁶ Botschaft StPO 2005, 1131; vgl. auch CORNU, ZStrR 2009, 394; SCHMID, Handbuch, 183 ff.; vgl. zum Verhältnis der Strafbefreiung und dem Opportunitätsprinzip auch JOSITSCH, SJZ 2004, 3; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 2003, 146 f.

¹⁸²⁷ BSK StPO I-FIOLKA/RIEDO, Art. 8 N 106 ff.

¹⁸²⁸ WIPRÄCHTIGER, ZStrR 2003, 169.

Affekt stellt ein Schuldmerkmal dar. Das Gericht stellt bei Erwiesenheit der Provokation grundsätzlich fest, dass dem Täter seine Tat aufgrund der Erregung, in welche er versetzt wurde, „nicht vorgeworfen“ werden kann. Wenn der Täter wegen einem Schuldmerkmal gänzlich von der Bestrafung befreit werden soll, so leuchtet es nicht ein, inwiefern seine Schuld nicht gänzlich entfallen und daher eine Verurteilung ermöglichen soll. Für einen Schuldspruch mit gleichzeitigem Absehen von einer Strafe muss ein Gericht feststellen, dass alle Voraussetzungen der Strafbarkeit vorliegen.¹⁸²⁹ Mit einer Verurteilung ohne Sanktion soll ein sozialetisches Werturteil manifestiert werden.¹⁸³⁰ Ein solches fehlt bei der Provokation gerade. Dementsprechend kann sie nicht in einem Schuldspruch resultieren und das Gericht hat das Verfahren in Anwendung von Art. 329 Abs. 4 StPO einzustellen oder aber den Täter freizusprechen.¹⁸³¹

Müsste im Hauptverfahren vor Gericht zwingend ein Schuldspruch ohne Sanktion erfolgen, würde der beachtete Affekt ein blosses Strafzumessungsmerkmal darstellen.¹⁸³² Wobei es nicht einleuchtend ist, inwiefern die Gemütsbewegung des Täters hier zu einer gänzlichen Strafbefreiung führen soll und an anderer Stelle bloss die Strafmilderung beziehungsweise -minderung möglich ist.¹⁸³³

bb) Gründe für die tatsächliche Anwendung der Strafbefreiung

Nach der Konzeption des Gesetzes liegt es im Ermessen des Richters – beziehungsweise gegebenenfalls des Staatsanwalts –, wann er beim Vorliegen einer unmittelbar auf eine Provokation erfolgten Beschimpfung von einer Strafbefreiung Gebrauch macht. Dieser Spielraum wird durch die strafprozessualen Regelungen, wie gerade aufgezeigt, nicht derogiert und es bleibt weiterhin eine Entscheidung des Richters beziehungsweise der Staatsanwaltschaft, ob

¹⁸²⁹ BOMMER, *forum* 2008, 175.

¹⁸³⁰ BSK StPO I-FIOLKA/RIEDO, Art. 8 N 106; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 2003, 169; vgl. dazu ausführlich FLÜCKIGER, 73 ff.

¹⁸³¹ Man kann hier immerhin anfügen, dass sich der Schuldspruch mit Verzicht auf Bestrafung im Resultat nur unwesentlich vom Freispruch unterscheidet, da ersterer nicht im Vorstrafenregister eingetragen wird (Art. 9 lit. b VOSTRA); vgl. dazu BSK StPO II-GRÄDEL/HEINIGER, Art. 319 N 18. An den dargelegten dogmatischen Vorbehalten und den Problemen in der Gleichbehandlung gegenüber Personen deren Verfahren eingestellt wird ändert dies allerdings nichts.

¹⁸³² Vgl. SUMMERS, ZStrR 2010, 2.

¹⁸³³ Dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. B.

eine Strafbefreiung nach Art. 177 Abs. 2 StGB angewendet wird. Dabei gibt es verschiedene Gründe, welche deren Anwendung nahelegen.

Unter Berücksichtigung der vorangehenden Ausführungen zur Beachtung des Affekts wird teilweise gefordert, dass insbesondere dann von einer Strafe abgesehen wird, wenn der Täter sich tatsächlich in einem Erregungszustand befunden hat.¹⁸³⁴ Zudem ist die Art der Provokation zu qualifizieren. Eine Strafbefreiung hat dann zu erfolgen, wenn diese in einem solchen Ausmass stattfand, dass auch ein anderer in der gleichen Situation in einen Erregungszustand geraten wäre.¹⁸³⁵ Nicht von einer Strafbefreiung profitieren kann eine impulsive Person, welche eine Provokation bereits in einem Verhalten erblickt, in welchem ein durchschnittlich besonnener Mensch keine Ungebührlichkeit sieht.¹⁸³⁶ Insgesamt hat der Richter sein Ermessen nach objektiven Kriterien anzuwenden.¹⁸³⁷

Diese Umschreibung zeigt, dass für die Ermessensausübung auf Überlegungen der Entschuldbarkeit, wie sie bei der Berücksichtigung des Affekts an anderer Stelle ebenfalls gebräuchlich sind, zurückgegriffen wird.¹⁸³⁸ Die Anwendung dieser Kriterien erscheint sachgerecht, da der Affekt damit gleich behandelt wird wie in anderem Kontext.

cc) *Strafmilderung statt Strafbefreiung*

Gestützt auf den Grundsatz ex maiore minus, kann die Provokation auch bloss als *Strafmilderung* angewendet werden, wenn sich ein Richter entscheidet, keine Strafbefreiung anzuordnen.¹⁸³⁹ In diesem Fall hat die durch die Provoka-

¹⁸³⁴ WALDER, ZStrR 1965, 51; z.B. verneint in OGer ZH, Beschluss vom 21.10.2014, UE130254, E. II. 4e.

¹⁸³⁵ WALDER, ZStrR 1965, 51; ähnlich CORBOZ, Volume I, Art. 177 N 34. Im österreichischen Recht wird für die Strafbefreiung nach § 115 Abs. 3 Ö-StGB eine allgemein begreifliche Entrüstung gefordert. Dafür ist dabei entsprechend zu § 76 Ö-StGB zu überprüfen, ob eine Durchschnittsperson an der Stelle des Täters auch empört gewesen wäre; vgl. dazu BIRKLBAUER/HILF/TIPOLD, § 79 N 18 f.; FABRIZY, § 115 N 6; SbgK-LAMBAUER, § 115 N 40 ff.; WK-RAMI, § 115 N 16.

¹⁸³⁶ MOSER, 108.

¹⁸³⁷ MOSER, 108.

¹⁸³⁸ Vgl. insbesondere die ausführliche Aufarbeitung der Entschuldbarkeit nach Art. 113 StGB vorne Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb).

¹⁸³⁹ KILLIAS et al., 1008; BSK StGB II-RIKLIN, Art. 177 N 21; vgl. auch DUPUIS et al., Art. 177 N 24; a.A. WENT, 193, bei dem dies jedoch vorwiegend daraus folgt, dass er das Absehen von einer Strafe in jedem Fall für zwingend erachtet. Nicht möglich erscheint eine Strafmilderung hingegen in Fällen, wo die Voraussetzungen für die Straf-

tion hervorgerufene Gemütsbewegung nicht schuldausschliessenden, sondern schuld-mildernden Charakter. Unter Umständen kann sich dabei auch direkt auf den Strafmilderungsgrund nach Art. 48 lit. c StGB gestützt werden.¹⁸⁴⁰ Zu beachten ist jedoch, dass die Voraussetzungen der Provokation weniger streng sind.¹⁸⁴¹

d) Gründe für die strafbefreiende Wirkung des Affekts bei der Beschimpfung

Wie schon zuvor angesprochen, wird mit der Beachtung des Affekts im Rahmen der Provokationsregelung von Art. 177 Abs. 2 StGB die schuldausschliessend beziehungsweise schuld-mildernde Wirkung der heftigen Gemütsbewegung aufgegriffen. Dieses dogmatisch grundsätzlich zum Allgemeinen Teil des Strafrechts gehörende Merkmal wurde aufgrund der grossen Bedeutung des Affekts bei Beschimpfungen in den Besonderen Teil verschoben.

Auffallend ist, dass die Beachtung des Affekts im vorliegenden Kontext über die bisher aufgezeigten Möglichkeiten hinausgeht.¹⁸⁴² So fehlen einerseits direkt normierte, einschränkende Merkmale wie die Entschuldbarkeit bei Art. 113 StGB. Ähnliche Überlegungen kommen allerdings im Rahmen der Ermessensausübung trotzdem zu tragen.¹⁸⁴³ Andererseits ist die Auswirkung weitergehend, indem ein Täter gänzlich von der Strafe befreit werden kann. Demgegenüber kommt der heftigen entschuldbaren Gemütsbewegung sonst bloss strafmildernde und -mindernde Wirkung zu. Einzig beim – praktisch nie anzunehmenden – Extremfall der affektbedingten Schuldunfähigkeit und beim Notwehrexzess im Affekt bleibt der Täter ebenfalls straflos.¹⁸⁴⁴

Die strafbefreiende Wirkung der Gemütslage des Täters bei der Beschimpfung dürfte sich zunächst aus dem geringfügigen Charakter des Delikts ergeben. So wird angenommen, dass sich ein durchschnittlich besonnener Mensch durch

befreiung noch nicht erfüllt sind; so CORNU, ZStrR 2009, 413 ff.; JOSITSCH, SJZ 2004, 9.

¹⁸⁴⁰ Vgl. dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. B. II. 3.

¹⁸⁴¹ So MOSER, 107 f., zum Verhältnis der Provokation zu Art. 64 Abs. 3 aStGB.

¹⁸⁴² Auch in Deutschland wird gegenüber der in § 199 StGB vorgesehenen Strafbefreiung Verwunderung geäussert; so etwa KLESCZEWSKI, 92 f.

¹⁸⁴³ Vgl. dazu vorne Zweiter Teil 2. Kap. B. II. 1. c) bb). Anders § 115 Abs. 3 Ö-StGB, welcher eine allgemein begreifliche Entrüstung fordert; vgl. dazu BIRKLBAUER/HILF/TIPOLD, § 79 N 18 f.; FABRIZY, § 115 N 6; SbgK-LAMBAUER, § 115 N 40 ff.; WK-RAMI, § 115 N 16.

¹⁸⁴⁴ Dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) dd) und Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. b) cc).

eine Provokation vielleicht zu einer vom Unrechtsgehalt her nicht so schwerwiegenden Beschimpfung hinreissen lassen kann, nicht jedoch zu einer anderen, schwereren Tat.¹⁸⁴⁵ Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass es sich lediglich um eine fakultative Strafbefreiung handelt. Es liegt also im Ermessen des Richters beziehungsweise der Staatsanwaltschaft, wann sie angewendet wird. Wie gezeigt wurde, ist nach objektiven Kriterien zu entscheiden, ob der Täter von einer Bestrafung befreit wird oder nicht. Dabei kommen insbesondere Überlegungen zur Qualität der Provokation zur Beachtung. So ist der Täter nur von Strafe zu befreien, wenn sich auch ein besonnener Durchschnittsmensch in der gleichen Weise durch das in Frage stehende Verhalten hätte provozieren lassen.¹⁸⁴⁶ Ähnlich ist auch die Auffassung, dass von einem Strafausschluss auszugehen ist, wenn eine verständliche Reaktion auf eine verwerfliche Provokation erfolgte.¹⁸⁴⁷

Soweit vor dem Hintergrund der strafbefreienden Wirkung teilweise eine zurückhaltende Anwendung von Art. 177 Abs. 2 StGB postuliert wird,¹⁸⁴⁸ ist zu erwidern, dass der Affekt bei der Beschimpfung zwar von der Konzeption her stärkere Beachtung finden kann, jedoch nicht muss. Die auf den ersten Blick fehlende Einschränkung der Affektbeachtung, wie sie bei der Strafmilderung sonst mit der Entschuldbarkeit angestrebt wird, kommt auch bei der Provokation zur Anwendung.

2. Retorsion (Art. 177 Abs. 3 StGB)

a) Voraussetzungen

Art. 177 Abs. 3 StGB ermöglicht es einem Richter, auf die Bestrafung zu verzichten, wenn die Beschimpfung unmittelbar mit einer ebensolchen oder einer Tötlichkeit erwidert wurde. Die Retorsion ist damit ein Spezialfall der Provokation.¹⁸⁴⁹

Die Strafbefreiung ist nicht nur auf die Beschimpfung, sondern auch auf eine Tötlichkeit nach Art. 126 StGB anwendbar. Selbst wenn eine solche nach einer zuvor erlittenen Beschimpfung erfolgt, kann der Täter von einer Strafe befreit werden. Gleichermassen kann eine Tötlichkeit Anlass zu einer Retorsion ge-

¹⁸⁴⁵ MOSER, 110; vgl. auch FLÜCKIGER, 51 f.; MAUSBACH, Jusletter vom 11. Juli 2016, 50.

¹⁸⁴⁶ Vgl. vorne Zweiter Teil 2. Kap. B. II. 1. c) aa).

¹⁸⁴⁷ CORBOZ, Volume I, Art. 177 N 34.

¹⁸⁴⁸ MOSER, 110.

¹⁸⁴⁹ MAUSBACH, Jusletter vom 11. Juli 2016, 51; BSK StGB II-RIKLIN, Art. 177 N 20; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 177 N 8.

ben.¹⁸⁵⁰ Notwendige Veranlassung für die Retorsion ist eine konkrete Tat. Ein allgemeines Verhalten des Gegenübers vermag kein Retorsionsrecht zu begründen. Dass sich dieses etwa „laut und aggressiv“ gebärdet und zu einer sich zuspitzenden Situation beigetragen hat, genügt nicht für eine Strafbefreiung nach Art. 177 Abs. 3 StGB.¹⁸⁵¹

Voraussetzung für die Anwendung der Retorsion ist ausserdem, dass beide Täter rechtswidrig und schuldhaft gehandelt haben.¹⁸⁵² Kann sich einer der beiden auf eine Notwehrsituation berufen, so muss dieser freigesprochen und der andere hingegen als alleiniger Angreifer verurteilt werden.¹⁸⁵³ Dies kann im Einzelfall jedoch zu stossenden Ergebnissen führen. Dementsprechend fordert SCHUBARTH, dass die verständliche Reaktion des schuldhaft handelnden Täters auch in einem solchen Fall nicht von der Möglichkeit der Strafbefreiung ausgeschlossen sein sollte.¹⁸⁵⁴

Keine Rolle spielt es, ob ein Strafantrag für die Reiztat gestellt wurde.¹⁸⁵⁵ Die Retorsion kann selbst dann zur Anwendung gelangen und der Täter von Strafe befreit werden, wenn ein solcher fehlt.

b) Berücksichtigung der Gemütslage des Täters

Bei der Retorsion kommt es ebenfalls zur Berücksichtigung von Affekten. So wird eine Person, welche durch eine Beschimpfung in eine heftige Gemütsbewegung versetzt wurde und den Beschimpfer daraufhin ohrfeigt, von einer Strafe befreit.¹⁸⁵⁶ Der Retorquent wurde durch die Ersttat gereizt; es liegt also eine ähnliche Situation wie bei der Provokation vor.¹⁸⁵⁷

¹⁸⁵⁰ BGE 72 IV 20, E. 2; BGer, Urteil vom 25. September 2014, 6B_324/2014, E. 1.3.2; CORBOZ, Volume I, Art. 177 N 35; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 177 N 13; DONATSCH, SR III, 395; DUPUIS et al., Art. 177 N 30; HURTADO POZO, Partie spéciale, 2136; BSK StGB II-RIKLIN, Art. 177 N 31; SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 177 N 27; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 79.

¹⁸⁵¹ BGer, Urteil vom 25. September 2014, 6B_324/2014, E. 1.3.2.

¹⁸⁵² MOSER, 115; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 80, mit Verweis auf HAFTER, BT I, 199 Fn. 5.

¹⁸⁵³ MOSER, 115 f.; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, AT I, § 11 N 80.

¹⁸⁵⁴ SCHUBARTH, Kommentar, Band III, Art 177 N 28.

¹⁸⁵⁵ OGer BE, Urteil vom 24. April 1945, ZBJV 1946, 308; BSK StGB II-RIKLIN, Art. 177 N 32; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 177 N 8.

¹⁸⁵⁶ Vgl. auch RYSER BÜSCHI, 233.

¹⁸⁵⁷ MOSER, 114.

Im Unterschied zu Art. 177 Abs. 2 StGB liegt der Hauptgrund der Strafbefreiung bei der Retorsion jedoch nicht bei der Gemütslage des Täters. Vielmehr geht es darum, dass sich die Streitenden schon an Ort und Stelle selbst Gerechtigkeit verschafft haben, sodass das öffentliche Interesse keine nochmalige Sühne verlangt.¹⁸⁵⁸ Dem Charakter nach handelt es sich bei der Retorsion also um ein Institut der Privatrache.¹⁸⁵⁹ Die Zulassung der Selbstjustiz in diesem Bereich ist historisch gewachsen. So hat sich die Retorsion als eigentliche Verteidigungshandlung entwickelt. Jemand der beschimpft wird, soll das Gegenüber auch der Lüge bezichtigen können. Später wurde die Unrechtmässigkeit der Retorsionshandlung anerkannt, die Retorsion wurde in der Folge zu einem Strafmilderungs- oder Strafausschliessungsgrund.¹⁸⁶⁰

c) Wirkung

Nach klarem Gesetzeswortlaut kann der Richter einen oder beide Täter von Strafe befreien.¹⁸⁶¹ Es handelt sich, wie bei der Provokation, um einen fakultativen Strafbefreiungs-¹⁸⁶² und nicht um einen Rechtfertigungsgrund.¹⁸⁶³ Im Unterschied dazu ist es indes keine Negierung der Schuldfrage.¹⁸⁶⁴ So liegt der Grund für die Strafbefreiung gerade nicht hauptsächlich im schuldausschliessenden Erregungszustand, sondern in der durch Selbstjustiz erreichten Wiederherstellung der Gerechtigkeit.

Bezüglich der strafprozessualen Behandlung gilt grundsätzlich das Gleiche, was zur Provokation ausgeführt wurde.¹⁸⁶⁵ Die Staatsanwaltschaft kann das Verfahren nach Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO einstellen. Strittig ist erneut, wie vor Gericht entschieden werden muss. Auch die Retorsion ist von Art. 8 Abs. 1 StPO erfasst.¹⁸⁶⁶ Daher sollte eine Verfahrenseinstellung durch das Gericht zulässig sein. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die über die Pro-

¹⁸⁵⁸ BGE 72 IV 20 E. 2; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 177 N 12; DONATSCH, SR III, 395; MOSER, 118; BSK StGB II-RIKLIN, Art. 177 N 29; vgl. auch TRECHSEL/NOLL, 6, die in der Möglichkeit der Retorsion ein Überbleibsel der berechtigten Rache sehen.

¹⁸⁵⁹ MOSER, 110.

¹⁸⁶⁰ Vgl. den historischen Überblick bei MOSER, 112 ff.

¹⁸⁶¹ CORBOZ, Volume I, Art. 177 N 35; BSK StGB II-RIKLIN, Art. 177 N 28; StGB-Praxis-kommentar-TRECHSEL/LIEBER, Art. 177 N 8.

¹⁸⁶² StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 177 N 14.

¹⁸⁶³ BGE 109 IV 39, E. 4b; CORBOZ, Volume I, Art. 177 N 36; DONATSCH, SR III, 394; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 177 N 6.

¹⁸⁶⁴ MOSER, 115.

¹⁸⁶⁵ Vgl. vorne Zweiter Teil 2. Kap. B. II. 1. c) aa).

¹⁸⁶⁶ So ausdrücklich BSK StPO II-GRÄDEL/HEINIGER, Art. 319 N 15.

zessökonomie und den Gleichbehandlungsgrundsatz hinausgehenden Gründe gegen den Schuldspruch ohne Sanktion bei der Retorsion nicht bestehen. So handelt es sich bei dieser gerade nicht um ein Schuldmerkmal. Vielmehr geht es hauptsächlich um eine Strafbefreiung aufgrund von prozessökonomischen Überlegungen: Ein unbedeutender Streit, bei dem sich die beteiligten Personen schon an Ort und Stelle Gerechtigkeit verschafft haben, soll die staatlichen Ressourcen nicht belasten. Dies spricht allerdings ebenfalls für die Zulassung einer gerichtlichen Verfahrenseinstellung, da ansonsten ein unter Umständen aufwändiges Verfahren durchgeführt werden muss, um die Verurteilung ohne Sanktionsfolge zu ermöglichen.

Sofern die Retorsion vom Richter nicht als Strafbefreiung gewertet wird, kann sie wie bei der Provokation bloss als Strafmilderungsgrund im Sinne von Art. 48 lit. b StGB zur Anwendung gelangen.¹⁸⁶⁷

C. Zwischenfazit zur Beachtung des Affekts im Besonderen Teil des StGB

Eine affektbedingte Einschränkung der Beherrschungsfähigkeit wird nicht nur im Allgemeinen Teil, sondern auch im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches berücksichtigt. Aus historischer Tradition wurde sie bei bestimmten Delikten in die Tatbestandsumschreibung aufgenommen. Im Vordergrund stehen dabei der Totschlag, die Kindesötung sowie die Provokation bei der Beschimpfung. Die genaue Handhabung variiert dabei je nach Tatbestand.

Die Affektberücksichtigung im Besonderen Teil nimmt die aus dem Allgemeinen Teil bekannte schuldmindernde Funktion einer heftigen Emotionalität auf. Der Hintergrund liegt in der Regel darin begründet, dass dem Täter die Einsicht in die Wirkungen seines Tuns beziehungsweise die besondere Schwere des von ihm verwirklichten Unrechts oder die Fähigkeit zur Selbstkontrolle fehlt.¹⁸⁶⁸

¹⁸⁶⁷ BSK StGB II-RIKLIN, Art. 177 N 21; vgl. dazu auch vorne Zweiter Teil 2. Kap. B. II. 1. c) cc).

¹⁸⁶⁸ So schon die Grundannahme für die Beachtung des Affekts im AT; vgl. dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. Auch in Deutschland wird der Affekt in verschiedenen Teilen des BT beachtet, dabei gilt die gleiche Grundthese. In einzelnen Fällen hat der Affekt jedoch auch strafbegründende oder -erhöhende Wirkung; dazu KLESZEWski, 58 ff.; vgl. auch BERNSMANN, NStZ 1989, 160.

Entsprechend zur Entschuldbarkeit bei der Notwehrüberschreitung im Affekt beziehungsweise zur Anwendung der *actio libera in causa* auf die heftige Gemütsbewegung bei der verminderten oder ausgeschlossenen Schuldfähigkeit wird auch im Rahmen des Besonderen Teils eine ethisch-normative Bewertung des Affekts vorgenommen. Beim Totschlag wird ebenfalls die Entschuldbarkeit der heftigen Gemütsbewegung gefordert und bei der Beschimpfung – wo eine solche Beurteilung auf den ersten Blick nicht stattzufinden scheint – entscheiden ähnliche Kriterien über die tatsächliche Anwendung der Strafbefreiung. Bei der Kindestötung wird hingegen an einen vermuteten Affekt angeknüpft, welcher auch nicht besonders bewertet werden muss. Diese Handhabung entspricht jedoch einer *ratio legis*, welche in der heutigen Zeit nicht mehr sachgemäss ist und der Tatbestand wird daher wohl in absehbarer Zeit zu Recht ersatzlos gestrichen.

Unterschiedlich ist der Wirkungsgrad des Affekts. Beim Totschlag führt die entschuldigte heftige Gemütsbewegung zu einer entscheidenden Herabsetzung von Mindest- und Höchststrafe, bei der Kindestötung ist diese Reduktion noch grösser und bei der Provokation kann der Affekt gar zur Straflosigkeit des Täters führen.

Seit der Einführung von Art. 48 lit. c StGB wäre die spezielle Handhabung des Affekts im Besonderen Teil grundsätzlich nicht mehr nötig, da die schuldmindernde Wirkung einer heftigen Gemütsbewegung bei jeder Tat strafmildernd und -mindernd wirken kann.¹⁸⁶⁹ In der Praxis findet der Gemütszustand des Täters allerdings fast ausschliesslich im Rahmen der besonderen Affekttatbestände Berücksichtigung. Hier zeigt sich eine deutliche Unterscheidung in der Beachtung des Affekts über die Regeln des Allgemeinen Teils und jene Delikte, welche eine besondere Emotionalität des Täters im Tatbestand aufnehmen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass auch diese Tatbestände nur sehr zurückhaltend angewendet werden.¹⁸⁷⁰ Wie bei der Berücksichtigung des Affekts

¹⁸⁶⁹ Zu Art. 48 lit. c StGB ausführlich vorne Zweiter Teil 1. Kap. B. II. 3. Zweiter Teil B. II. 3.

¹⁸⁷⁰ So wurden 2013, 2014 und 2015 jeweils bloss eine Verurteilung wegen Art. 113 StGB verzeichnet, während es 34, 19 und 18 Morde sowie 86, 108 und 75 vorsätzliche Tötungen gab; in früheren Jahren war die Zurückhaltung noch etwas kleiner; siehe BFS, Strafurteilsstatistik (Stand 30. April 2016); auch in Österreich wird beispielsweise eine restriktive Handhabung des Totschlags beschrieben; vgl. WK-MOOS, § 76 N 2; SbgK-VELTEN, § 76 N 57.

im Allgemeinen Teil dürften hier ebenfalls kriminalpolitische Überlegungen die starke Zurückhaltung bedingen.¹⁸⁷¹

Selbst wenn der Affekt von einem Tatbestand des Besonderen Teils umschrieben wird, ist entscheidend, wie festgestellt werden kann, ob der Täter bei der Tatbegehung unter dem Einfluss eines Affekts stand. Wenn nicht wie bei der Kindstötung ein vermuteter schuldildernder Affekt vorliegt, so muss die Gemütslage des Delinquenten im Verfahren retrospektiv festgestellt werden. Dabei wird verschiedentlich auf Indikatoren abgestellt, welche auf ein affektives Tatgeschehen hindeuten. Entsprechend zum Allgemeinen Teil ist jedoch auch bei einer Affektberücksichtigung im Rahmen des Besonderen Teils davon auszugehen, dass dafür grundsätzlich ein Gutachten einzuholen ist.¹⁸⁷²

¹⁸⁷¹ Vgl. dazu auch vorne Zweiter Teil 1. Kap. C.

¹⁸⁷² Dazu sogleich Zweiter Teil 3. Kap.

3. Kapitel: Gutachterliche Feststellung des Affekts

A. Begutachtung nach Art. 20 StGB

I. Verpflichtung zur Begutachtung bei erheblichen Zweifeln an der Schuldfähigkeit

Bestehen ernsthafte Zweifel an der Schuldfähigkeit eines Täters¹⁸⁷³, so hat die Untersuchungsbehörde oder das Gericht gemäss Art. 20 StGB eine sachverständige Begutachtung anzuordnen.¹⁸⁷⁴ Diese Bestimmung ist für Abklärungen zur Schuldfähigkeit massgebend. Andere Begutachtungen können nicht darauf abgestützt werden.¹⁸⁷⁵ Sie erfasst dementsprechend nur einen Ausschnitt aus dem Kreis aller psychiatrischen Gutachten im Strafverfahren.¹⁸⁷⁶

Art. 20 StGB ist die prozessrechtliche Spiegelung der Bestimmungen über die ausgeschlossene und verminderte Schuldfähigkeit und manifestiert eine Verpflichtung zur Anordnung eines Gutachtens.¹⁸⁷⁷ Es handelt sich um eine im StGB belassene prozessuale Norm, mit der im Bereich der zweifelhaften Schuldfähigkeit vermutet wird, dass Gerichte und Untersuchungsbehörden nicht über die notwendigen Kenntnisse verfügen, um den Sachverhalt zu beurteilen.¹⁸⁷⁸ Die Begutachtung ist unabhängig vom Willen des Täters anzuordnen.¹⁸⁷⁹

¹⁸⁷³ Die Verwendung des Begriffs „Täter“ in Art. 20 StGB ist ungeschickt, da diese Norm auch durch die Untersuchungsbehörden anzuwenden ist, während es sich erst um eine beschuldigte Person handelt; vgl. auch BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 4.

¹⁸⁷⁴ Die Norm ist eine sprachliche Neufassung von Art. 13 Abs. 1 aStGB, welche ihr inhaltlich jedoch im Wesentlichen entspricht; vgl. Botschaft StGB 1998, 2007; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 4.

¹⁸⁷⁵ BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 1.

¹⁸⁷⁶ BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 1.

¹⁸⁷⁷ BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 2; vgl. auch StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 20 N 1.

¹⁸⁷⁸ So die allgemeine Regelung der Begutachtung in Art. 182 StPO; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 2; vgl. auch DUBS, ZStrR 1989, 339 f.; HELFENSTEIN, 37.

¹⁸⁷⁹ StPO 251 Abs. 2 lit. b; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 20 N 1; vgl. jedoch BERTSCHI, ZStrR 1980, 356, der darauf hinweist, dass die Begutachtung eines unwilligen Probanden nicht sehr aussagekräftig erscheint; MAUSBACH, Jusletter vom 27. April 2015, 4.

Ein Gutachten hat nur dann zu ergehen, wenn das Gericht oder die Untersuchungsbehörde erhebliche Zweifel an der Schuldfähigkeit der beschuldigten Person hat. Dazu müssen objektive Anhaltspunkte vorliegen, welche die Schuldfähigkeit der betroffenen Person in Ungewissheit ziehen. Nicht vorausgesetzt ist, dass das Gericht tatsächlich Zweifel an der Schuldfähigkeit hat; es genügt, wenn es solche nach den Umständen des Einzelfalls haben sollte.¹⁸⁸⁰ Wann genau Letzteres gilt, lässt sich kaum abstrakt bestimmen.¹⁸⁸¹ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt allerdings einige Sachverhaltselemente erkennen, welche Anlass zu Zweifel ergeben können.¹⁸⁸² Dazu zählen einerseits in der Tat liegende Gegebenheiten – beispielsweise auffällige Begleiterecheinungen; andererseits sind auch vor der Tat liegende Faktoren zu beachten – so etwa die Lebensumstände und die Vorgeschichte des Täters.¹⁸⁸³

Die Zweifel können immer nur den biologisch-psychischen Zustand des Täters oder die Tatumstände betreffen, nicht jedoch den rechtlichen Schluss auf die Schuldfähigkeit.¹⁸⁸⁴ Die blosse Möglichkeit, dass eine Straftat psychische Ursachen haben könnte, genügt nicht um eine Begutachtungspflicht zu begründen.¹⁸⁸⁵ Die Tatsachen, welche die Zweifel an der Schuldfähigkeit hervorrufen, müssen nicht bewiesen werden. Es reicht aus, wenn wesentliche Anhaltspunkte für eine derartige Situation vorliegen.¹⁸⁸⁶

Das Bundesgericht fasst die massgebenden Umstände folgendermassen zusammen: „Die Notwendigkeit, einen Sachverständigen zuzuziehen, ist [...]

¹⁸⁸⁰ BGE 133 IV 145, E. 3.3; 132 IV 29, E. 5.1; 119 IV 120, E. 2a; 116 IV 273, E. 4a; 106 IV 241, E. 1a; BGer, Urteil vom 21. April 2015, 6B_132/2015, E. 3.5.2; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 9; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 20 N 1; DONATSCH/TAG, 278; DUPUIS et al., Art. 20 N 5; HELFENSTEIN, 38; KELLER, ZStrR 1980, 369; MAIER/MÖLLER, 95; SCHMID, Diss., 456; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 20 N 1; CR CP I-STRÄULI, Art. 20 N 8; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 202.

¹⁸⁸¹ BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 10; SCHMID, Diss., 458; vgl. auch BERTSCHI, ZStrR 1980, 354; DITTMANN/GRAF, Aspekte, 692; ERNST, ZStrR 1979, 58 f.; HARDER, SJZ 1973, 374 f.; KELLER, ZStrR 1980, 370.

¹⁸⁸² BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 10; MAIER/MÖLLER, 96 ff.; SCHMID, Diss., 458; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 29; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 20 N 1; CR CP I-STRÄULI, Art. 20 N 11 ff.; vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung etwa BGE 133 IV 145, E. 3.3; 132 IV 29, E. 5.1; 118 IV 6, E. 2; 116 IV 273, E. 4a; 106 IV 241, E. 2; 98 IV 156; dazu auch KELLER, ZStrR 1980, 370 f.

¹⁸⁸³ BGE 116 IV 273, E. 4a; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 11 ff. mit Hinweisen auf diverse Bundesgerichtsentscheide.

¹⁸⁸⁴ MAIER/MÖLLER, 93; SPIRIG, ZSR I/1990, 416.

¹⁸⁸⁵ DITTMANN/GRAF, Forensische Psychiatrie, 463; SCHMID, Diss., 456.

¹⁸⁸⁶ HELFENSTEIN, 39.

erst dann gegeben, wenn Anzeichen vorliegen, die geeignet sind, Zweifel hinsichtlich der vollen Schuldfähigkeit zu erwecken, wie etwa ein Widerspruch zwischen Tat und Täterpersönlichkeit oder völlig unübliches Verhalten; ein Sachverständiger ist ferner beizuziehen, wenn sich aus einem bei den Akten befindlichen Strafregisterauszug ergibt, dass ein Angeklagter in einem früheren Verfahren für vermindert schuldfähig erklärt wurde, wenn er in ärztlicher Behandlung stand oder steht, wenn die Schuldfähigkeit eines Epileptikers, eines geistig Zurückgebliebenen, eines Schwachsinnigen oder eines Hirngeschädigten zu beurteilen ist, bei altersbedingtem psychischen Abbau dann, wenn die Tatausführung auffällige Eigenheiten zeigt oder die Tat mit der bisherigen Lebensführung unvereinbar erscheint; Gleiches kann, je nach den Umständen, bei wiederholten Sittlichkeitsdelikten oder bei einer erstmals nach dem Klimakterium auftretenden Kriminalität gelten, wenn die Schuldfähigkeit durch Affektzustände beeinträchtigt sein kann oder wenn der Angeklagte seelische Abartigkeiten zeigt oder wenn in seiner bisherigen Lebensführung oder bei der seiner Angehörigen besondere Auffälligkeiten, etwa mehrere Selbstmordversuche, aufgetreten sind.¹⁸⁸⁷

Da nicht jede geringfügige Herabsetzung der Beherrschungsfähigkeit zur Annahme der verminderten Schuldfähigkeit führt, ist auch nicht jegliche minimale Erschwerung der Selbstkontrolle geeignet, ernsthafte Zweifel im Sinne von Art. 20 StGB zu begründen. Es müssen vielmehr Umstände vorliegen, welche auf eine Geistesverfassung der betreffenden Person zum Tatzeitpunkt hinweisen, die nach Art und Grad massgebend von einer Durchschnittsperson abweicht.¹⁸⁸⁸ In der Praxis wird allerdings häufig nicht dieser individuelle Ansatz verfolgt. Vielmehr hängt die Einholung eines Schuldfähigkeitsgutachtens entscheidend von der Schwere des Anlassdelikts ab.¹⁸⁸⁹ Dies entspricht nicht der geltenden Dogmatik; das Schuldprinzip verlangt eine schuldangemessene Bestrafung unabhängig vom Schweregrad des Delikts. Dementsprechend sollte sich die Notwendigkeit der Begutachtung richtigerweise aus einer psycho-

¹⁸⁸⁷ BGE 116 IV 273, E. 4a; ähnlich BGE 133 IV 145, E. 3.3; BGer, Urteil vom 21. April 2015, 6B_132/2015, E. 3.5.2; Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, E. 3.3; Urteil vom 17. Juli 2008, 6B_289/2008, 6B_290/2008/sst, E. 8; vgl. auch BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 14; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 20 N 2.

¹⁸⁸⁸ BGer, Urteil vom 21. April 2015, 6B_132/2015, E. 3.5.2; Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, E. 3.3; Urteil vom 9. Oktober 2009, 6B_579/2009, E. 2.3; vgl. auch BGer, Urteil vom 17. Juli 2008, 6B_289/2008, 6B_290/2008/sst, E. 8; DITTMANN/GRAF, Forensische Psychiatrie, 464; SCHMID, Diss., 456, 462 f.; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 203.

¹⁸⁸⁹ DITTMANN/GRAF, Forensische Psychiatrie, 463; SCHMID, Diss., 462 f. m.w.H.

pathologischen Auffälligkeit des Straftäters, der Art des Delikts sowie dem gesamten Tathergang ergeben.¹⁸⁹⁰

Liegen erhebliche Zweifel an der Schuldfähigkeit des Täters vor oder muss aufgrund der Umstände von solchen ausgegangen werden, ist das Gericht verpflichtet, eine Begutachtung anzuordnen. Es darf sich insbesondere nicht einfach selbständig über diese Zweifel hinwegsetzen oder eigenständig die entsprechende Fachliteratur beiziehen.¹⁸⁹¹ Insoweit besteht ein bundesrechtlicher Anspruch auf Begutachtung.¹⁸⁹²

Nach BOMMER ist der Wortlaut von Art. 20 StGB zu weit gefasst. Er geht davon aus, dass es bei dieser Bestimmung nicht um die Frage der Abklärung der Schuldfähigkeit als solche, sondern nur um deren Ausschluss oder deren Verminderung „infolge einer schweren psychischen Störung“ geht.¹⁸⁹³ Da die Schuldfähigkeit jedoch auch durch nicht krankhafte Elemente – insbesondere durch Affekte – beeinträchtigt sein kann, überzeugt diese Forderung im Hinblick auf den klaren Wortlaut von Art. 20 StGB nicht.¹⁸⁹⁴

II. Ausnahmen der Begutachtungspflicht

Ist von vornherein klar, dass die Berücksichtigung einer allfälligen Schuldunfähigkeit aufgrund einer *actio libera in causa* ausgeschlossen ist, so besteht keine Verpflichtung des Gerichts nach Art. 20 StGB.¹⁸⁹⁵

Aufgrund der bundesgerichtlichen Praxis sind überdies weitere Gründe anerkannt, bei denen auf eine Begutachtung verzichtet werden kann:

- Das Gericht kann auf ein bereits vorhandenes Gutachten abstellen, sofern sich die Verhältnisse – insbesondere die psychische Verfassung

¹⁸⁹⁰ Vgl. auch SCHMID, Diss., 461.

¹⁸⁹¹ BGE 119 IV 120, E. 2a; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 8; DITTMANN/GRAF, Aspekte, 692; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 20 N 3; FORNI, ZStrR 2004, 221; SCHMID, Diss., 457; CR CP I-STRÄULI, Art. 20 N 26; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 20 N 1; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 203.

¹⁸⁹² BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 9.

¹⁸⁹³ BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 4; vgl. auch DITTMANN/GRAF, Forensische Psychiatrie, 464; SCHMID, Diss., 436 ff.

¹⁸⁹⁴ Vgl. zur Streitigkeit über die Gründe für die Schuldunfähigkeit vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) aa) sowie Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) cc) (2) für die Einordnung des Affekts.

¹⁸⁹⁵ BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 15; DUPUIS et al., Art. 20 N 6; vgl. zur *actio libera in causa* vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 5. a).

der beschuldigten Person – seit dessen Erstellung nicht verändert haben.¹⁸⁹⁶ Dabei ist zu beachten, dass sich die Schuldfähigkeit nur relativ zur Tat feststellen lässt. Dementsprechend muss sich das frühere Gutachten auf eine eindeutig vergleichbare Situation beziehen.¹⁸⁹⁷ Je älter es ist, desto eher ist davon auszugehen, dass es nicht geeignet ist, die Zweifel an der Schuldfähigkeit des Täters zu beseitigen.¹⁸⁹⁸

- Es kann ein Privatgutachten oder ein anderes ausserstrafprozessuales Gutachten beigezogen werden, sofern sich dieses über die relevanten Fragen der Schuldfähigkeit äussert.¹⁸⁹⁹ Die Entscheidung, ob ein Parteigutachten genügt, liegt im Ermessen des Gerichts.¹⁹⁰⁰

¹⁸⁹⁶ BGE 128 IV 241, E. 3.4; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 16 f.; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 20 N 4; DUPUIS et al., Art. 20 N 7; MAIER/MÖLLER, 98; SCHMID, Diss., 460; SPIRIG, ZSR I/1990, 416; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 29; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 20 N 1; CR CP I-STRÄULI, Art. 20 N 18 ff.; kritisch gegen ältere Gutachten WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 218 f.

¹⁸⁹⁷ SCHMID, Diss., 460; vgl. auch WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 218.

¹⁸⁹⁸ BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 17; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 29; CR CP I-STRÄULI, Art. 20 N 22. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass kein allgemeines Verfallsdatum anzunehmen ist; vgl. BGer, Urteil vom 19. Juni 2014, 6B_748/2013, E. 13.2; WEISSENBERGER, ZBJV 1998, 726 f.; WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 321.

¹⁸⁹⁹ BGE 113 IV 1, E. 2; 72 IV 59, E. 3; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 18 f.; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 15; DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 18; GARBIEC, Jusletter vom 10. August 2015, 10; MAIER/MÖLLER, 98; PEDRAZZI, Jusletter vom 25. August 2014, 40 ff. m.w.H.; SCHMID, Diss., 461; SPIRIG, ZSR I/1990, 416; CR CP I-STRÄULI, Art. 20 N 23.

Die Zulässigkeit der alleinigen Abstellung auf reine Privatgutachten ist jedoch kritisch zu beurteilen; das BGer scheint Privatgutachten solche als Grundlage der Schuldfähigkeit auszuschliessen. Ein Privatgutachten könne nur darlegen, dass ein amtliches Gutachten nicht schlüssig oder mangelhaft ist; so BGer, Urteil vom 8. April 2015, 6B_884/2014, E. 3.4.4; Urteil vom 4. November 2014, 6B_619/2014, E. 1.4; Urteil vom 6. Mai 2014, 6B_829/2013, E. 4.1; Urteil vom 27. Januar 2014, 6B_215/2013, E. 1.2. Bereits in BGer, Urteil vom 9. Februar 2007, 6P.223/2006, 6S.511/2006, E. 2.4.3, wurde angedeutet, dass das alleinige Abstellen auf Privatgutachten, welche als Parteivorbringen gelten, als willkürlich erachtet werden kann. Im konkreten Fall wurde die Frage jedoch offen gelassen; vgl. auch BGer, Urteil vom 11. Februar 1999, 6P.158/1998, E. 3b; CR CP I-STRÄULI, Art. 20 N 24 f.; kritisch gegen diese Ausnahmeregel BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 10; ausführlich zu Privatgutachten GARBIEC, Jusletter vom 10. August 2015, 1 ff.

¹⁹⁰⁰ BGE 113 IV 1, E. 2; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 20 N 3; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 20 N 5.

- Hat das Gericht keine Zweifel, dass die Schuldfähigkeit ausgeschlossen ist, kann es ebenfalls auf ein Gutachten verzichten.¹⁹⁰¹ Dies gilt gemäss einem Entscheid des Bundesgerichts selbst bei zweifelsfreier verminderter Schuldfähigkeit.¹⁹⁰² Dem ist allerdings nicht zu folgen. Eine verminderte Schuldfähigkeit begründet klarerweise ernsthafte Zweifel an der Schuldfähigkeit der beschuldigten Person.¹⁹⁰³ So geht auch das Bundesgericht davon aus, dass nicht ohne Beizug eines Gutachtens auf eine eingeschränkte Schuldfähigkeit erkannt werden darf.¹⁹⁰⁴
- Eine Begutachtung muss nicht angeordnet werden, wenn sie den Erkenntnisstand über die Schuldfähigkeit des Beschuldigten nicht verbessern kann. Dies gilt etwa für die Alkoholisierung. Wenn die Blutalkoholkonzentration bereits feststeht und dem Sachverständigen keine weiteren Indizien zur Verfügung stehen, kann auf ein Gutachten verzichtet werden.¹⁹⁰⁵ Gleiches gilt, wenn es sich um eine bloss vorübergehende Bewusstseinsstörung handelt und die Fachkenntnisse des Experten dem Richter offensichtlich keine zusätzlichen Erkenntnisse bringen können.¹⁹⁰⁶
- Aus Mangel an geeigneten Gutachtern beziehungsweise deren Überlastung wird in der Praxis teilweise bei Bagatellfällen auf eine Begutachtung verzichtet, selbst wenn eindeutige Zweifel an der Schuldfä-

¹⁹⁰¹ BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 20; MAIER/MÖLLER, 98; SPIRIG, ZSR I/1990, 416; a.M. HARDER, SJZ 1973, 374; SCHMID, Diss., 457 Fn. 457, der dies damit begründet, dass Schuldfähigkeitsgutachten i.d.R. mit Gutachten zur Sanktionsindikation verbunden werden.

¹⁹⁰² BGer, Urteil vom 7. Mai 2002, 6S.17/2002, E. 1c/cc.

¹⁹⁰³ Ebenso BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 20.

¹⁹⁰⁴ BGE 119 IV 120, E. 2d; mit diesem Entscheid werden die unklaren Hinweise in BGE 106 IV 241, E. 2b und BGE 117 IV 292, E. 2d klargestellt; vgl. auch BGE 106 IV 241, E. 1b; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 21; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/ JEAN-RICHARD, Art. 20 N 1. Unter Umständen kann indes die Beschwerde fehlen, um eine Verletzung von Art. 20 StGB vorzubringen, nämlich dann, wenn Art. 19 StGB im von der Verteidigung beantragten Umfang berücksichtigt wurde; BGE 106 IV 241, E. 1b; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/ JEAN-RICHARD, Art. 20 N 1.

¹⁹⁰⁵ BGE 119 IV 120, E. 2b; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 22; DONATSCH/TAG, 278; DUPUIS et al., Art. 20 N 8; MAIER/MÖLLER, 98; REHBERG, recht 1996, 85; SCHMID, Diss., 460 f.; CR CP I-STRÄULI, Art. 20 N 29 f.

¹⁹⁰⁶ DONATSCH/TAG, 278; MAIER/MÖLLER, 98.

higkeit bestehen.¹⁹⁰⁷ Diese Auslegung hat indes keine Grundlage im Gesetz und ist abzulehnen, weil ein Gericht ohne sachverständige Feststellung nicht ohne Weiteres von einer verminderten Schuldfähigkeit ausgehen darf.¹⁹⁰⁸ Ansonsten müsste gefordert werden, dass bei Verzicht auf eine Begutachtung wegen der Zweifel konsequenterweise zugunsten des Täters von einer zumindest verminderten Schuldfähigkeit auszugehen ist.¹⁹⁰⁹

B. Begutachtung nach Art. 182 StPO

I. Voraussetzungen einer Begutachtung nach Art. 182 StPO ff.

Während Art. 20 StGB nur die Verpflichtung zur Erstellung eines Gutachtens bei ernsthaften Zweifeln über die Schuldfähigkeit des Täters betrifft, ist in Art. 182 StPO eine allgemeinere Verpflichtung enthalten. Das Gericht oder die Staatsanwaltschaft hat demnach eine sachverständige Person beizuziehen, wenn es respektive sie nicht über die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, die zur Feststellung oder Beurteilung eines Sachverhalts erforderlich sind. Damit soll dem Richter beziehungsweise der Staatsanwaltschaft das nötige Fachwissen zugeführt werden, um den massgebenden Sachverhalt abzuklären und eine sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen.¹⁹¹⁰

Für die Einholung eines Gutachtens ist entscheidend, ob der betreffende Fall nach objektiven Kriterien beurteilt besonderer Fachkenntnisse bedarf. Es kommt auch bei Art. 182 StPO indes nicht vorwiegend darauf an, ob die zuständige Behörde tatsächlich nicht über das nötige Fachwissen verfügt. Ein Gutachten ist einzuholen, wenn ein solches aufgrund der Umstände angezeigt erscheint.¹⁹¹¹ Unzulässig ist es, wenn sich die Staatsanwaltschaft oder das Ge-

¹⁹⁰⁷ BERTSCHI, ZStrR 1980, 354 f.; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 23; MAIER/MÖLLER, 98; WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 322 f.; vgl. auch SCHMID, Diss., 461.

¹⁹⁰⁸ BOMMER, Art. 20 N 23; vgl. auch BERTSCHI, ZStrR 1980, 355, welcher den Verzicht zwar für nicht gesetzeskonform hält, ihn aber dennoch unter gewissen Umständen befürwortet.

¹⁹⁰⁹ SCHMID, Diss., 461; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 219.

¹⁹¹⁰ DONATSCH/ZUBERBÜHLER, FS-Riklin, 337 f.

¹⁹¹¹ StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 26; DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 12; BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 8; RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 182 N 3; CR CPP-VUILLE, Art. 182 N 25.

richt Kenntnisse oder Fertigkeiten zutraut, die man nach allgemeiner Lebenserfahrung nur durch eine spezielle Fachausbildung erwerben kann.¹⁹¹² Dementsprechend kann etwa nicht auf ein Gutachten verzichtet werden, wenn der Richter wegen Befunden in früheren Prozessen grundsätzlich nicht auf zusätzliches Fachwissen angewiesen wäre.¹⁹¹³ Ebenfalls unzulässig ist es, wenn auf den Beizug eines Sachverständigen verzichtet wird, weil sich die Strafbehörde die nötigen Spezialkenntnisse erst im Hinblick auf das konkrete Verfahren angeeignet hat.¹⁹¹⁴ Auch privates Fachwissen der beurteilenden Behörde ist für die Frage der Bestellungspflicht eines Gutachters nicht relevant.¹⁹¹⁵

Fehlt dem Gericht oder der Staatsanwaltschaft das nötige Fachwissen, so ergibt sich eine Pflicht, dieses durch die Erteilung eines Gutachtauftrags einzuholen.¹⁹¹⁶ Die zwingende Natur des Beizugs erfordert, dass dieser von Amtes wegen und nicht nur auf Antrag einer Partei erfolgt.¹⁹¹⁷ Die Ausnahmen von dieser Pflicht entsprechen sinngemäss denjenigen bei Art. 20 StGB.¹⁹¹⁸ Sind die gesetzlichen Vorgaben für die notwendige Beauftragung eines Sachverständigen nicht gegeben, kann der Richter nicht trotzdem ein Gutachten veranlassen.¹⁹¹⁹

¹⁹¹² StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 26; BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 8; vgl. auch DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 12; PITTELOUD, 412.

¹⁹¹³ SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 182 N 4, für den Zivilprozess anders SPÜHLER, FS-Schmid, 714.

¹⁹¹⁴ StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 26. Dies gilt entsprechend der Anforderung nach Art. 20 StGB, wonach der Richter nicht eigenständig die forensische Fachliteratur beiziehen soll.

¹⁹¹⁵ BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 9.

¹⁹¹⁶ StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 28; DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 13; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 1323; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 182 N 3; SCHMID, Handbuch, 934; vgl. auch DONATSCH/ZUBERBÜHLER, FS-Riklin, 338, welche darauf hinweisen, dass sich die Pflicht auch bereits aus dem Untersuchungsgrundsatz bzw. der Instruktionsmaxime ergibt; ebenso DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 5; HELFENSTEIN, 25 ff.; SPÜHLER, FS-Schmid, 720.

¹⁹¹⁷ StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 29; DONATSCH/ZUBERBÜHLER, FS-Riklin, 339.

¹⁹¹⁸ StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 30; BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 15 ff.; vgl. auch DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 15; CR CPP-VUILLE, Art. 182 N 28; siehe zu den Ausnahmen bei Art. 20 StGB vorne Zweiter Teil 3. Kap. A. II.

¹⁹¹⁹ DONATSCH/ZUBERBÜHLER, FS-Riklin, 339.

II. Anwendungsfälle

Für den Sachverständigen geht es darum, sein besonderes Fachwissen zu vermitteln. Er gibt sein Erfahrungswissen weiter; er macht beispielsweise Angaben zur medizinisch korrekten ärztlichen Behandlung. Auch möglich ist die Aufforderung, Tatsachen festzustellen, beispielsweise ob die am Tatort festgestellten Wollfasern einem bestimmten Kleidungsstück des Beschuldigten entspringen.¹⁹²⁰ Als Sachverständige können insbesondere Psychiater, Psychologen, Physiker, Experten der Buchhaltung, Techniker sowie Waffenexperten beigezogen werden.¹⁹²¹ Es können geistes- und naturwissenschaftliche Gutachten in Auftrag gegeben werden.¹⁹²²

Die häufigsten Gutachten im Strafprozess sind rechtsmedizinische¹⁹²³ und kriminaltechnische¹⁹²⁴.¹⁹²⁵ In Wirtschaftsstraffällen werden häufig finanztechnische Untersuchungen in Auftrag gegeben.¹⁹²⁶

Das Sachverständigengutachten wird immer genau für den Bereich des Strafverfahrens beigezogen, für welches dem Richter das nötige Fachwissen fehlt. Eine Begutachtung kann etwa erfolgen, wenn bezüglich der Feststellung des Sachverhalts oder der Strafzumessungsschuld nach Art. 47 StGB¹⁹²⁷ Unklarheiten bestehen und der Richter für deren Beseitigung auf fremde Kenntnisse zurückgreifen muss¹⁹²⁸ – beispielsweise bei unklaren oder auffälligen Beweggründen des Täters.¹⁹²⁹

Insgesamt kommen Gutachten in verschiedenen Bereichen – also nicht nur bei der Feststellung der Schuldfähigkeit – eine erhebliche Bedeutung zu, was insbesondere auf der Entwicklung in den wissenschaftlichen und technischen

¹⁹²⁰ Beispiele nach StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 3.

¹⁹²¹ ARMBRUSTER/VERGÈRES, 279; RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 182 N 1; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 518; Textausgabe StPO-SOLLBERGER, 175; CR CPP-VUILLE, Art. 182 N 2; vgl. auch HELFENSTEIN, 1; PIQUEREZ/MACALUSO, 1105; PITTELOU, 412; SCHMID, Handbuch, 930.

¹⁹²² RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 521, 1466 ff. mit Fallbeispielen.

¹⁹²³ Todesursache, Gutachten über medizinische Behandlungsfehler, Erstellung von DNA-Profilen usw. Auch die psychiatrischen Gutachten werden zu dieser Art gezählt; vgl. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 522, 1588 ff., für weitere Beispiele.

¹⁹²⁴ Fingerabdruck-Analysen, Schriftgutachten, ballistische Gutachten, Gutachten zu Brandursachen usw.

¹⁹²⁵ RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 522; vgl. auch BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 2.

¹⁹²⁶ RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 522.

¹⁹²⁷ Vgl. dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. B. III. 1.

¹⁹²⁸ SCHMID, Diss., 458.

¹⁹²⁹ SCHMID, Diss., 459.

Disziplinen beruht. So werden die vom Gericht zu beurteilenden Sachverhalte immer komplexer und gleichzeitig wird verlangt, dass die nötige Sachkunde im Verfahren berücksichtigt wird.¹⁹³⁰ Dies führt dazu, dass die Anzahl an eingeholten Gutachten in den letzten Jahren massiv gestiegen ist.¹⁹³¹

III. Privatgutachten

Obwohl es in der StPO nicht ausdrücklich geregelt wird,¹⁹³² ist es für jede Partei grundsätzlich möglich, ein Privatgutachten zu den gleichen Umständen vorzulegen, wie sie vom Richter beantragt werden können.¹⁹³³ Ein solches Gutachten liegt immer dann vor, wenn der Sachverständige nicht vom Gericht oder einer anderen hoheitlichen Behörde, sondern von einer Partei beauftragt und in der Regel auch bezahlt wird.¹⁹³⁴ Umstritten ist, ob es als eigentliches Beweisstück¹⁹³⁵ oder lediglich als Parteivorbringen zu beachten ist.¹⁹³⁶ Da derartige Gutachten in der Regel nur eingereicht werden, wenn es für den Auftraggeber günstig lautet, werden sie in der Praxis im Vergleich zu den amtlichen Gutachten zurückhaltender gewürdigt.¹⁹³⁷ Es darf ihm jedoch nicht schon

¹⁹³⁰ ANTOGNINI, Jusletter vom 6. Juni 2011, 1; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 11; DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 9; BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 1; PIQUEREZ/MACALUSO, 1104; Textausgabe StPO-SOLLBERGER, 174; CR CPP-VUILLE, Art. 182 N 8; vgl. auch ARMBRUSTER/VERGÈRES, 280; PITTELOU, 412.

¹⁹³¹ BRUNNER, Verlässlichkeit, 303; SACHS, 294 f.

¹⁹³² DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 164; GARBIEC, Jusletter vom 10. August 2015, 8; PEDRAZZI, Jusletter vom 25. August 2014, 19; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 182 N 7; CR CPP-VUILLE, Art. 182 N 18.

¹⁹³³ DONATSCH, FS-KassGer, 369; GARBIEC, Jusletter vom 10. August 2015, 8 ff.; PIETH, Strafprozessrecht, 214; SCHMID, Handbuch, 952.

¹⁹³⁴ BETTEX, 14; MAIER/MÖLLER, 50.

¹⁹³⁵ SCHMID, Praxiskomm, 182 N 12; vgl. auch PEDRAZZI, Jusletter vom 25. August 2014, 15.

¹⁹³⁶ So die h.L. BGE 132 III 83; 97 I 320, E. 3; 95 II 364, E. 2; BGer, Urteil vom 12. Juli 2012, 6B_715, E. 4.3.1; DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 16; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 15; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 164 f.; BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 10, Art. 189 N 6; HELFENSTEIN, 257; MAIER/MÖLLER, 238; MARQUES LOPES, Jusletter vom 6. Januar 2014, 6; PIQUEREZ/MACALUSO, 1102; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 182 N 7; CR CPP-VUILLE, Art. 182 N 18; WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 322; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 220; andeutungsweise ebenso BGE 127 I 73, E. 3f/bb; DONATSCH, FS-KassGer, 371; vgl. auch SPÜHLER, FS-Schmid, 715.

¹⁹³⁷ StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 15; DONATSCH, FS-KassGer, 373.

alleine wegen dem Auftragsverhältnis jeglicher Beweiswert abgesprochen werden.¹⁹³⁸

Klar ist, dass das Gericht aufgrund des Anspruchs auf rechtliches Gehör¹⁹³⁹ vom Inhalt des Privatgutachtens Kenntnis nehmen und sich damit auseinandersetzen muss. Es gilt allerdings wie bei den behördlich bestellten Expertisen der Grundsatz der freien Beweiswürdigung.¹⁹⁴⁰ Ein Privatgutachten wird in der Regel erstellt, wenn die Strafverfolgungsbehörden oder das Gericht aus Sicht der betreffenden Person zu Unrecht keinen amtlichen Sachverständigen beauftragt haben oder um Zweifel an einem amtlichen Gutachten aufzuzeigen.¹⁹⁴¹

In verfahrensmässiger Hinsicht sind Parteigutachter gleich zu behandeln wie amtliche Sachverständige. Andernfalls kann der Grundsatz der Waffengleichheit gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt sein.¹⁹⁴²

C. Form und Durchführung des Gutachtens

Art. 20 StGB schreibt nicht vor, wie ein Gutachten zu ergehen hat. Seit dem Inkrafttreten der StPO sind die Einzelheiten in Art. 182 ff. StPO geregelt. Diese Regelungen sind für jegliche Begutachtung in Strafverfahren massgebend.¹⁹⁴³ In diesen Bestimmungen werden indes nicht sämtliche Details erfasst, weshalb teilweise noch kantonale Verordnungen bestehen – beispielsweise bezüglich der Zulassung von Sachverständigen. Darüber hinaus ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung für die Frage der Begutachtung beizuzie-

¹⁹³⁸ BGE 122 V 157, E. 1c.

¹⁹³⁹ Art. 29 Abs. 2 BV.

¹⁹⁴⁰ BGer, Urteil vom 12. Juli 2012, 6B_715, E. 4.3.1; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 15; DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 16; DONATSCH, FS-KassGer, 371 f.; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 164 f.; PIETH, Strafprozessrecht, 214; PIQUEREZ/MACALUSO, 1102; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 182 N 7; CR CPP-VUILLE, Art. 182 N 18; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 220.

¹⁹⁴¹ DONATSCH, FS-KassGer, 363; BSK StPO I-HEER, Art. 189 N 7; CR CPP-VUILLE, Art. 182 N 20; WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 322; vgl. auch PIQUEREZ/MACALUSO, 1102; SCHMID, Handbuch, 952.

¹⁹⁴² EGMR, Urteil vom 28. August 1991, Brandstetter gegen Österreich, Serie A, Nr. 211, Ziff. 42; Urteil vom 6. Mai 1985, Bönisch gegen Österreich, Serie A, Nr. 92, Ziff. 32 ff.; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 16; CR CPP-VUILLE, Art. 182 N 21.

¹⁹⁴³ HEER, FS-Wiprächtiger, 183.

hen.¹⁹⁴⁴ Die psychiatrische Begutachtung stellt zudem eine Untersuchung von Personen im Sinne von Art. 251 Abs. 1 StPO dar.¹⁹⁴⁵ Sie gilt demnach als Zwangsmassnahme und hat den Anforderungen von Art. 196 StPO zu genügen.¹⁹⁴⁶

I. Anordnende Behörde

In Art. 20 StGB sind für die Anordnung eines Gutachtens die Untersuchungsbehörde oder das Gericht vorgesehen. In Art. 182 StPO sind demgegenüber die Staatsanwaltschaft und das Gericht erwähnt. Gemeint ist jeweils die Staatsanwaltschaft im Sinne von Art. 12 lit. b und Art. 16 StPO und der Sachrichter im Hauptverfahren gemäss Art. 13 lit. b und Art. 19 StPO.¹⁹⁴⁷

Nicht befugt zur Anordnung der Begutachtung ist damit die Polizei.¹⁹⁴⁸ Einzige Ausnahme davon ist die polizeiliche Kompetenz nach Art. 255 Abs. 2 lit. b StPO, wonach die Polizei die Erstellung eines DNA-Profiles in Auftrag geben kann.¹⁹⁴⁹

II. Sachverständige Person

Als Gutachter können nur natürliche Personen ernannt werden, die auf dem betreffenden Fachgebiet die erforderlichen besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzen.¹⁹⁵⁰ Damit sind Institutionen und Behörden ausgeschlossen, da andernfalls die persönliche Verantwortlichkeit, die Wahrheitspflicht sowie die

¹⁹⁴⁴ BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 24; vgl. auch HEER, FS-Wiprächtiger, 183; HEER, FS-Niggli, 114, die kritisiert, dass es bei der Schaffung der StPO verpasst wurde, tatsächliche Mindestanforderungen an ein Gutachten verbindlich festzulegen.

¹⁹⁴⁵ SANER, ZStrR 2014, 134 f.; vgl. auch HANSJAKOB, forumpoenale 2011, 304 Fn. 14.

¹⁹⁴⁶ SANER, ZStrR 2014, 134 f. Im Rahmen dieser Arbeit wird auf die Darlegung der Anforderungen von Art. 196 StPO verzichtet.

¹⁹⁴⁷ BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 26; vgl. auch CR CP I-STRÄULI, Art. 20 N 7.

¹⁹⁴⁸ ARMBRUSTER/VERGÈRES, 279; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 26; BSK StPO I-HEER, Art. 184 N 1; SCHMID, Diss., 481; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 182 N 6; Textausgabe StPO-SOLLBERGER, 174; CR CP I-STRÄULI, Art. 20 N 6; so bereits HELENFENSTEIN, 23.

¹⁹⁴⁹ ARMBRUSTER/VERGÈRES, 279; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 184 N 1; BSK StPO I-HEER, Art. 184 N 1; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 1322; RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 182 N 2; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 182 N 6; Textausgabe StPO-SOLLBERGER, 174; CR CPP-VUILLE, Art. 182 N 16.

¹⁹⁵⁰ Art. 183 Abs. 1 StPO.

Ausstands- und Ablehnungsgründe nur schwer durchsetzbar wären.¹⁹⁵¹ Ist der Sachverständige bei einer juristischen Person angestellt, bleibt dennoch nur er persönlich für das Gutachten verantwortlich.¹⁹⁵²

Nicht ausdrücklich geregelt ist, wann eine Person die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten auf dem betreffenden Fachgebiet besitzt. Sie muss jedenfalls für die in Frage stehende Begutachtung hinreichend qualifiziert sein.¹⁹⁵³ Dementsprechend bestimmt sich die Eignung des Gutachters nicht abstrakt, sondern diese muss für jeden Einzelfall und die dabei auftretenden Fragen einzeln beurteilt werden.¹⁹⁵⁴

Für Aussagen über den psychischen Zustand einer Person – insbesondere bei Fragen der Schuldfähigkeit – ist dazu in der Regel ein Facharzt für Psychiatrie beizuziehen.¹⁹⁵⁵ So ist es beispielsweise in § 11 Abs. 1 lit. a PPGV vorgesehen.¹⁹⁵⁶ Dieser Erlass wurde vom Bundesgericht als bundesrechtskonform beurteilt und eine von der Föderation der Schweizer Psychologinnen und Psychologen (FSP), dem Schweizerischen Berufsverband für angewandte

¹⁹⁵¹ BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 27; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 1318; vgl. auch ANTOGNI-NI, Jusletter vom 6. Juni 2011, 13; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 183 N 1; BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 8; SCHMID, Handbuch, 935; CR CPP-VUILLE, Art. 183 N 1 ff.

¹⁹⁵² Art. 185 Abs. 1 StPO; ARMBRUSTER/VERGÈRES, 282; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 1327; RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 183 N 1; vgl. auch SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 183 N 1.

¹⁹⁵³ StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 183 N 2; GARBIEC, Jusletter vom 10. August 2015, 13 ff.; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 183 N 2; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 20 N 2; vgl. auch SCHMID, Handbuch, 935.

¹⁹⁵⁴ BSK StPO I-HEER, Art. 183 N 13.

¹⁹⁵⁵ § 11 Abs. 1 lit. a PPGV; BGE 84 IV 137; AMBRUS et al., ZStrR 1983, 73; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 27; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 183 N 2; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 20 N 6; DONATSCH/TAG, 278; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 164; DUPUIS et al., Art. 20 N 12; GARBIEC, Jusletter vom 10. August 2015, 17; KELLER, ZStrR 1980, 373; MAIER/MÖLLER, 103; MAUSBACH, Jusletter vom 27. April 2015, 4; MICHOD, Jusletter 27. April 2015, 3; CR CP I-STRAULI, Art. 20 N 27; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 20 N 4; WEDER, ZStrR 2014, 372; kritisch FRISCHKNECHT/SCHNEIDER/SCHMALBACH, Jusletter vom 21. Mai 2012, 1 ff.; zu dieser Frage aus psychiatrischer Sicht KRÖBER, Begutachtung, 211 ff.; vgl. zu Schwierigkeiten in der Praxis geeignete Gutachter zu finden BERTSCHI, ZStrR 1980, 357.

¹⁹⁵⁶ Nach einer seit dem 1. April 2015 in Kraft getretenen Fassung der PPGV können Begutachtungen über die Glaubhaftigkeit von Aussagen auch von Psychologen vorgenommen werden (§ 12a Abs. 2 PPGV); vgl. zu solchen Gutachten COMPANY/CAPT, Jusletter vom 27. April 2015.

Psychologie (SBAP) und der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtspsychologie (SGRP) dagegen erhobene Beschwerde wurde abgelehnt.¹⁹⁵⁷

Mit einem Grundsatzentscheid geht das Bundesgericht noch weiter und hat ausdrücklich festgehalten, dass eine Begutachtung nach Art. 20 StGB und Art. 56 Abs. 2 StGB – und auch alle anderen Fälle, „in denen klinische Diagnosen und eine Legalprognose zu stellen sind und somit regelmässig medizinisch-psychiatrische Elemente ausschlaggebend sind“¹⁹⁵⁸ – nur von einem Psychiater durchgeführt werden darf.¹⁹⁵⁹ Es stützt dies darauf ab, dass nur so die hohen Anforderungen an die Qualifikation der sachverständigen Person gewährleistet werden können.¹⁹⁶⁰ Bei nichtärztlichen Sachverständigen müsste demgegenüber in jedem Einzelfall überprüft werden, ob sie im konkreten Fall die Anforderungen an die Sachkunde erfüllen.¹⁹⁶¹ Das Bundesgericht belässt es jedoch dabei, dass die fachärztliche Begutachtung „in aller Regel“ vorausgesetzt sei. „Ausnahmen sind schwer vorstellbar. Sie müssen mit der fachlichen Ausgangslage gerechtfertigt werden und lassen sich nicht mit der Person des Sachverständigen begründen.“¹⁹⁶² Diese Ausnahmeregelung wird vom Gericht selber in Zweifel gezogen, wenn es in der nächsten Erwägung ausführt: „Das Bundesgericht hat einzig zu prüfen, ob das Bundesrecht einen ärztlichen Sachverständigen vorschreibt, was der Fall ist.“¹⁹⁶³ THOMMEN beachtet diese apodiktische Ablehnung von nichtärztlichen Gutachtern kritisch

¹⁹⁵⁷ BGer, Urteil vom 9. August 2011, 2C_121/2011, E. 4; kritisch zum Entscheid FRISCHKNECHT/SCHNEIDER/SCHMALBACH, Jusletter vom 21. Mai 2012, 1 ff.

¹⁹⁵⁸ BGer, Urteil vom 30. März 2015, 5A_940/2014, E. 4.3.

¹⁹⁵⁹ BGE 140 IV 49, E. 2; bestätigt und präzisiert in BGer, Urteil vom 8. April 2015, 6B_884/2014; Urteil vom 30. März 2015, 5A_940/2014; Urteil vom 24. April 2014, 6B_850/2013; kritisch dazu aus psychiatrischer Sicht HABERMEYER et al., AJP 2016, 127 ff.

¹⁹⁶⁰ BGE 140 IV 49, E. 2.4; vgl. indes FRISCHKNECHT/SCHNEIDER/SCHMALBACH, Jusletter vom 21. Mai 2012, 10 ff., welche eine Kompetenzgewährleistung etwa auch über das Psychologieberufegesetz für möglich halten; HABERMEYER et al., AJP 2016, 129, die darauf hinweisen, dass ein abgeschlossenes Medizinstudium ebenso wenig für eine Begutachtung qualifiziert wie ein abgeschlossenes Psychologiestudium.

¹⁹⁶¹ BGE 140 IV 49, E. 2.7.

¹⁹⁶² BGE 140 IV 49, E. 2.7.

¹⁹⁶³ BGE 140 IV 49, E. 2.8; vgl. zu dieser Unklarheit auch THOMMEN, forumpoenale 2015, 18, der darauf hinweist, dass die Zweideutigkeit insbesondere damit zusammenhängen dürfte, dass die Endredaktion des Entscheids beim unterliegenden Richter und dessen Gerichtschreiber lag.

und hält unter Hinweis auf die Materialien zur Entstehung von Art. 20 StGB fest, dass es weiterhin Ausnahmen von dieser Regel geben muss.¹⁹⁶⁴

Obwohl es das Bundesgericht lediglich ansatzweise und im Entscheid inkonsistent ausführt, kann diese Rechtsprechung nur bedeuten, dass ausschliesslich ein Facharzttitel für Psychiatrie und Psychotherapie den Anforderungen von Art. 20 StGB genügen kann; das Studium der Medizin alleine reicht nicht aus.¹⁹⁶⁵ Die Kantone können bei komplexen Problemstellungen zudem forensische Weiterbildungen des Psychiaters verlangen.¹⁹⁶⁶ Solche sind aber nach dem Entscheid des Bundesgerichts zumindest nicht vorausgesetzt, damit die Qualifikation eines Gutachters bundesrechtskonform erscheint.¹⁹⁶⁷

Das Bundesgericht fordert hingegen nicht, dass ein Gutachten komplett durch den Psychiater erstellt werden muss. Es führt aus: „Angesichts der interdisziplinären Fragestellung ist es jedoch zulässig und erstrebenswert, dass psychiatrische Gutachter einzelne Fragen einem Psychologen (oder Psychotherapeuten) stellen oder diesen mit (testpsychologischen) Untersuchungen beauftragen [...]. Dabei bleibt jedoch stets der Psychiater für die Gutachtenserstattung verantwortlich.“¹⁹⁶⁸ In einem neueren Entscheid wurde dies dahingehend konkretisiert, dass ein solcher Auftrag nur für einzelne Aspekte des Gutachtens erteilt werden kann. Der Gutachter „darf jedoch die psychologische Fachperson nicht mit der vollständigen Bearbeitung sowie Beantwortung der wesentlichen Gutachterfragen beauftragen, und letztlich mit seiner Unterschrift die Untersuchungsergebnisse lediglich übernehmen.“¹⁹⁶⁹ Die vom beauftragten

¹⁹⁶⁴ THOMMEN, *forumpoenale* 2015, 18 m.w.H.; andeutungsweise ebenso DONATSCH/STOFFEL, *SJZ* 2014, 578; vgl. auch HABERMEYER et al., *AJP* 2016, 133 f.; SCHMID, *Diss.*, 472 ff.

¹⁹⁶⁵ DONATSCH/STOFFEL, *SJZ* 2014, 578; THOMMEN, *forumpoenale* 2015, 17; so das BGER erst andeutungsweise in BGE 140 IV 49, E. 2.7; präzisiert jedoch in BGER, Urteil vom 8. April 2015, 6B_884/2014, E. 3.3; Urteil vom 24. April 2014, 6B_850/2013, E. 2.3.3.

¹⁹⁶⁶ FINGERHUTH, *forumpoenale* 2014, 362; MICHOD, *Jusletter* 27. April 2015, 8; THOMMEN, *forumpoenale* 2015, 17; solche zusätzliche Ansforderungen sind etwa in § 10 Abs. 2 lit. a und § 12 PPGV zu finden.

¹⁹⁶⁷ BRÄGGER/GRAF, *Jusletter* vom 27. April 2015, 35, welche darauf hinweisen, dass eine solche Qualifikation zumindest bei Psychiatern, welche in Fachkommissionen einsitzen, zu fordern wäre; vgl. auch HABERMEYER et al., *AJP* 2016, 133 f.

¹⁹⁶⁸ BGE 140 IV 49, E. 2.7; vgl. dazu auch BRÄGGER/GRAF, *Jusletter* vom 27. April 2015, 36 ff.; SCHMID, *Diss.*, 479 f.

¹⁹⁶⁹ BGER, Urteil vom 8. April 2015, 6B_884/2014, E. 3.4.2; vgl. auch MICHOD, *Jusletter* 27. April 2015, 24 f.; DELNON/RÜDY, *FS-KassGer*, 353; kritisch dazu HABERMEYER et al., *AJP* 2016, 130 ff.; ausführlich zum Beizug von Hilfspersonen MAIER/MÖLLER, 109 ff.

Arzt abgegebenen Aspekte müssen klar umrissen sein, sodass er stets die Leitung und Organisation der Begutachtung innehat und er muss für die Qualifikation der beauftragten Personen die volle Verantwortung übernehmen.¹⁹⁷⁰

Das Gericht oder die Untersuchungsbehörde ist gemäss Art. 183 StPO in jedem Einzelfall verpflichtet, die Qualifikation des Gutachters zu überprüfen. Dies bleibt selbst unter der neuen Rechtsprechung geltend, da Art. 20 StGB nur die Gutachtensnotwendigkeit beschreibt, während in der StPO die Modalitäten der Gutachtereinsetzung umschrieben sind. Daher werden diese Normen nicht einfach durch eine *lex specialis* verdrängt.¹⁹⁷¹ Auch bei einem Facharzt der Psychiatrie ist also zu prüfen, ob er allfällige weitere Anforderungen nach den kantonalen Bestimmungen erfüllt und ob sonstige Gründe gegen seine fachliche Qualifikation sprechen.

Wird auf ein Privatgutachten abgestellt, so muss der Gutachter grundsätzlich den gleichen Anforderungen genügen und seine Expertise muss als hinreichend zuverlässig erscheinen.¹⁹⁷² Dafür muss das Gutachten insbesondere auf weitgehend vollständige Informationen beruhen.¹⁹⁷³

Art. 20 StGB ist in dieser Hinsicht überdies offensichtlich fehlerhaft formuliert. Der Pleonasmus „sachverständige Begutachtung durch einen Sachverständigen“ geht auf einen redaktionellen Fehler im Entstehungsprozess zurück, ohne dass daraus eine besondere Anforderung an die Begutachtung zu schliessen wäre.¹⁹⁷⁴ Dies folgt schon daraus, dass diese Doppelspurigkeit in den anderen Sprachfassungen nicht enthalten ist.

Neben der fachlichen Qualifikation muss der Experte grundsätzlich unparteiisch, unabhängig und unbefangen sein.¹⁹⁷⁵ Dies ergibt sich schon aus dem Fairnessgebot gemäss Art. 4 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie der

¹⁹⁷⁰ BGer, Urteil vom 8. April 2015, 6B_884/2014, E. 3.4.2.

¹⁹⁷¹ THOMMEN, *forum*poenale 2015, 19; so jedoch das BGE in BGE 140 IV 49, E. 2.2; vgl. auch MICHOD, *Jusletter* 27. April 2015, 8.

¹⁹⁷² BGE 113 IV 1, E. 2; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 29; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 20 N 1.

¹⁹⁷³ BGE 113 IV 1, E. 2.

¹⁹⁷⁴ BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 4; DONATSCH/TAG, 278; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 20 N 4; vgl. auch DUPUIS et al., Art. 20 N 11.

¹⁹⁷⁵ BÜHLER, *AJP* 1999, 567; DONATSCH/ZUBERBÜHLER, FS-Riklin, 344 ff.; HELFENSTEIN, 152 ff.; MAIER/MÖLLER, 109 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 1303; SCHMID, *Handbuch*, 936; Textausgabe StPO-SOLLBERGER, 175; CR CPP-VUILLE, Art. 183 N 8; vgl. auch RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 1319.

Garantie eines verfassungsmässigen Gerichts im Sinne von Art. 30 BV.¹⁹⁷⁶ Für den Gutachter gelten dementsprechend die Ausstandsgründe nach Art. 56 StPO.¹⁹⁷⁷ Darum können Sachverständige insbesondere dann ausgeschlossen werden, wenn sie sich bereits vor dem fraglichen Verfahren in amtlicher Funktion mit dem Probanden befasst haben.¹⁹⁷⁸ Dies gilt auch dann, wenn sie zuvor als Privatgutachter tätig waren, da in diesem Fall regelmässig von einer Befangenheit auszugehen ist.¹⁹⁷⁹ Hingegen ist nicht ausgeschlossen, dass verschiedene im gleichen Verfahren angeklagte Personen von demselben Sachverständigen beurteilt werden.¹⁹⁸⁰ Auch ein Psychiater, bei dem sich die fragliche Person bereits zu einem früheren Zeitpunkt in Behandlung befand, kann als Gutachter beigezogen werden, wobei dann insbesondere die Unparteilichkeit zweifelhaft sein kann.¹⁹⁸¹ Bei reinen Parteigutachten sind Unabhängigkeit, Unbefangenheit und Unparteilichkeit regelmässig fragwürdig.¹⁹⁸²

¹⁹⁷⁶ EGMR, Urteil vom 28. August 1991, Brandstetter gegen Österreich, Serie A, Nr. 211, Ziff. 42; Urteil vom 6. Mai 1985, Bönisch gegen Österreich, Serie A, Nr. 92, Ziff. 29; BGE 120 V 357, E. 3a; 116 Ia 135, E. 2b; BERNARD/STUDER, ZStR 2015, 80 ff.; BETTEX, 119 ff.; BÜHLER, AJP 1999, 568; DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 20; DONATSCH, FS-KassGer, 364; DONATSCH, FS-Castelberg, 39 ff.; BSK StPO I-HEER, Art. 183 N 20; RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 183 N 4; VILLIGER, 483; CR CPP-VUILLE, Art. 183 N 8.

¹⁹⁷⁷ Art. 183 Abs. 3 StPO. Ausführlicher zu den Ausstandsgründen von Gutachtern StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 183 N 9 ff.; DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 20 ff.; BSK StPO I-HEER, Art. 183 N 21 ff.; HELFENSTEIN, 106 ff.; MAIER/MÖLLER, 119 ff.; MICHOD, Jusletter 27. April 2015, 12 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 1280 ff.; vgl. auch DONATSCH, FS-KassGer, 364; DONATSCH, FS-Castelberg, 39 ff.; DONATSCH/ZUBERBÜHLER, FS-Riklin, 345; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 165; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 1319; RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 183 N 4; CR CPP-VUILLE, Art. 183 N 9 ff.; zur richterlichen Unabhängigkeit ausführlich SPÜHLER, FS-KassGer, 107 ff.; WIPRÄCHTIGER, FS-Niggli, 45 ff.

¹⁹⁷⁸ Art. 56 lit. b i.V.m. Art. 183 Abs. 3 StPO; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 183 N 14; a.M. SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 183 N 7; ausführlich zur Vorbefassung BÜHLER, AJP 1999, 568 ff. m.w.H.; BSK StPO I-HEER, Art. 183 N 31 ff.

¹⁹⁷⁹ DONATSCH, FS-KassGer, 369; DONATSCH, FS-Castelberg, 44.

¹⁹⁸⁰ BGE 141 IV 34, E. 5.

¹⁹⁸¹ StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 183 N 13; FURGER, ZStR 1988, 391 f.; BSK StPO I-HEER, Art. 183 N 38; HELFENSTEIN, 99 f.; vgl. auch MAIER/MÖLLER, 122 f., 191 f.; a.M. ARMBRUSTER/VERGÈRES, 283; DITTMANN, 150; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 1320; SCHMID, Handbuch, 936; URBANIÖK, 274 f.; WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 322; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 224, welche alle den grundsätzlichen Ausschluss eines behandelnden Therapeuten/Arzts als Gutachter befürworten.

¹⁹⁸² Vgl. dazu Fn. 1899.

Zu erwähnen bleibt, dass kaum je ein komplett wertneutrales Gutachten erstellt werden kann.¹⁹⁸³ Gewisse Wertungen sind normal und teilweise auch notwendig und stellen den Sachverständigen nicht in Frage.

III. Durchführung und Form der Begutachtung

1. Der Begutachtungsauftrag

Der Gutachter wird vom Gericht oder der Staatsanwaltschaft mit der Begutachtung beauftragt. Er erhält einen schriftlichen¹⁹⁸⁴ Auftrag, welcher präzise formulierte Fragen enthält.¹⁹⁸⁵ Diese haben sich auf die Punkte, welche durch den Gutachter zu beantworten sind, zu beschränken.¹⁹⁸⁶ Es dürfen keine Rechtsfragen gestellt werden; nach dem Grundsatz *iura novit curia* wird davon ausgegangen, dass die Strafbehörden die Rechtsordnung – zumindest die schweizerische – kennen.¹⁹⁸⁷ Werden Aufgaben gestellt, welche ausserhalb der Kompetenz des Gutachters liegen, hat dieser klar zu erklären, dass er für deren

¹⁹⁸³ AMBRUS et al., ZStrR 1983, 74 f.; DONATSCH, FS-KassGer, 365; DONATSCH/ZUBER-BÜHLER, FS-Riklin, 340 f.; HEER, FS-Wiprächtiger, 178; HEER, FS-Niggli, 104; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 1303; dies folgt nach SPÜHLER, FS-KassGer, 109, nur schon daraus, dass jeder Mensch zwangsweise zu Gefühlen neigt und durch diese beeinflusst wird; vgl. auch BRUNNER, plädoyer 3/2005, 36 f.; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 4.

¹⁹⁸⁴ Die Schriftlichkeit des Auftrags ist eine reine Ordnungsvorschrift, d.h. ausnahmsweise kann ein mündlicher Auftrag erteilt werden, der dann jedoch entsprechend zu protokollieren ist; vgl. Botschaft StPO 2005, 1212; ARMBRUSTER/VERGÈRES, 284; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 184 N 8; BSK StPO I-HEER, Art. 184 N 7; RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 183 N 2; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 184 N 4; SCHMID, Handbuch, 940; SCHMID, AJP 2010, 825; CR CPP-VUILLE, Art. 184 N 4 f.

¹⁹⁸⁵ Art. 184 Abs. 2 lit. c StPO. Vgl. zur Wichtigkeit präziser Fragen DONATSCH/ZUBER-BÜHLER, FS-Riklin, 347; BSK StPO I-HEER, Art. 184 N 12; KELLER, ZStrR 1980, 373; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 1438 ff.; SCHMID, Diss., 487 ff.; VOSSEN, ZStrR 1980, 377 f.; CR CPP-VUILLE, Art. 184 N 7 ff.; vgl. auch BRANDENBERGER, 8; FINK, ZStrR 1979, 38 f.; HARDER, SJZ 1973, 377; HELFENSTEIN, 146; PIQUEREZ/MACALUSO, 1117.

¹⁹⁸⁶ Zu dazu auch hinten Zweiter Teil 3. Kap. D. I.

¹⁹⁸⁷ BGE 130 I 337, E. 5.4.1; 113 II 429, E. 3a; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 184 N 20; DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 37; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 166; BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 4; PITTELOU, 413, 417; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 182 N 2; vgl. auch MAIER/MÖLLER, 130; PIQUEREZ/MACALUSO, 1110.

Beantwortung nicht zuständig ist.¹⁹⁸⁸ Handelt es sich um eine Begutachtung im Sinne von Art. 20 StGB, so sind im Auftrag an den Gutachter die Zweifel, welche zur Anwendung der Norm führten, anzugeben. Nur so kann sichergestellt werden, dass der Expertenbericht diese Zweifel aus dem Weg räumen kann.¹⁹⁸⁹

Zusammen mit dem Auftrag werden der sachverständigen Person alle notwendigen Akten und Gegenstände übergeben.¹⁹⁹⁰ Kann der Gutachter auf der Grundlage der ihm überlassenen Dokumente die gestellten Fragen nicht beantworten, kann er einen Antrag auf Ergänzung der Akten stellen.¹⁹⁹¹

Es empfiehlt sich, dass der Auftrag erst am Ende der Untersuchungsphase erteilt wird, da erst dann alle notwendigen Akten und Abklärungen vorhanden sind.¹⁹⁹² In der Regel wird der Auftrag noch durch die Staatsanwaltschaft erteilt, da das Gutachten Basis für die korrekte Anklageerhebung ist. Erst dadurch sind die zur Feststellung der Schuld relevanten Grundlagen vorhanden.¹⁹⁹³ Ist jedoch mit grosser Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass die beschuldigte Person nicht schuldfähig ist, kann die Begutachtung auch zu einem

¹⁹⁸⁸ BERTSCHI, ZStrR 1980, 358; MAIER/MÖLLER, 168; SCHMID, Diss., 492; vgl. auch ERNST, ZStrR 1979, 49; SPIRIG, ZSR I/1990, 435; VOSSEN, ZStrR 1980, 377; VOSSEN, Möglichkeiten und Grenzen, 15 f.

¹⁹⁸⁹ VOSSEN, ZStrR 1980, 378.

¹⁹⁹⁰ Art. 184 Abs. 4 StPO. Vgl. dazu BERTSCHI, ZStrR 1980, 358 f.; BRUNNER, Verlässlichkeit, 307; DITTMANN, 151; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 184 N 44 ff.; FURGER, ZStrR 1988, 393; BSK StPO I-HEER, Art. 184 N 28 ff.; SCHMID, Diss., 486 f.; SPIRIG, ZSR I/1990, 422; CR CPP-VUILLE, Art. 184 N 27 f.; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 220 f.

¹⁹⁹¹ Art. 185 Abs. 3 StPO; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 185 N 12 ff.; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 165; PIQUEREZ/MACALUSO, 1119; RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 185 N 3; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 185 N 5; SCHMID, AJP 2010, 827; Textausgabe StPO-SOLLBERGER, 177.

¹⁹⁹² BERTSCHI, ZStrR 1980, 356; BRUNNER, Begutachtung, 192; MAIER/MÖLLER, 124 f.; SCHMID, Diss., 483; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 217 f.; vgl. auch FURGER, AJP 1992, 1123; HARDER, SJZ 1973, 377; BSK StPO I-HEER, Art. 184 N 27; SCHMID, Handbuch, 934; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 184 N 2; grundsätzlich für eine Begutachtung im früheren Verfahrensstadium KELLER, ZStrR 1980, 371 f.

¹⁹⁹³ BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 84 ff., welche jedoch aus Gründen der Parteilichkeit fordern, dass die Ernennung durch die Oberstaatsanwaltschaft erfolgt; BRUNNER, plädoyer 3/2005, 40; DONATSCH/ZUBERBÜHLER, FS-Riklin, 347; vgl. jedoch BRANDENBERGER, 8, der darauf hinweist, dass Gericht und Staatsanwaltschaft teilweise zu anderen Zwecken auf ein Gutachten zurückgreifen und dementsprechend auch andere Fragen gestellt werden.

früheren Zeitpunkt geschehen, wodurch unter Umständen ein aufwendiges Verfahren erheblich abgekürzt werden kann.¹⁹⁹⁴

Bei der Auswahl des Gutachters wird der Beschuldigte beziehungsweise seine Verteidigung angehört,¹⁹⁹⁵ womit das Prinzip des rechtlichen Gehörs gewahrt wird und Ausstandsgründe geltend gemacht werden können.¹⁹⁹⁶ Ein solches bedingtes Mitspracherecht der beschuldigten Person ist unumgänglich, da die Auswahl des Sachverständigen prozessentscheidend sein kann.¹⁹⁹⁷ Dennoch hat die Verteidigung weder das Recht auf die Bestellung eines bestimmten Sachverständigen, noch darauf, dass dem Sachverständigen im Begutachtungsauftrag bestimmte Fragen gestellt werden.¹⁹⁹⁸

Zwischen dem Gutachter und der Justizbehörde entsteht ein öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis. In Ermangelung einer speziellen Regelung sind darauf mehrheitlich die Bestimmungen über den Auftrag oder gegebenenfalls auch über den Werkvertrag anzuwenden.¹⁹⁹⁹

Aufgrund des Beschleunigungsgebots nach Art. 5 und Art. 29 Abs. 1 BV ist von der sachverständigen Person die Zusicherung abzunehmen, das Gutachten innert nützlicher Frist auszuarbeiten.²⁰⁰⁰ Dementsprechend wird ihr im Auftrag zur Gutachtenerstellung eine Frist zu dessen Erstellung gesetzt.²⁰⁰¹ Kommt der

¹⁹⁹⁴ BERTSCHI, ZStrR 1980, 356; SCHMID, Diss., 483 f.; vgl. auch KELLER, ZStrR 1980, 371 f.

¹⁹⁹⁵ Art. 184 Abs. 3 StPO. Ausführlich zur Rolle der Verteidigung im Rahmen der Begutachtung BRUNNER, Begutachtung, 192 ff.; MARQUES LOPES, Jusletter vom 6. Januar 2014, 1 ff.; MICHOD, Jusletter 27. April 2015, 1 ff.; SANER, ZStrR 2014, 121 ff.; vgl. auch DONATSCH, FS-KassGer, 363; HEER, FS-Wiprächtiger, 199 ff.

¹⁹⁹⁶ BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 87; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 29; BRUNNER, plädoyer 3/2005, 40; HEER, FS-Wiprächtiger, 196 f.; MICHOD, Jusletter 27. April 2015, 17 f.; PIETH, Strafprozessrecht, 214; PIQUEREZ/MACALUSO, 1115; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 184 N 13; SCHMID, AJP 2010, 825; vgl. ausführlich zur Wahl des richtigen Gutachters DITTMANN, 148 ff.; HELFENSTEIN, 69 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 1299 ff.

¹⁹⁹⁷ GREUEL, Schuldfähigkeitsbegutachtung, 109.

¹⁹⁹⁸ BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 87; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 184 N 36; BSK StPO I-HEER, Art. 184 N 2; HEER, FS-Wiprächtiger, 197; MAIER/MÖLLER, 103; vgl. auch HELFENSTEIN, 65; PIQUEREZ/MACALUSO, 1113; CR CPP-VUILLE, Art. 184 N 17; kritisch BRUNNER, Verlässlichkeit, 306 f.; BRUNNER, Begutachtung, 192 f.

¹⁹⁹⁹ BGE 134 I 159, E. 3; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 12, Art. 184 N 7; BSK StPO I-HEER, Art. 184 N 6; vgl. auch DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 164; PITTELOUD, 418; SANER, ZStrR 2014, 134.

²⁰⁰⁰ StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 17.

²⁰⁰¹ Art. 184 Abs. 2 lit. d StPO.

Sachverständige dieser Verpflichtung nicht nach, kann ihm gemäss Art. 191 lit. a StPO eine Ordnungsbusse auferlegt werden.²⁰⁰² Ist der Experte trotz Mahnungen nicht in der Lage, das Gutachten innert vernünftiger Frist fertigzustellen, muss ein neuer Sachverständiger ernannt werden.²⁰⁰³ Gerade bei den psychiatrischen Gutachten ist es aufgrund der an sie gestellten hohen Qualitätsanforderungen schwierig, passende Gutachter zu finden. Dies führt dazu, dass die geeigneten Personen oft stark ausgelastet sind und sich daher die Zeit für die Ablieferung des Gutachtens verlängert und eine Verletzung des Beschleunigungsgebots nur zurückhaltend anzunehmen ist.²⁰⁰⁴

2. Die Durchführung des Schuldfähigkeitsgutachtens

Soweit die Begutachtung die Schuldfähigkeit betrifft, ist der Fragenkatalog, welcher dem Experten unterbreitet wird, von der Delegiertenversammlung der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden folgendermassen festgesetzt worden.²⁰⁰⁵

1. Zur Frage nach einer psychischen Störung:

Hat die psychiatrische Untersuchung ergeben, dass die beschuldigte Person zur Zeit der Tat(en) an einer psychischen Störung gelitten hat? Wenn ja, an welcher und welchen Ausmasses?

2. Zur Frage der Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 1 und 2 StGB):

2.1. War die beschuldigte Person zur Zeit der Tat(en) wegen dieser psychischen Störung nicht fähig zur Einsicht in das Unrecht der Tat(en) oder zum Handeln gemäss dieser Einsicht (Art. 19 Abs. 1 StGB)?

²⁰⁰² Ausführlich zur Ordnungsbusse bei Sachverständigen StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 191 N 1 ff; Textausgabe StPO-SOLLBERGER, 181 f.

²⁰⁰³ Art. 184 Abs. 5 StPO; BGE 128 I 149, E. 4.3; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 12; vgl. auch BSK StPO I-HEER, Art. 184 N 18; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 189 N 2; SCHMID, Handbuch, 940.

²⁰⁰⁴ BGE 128 I 149, E. 4.3; vgl. zu den Problemen geeignete Gutachter zu finden auch BERTSCHI, ZStrR 1980, 357; THOMMEN, forumpoenale 2015, 19.

²⁰⁰⁵ Fragebogen der Arbeitsgruppe Forensische Psychiatrie und Rechtsmedizin der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (KSBS) zusammen mit der Schweizerischen Gesellschaft für Forensische Psychiatrie (SGFP), Fassung vom 13. Dezember 2006, in Kraft seit dem 1. Januar 2007; vgl. auch BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 29; kritisch gegenüber standardisierten und stereotypischen Fragenkatalogen FURGER, ZStrR 1988, 394; SPIRIG, ZSR I/1990, 427.

2.2. War die beschuldigte Person zur Zeit der Tat(en) wegen dieser psychischen Störung nur teilweise fähig

- zur Einsicht in das Unrecht der Tat(en) oder
- zum Handeln gemäss dieser Einsicht (Art. 19 Abs. 2 StGB)?

Wenn ja, in welchem Grad (leicht, mittel, schwer) schätzen Sie die Verminderung der Schuldfähigkeit ein?

Dieser Fragenkatalog stellt klarerweise auf die gemischte Methode zur Feststellung der Schuldfähigkeit ab. Da eine Einschränkung oder ein Ausschluss von Einsichts- und/oder Steuerungsfähigkeit jedoch nicht zwingend auf einer psychischen Störung beruhen muss,²⁰⁰⁶ sollte die zweite Frage davon gelöst werden. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass vollständig standardisierte Fragenkataloge nicht einfach als Ganzes übernommen werden sollten. Die zuständige Behörde hat ihn immer im Hinblick auf das konkrete Verfahren, die zu begutachtende Person und die übrigen Umstände anzupassen und zu ergänzen.²⁰⁰⁷

Der Sachverständige beantwortet die Fragen im Rahmen des Gutachtens. Bezüglich der dazu verwendeten Methodik ist er grundsätzlich frei.²⁰⁰⁸ Dementsprechend ist auch der Aufbau jedes Gutachtens unterschiedlich und es gibt keine vorgeschriebene Systematik.²⁰⁰⁹ Dennoch haben sich innerhalb der forensischen Psychiatrie Qualitätsstandards für Fachgutachten durchgesetzt,²⁰¹⁰ welche mittlerweile auch von juristischer Seite gefordert werden, damit ein

²⁰⁰⁶ Dazu ausführlich vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) aa).

²⁰⁰⁷ FURGER, AJP 1992, 1123; vgl. auch HARDER, SJZ 1973, 377; SPIRIG, ZSR I/1990, 420.

²⁰⁰⁸ ANTOGNINI, Jusletter vom 6. Juni 2011, 9; DUPUIS et al., Art. 20 N 14; GARBIEC, Jusletter vom 10. August 2015, 33; BSK StPO I-HEER, Art. 185 N 1; WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 317; vgl. dazu auch SCHMID, Handbuch, 944; VOSSEN, ZStrR 1980, 379 ff.; HEER, FS-Wiprächtiger, 185, weist jedoch darauf hin, dass das Bundesgericht vermehrt in die Methodenfreiheit des psychiatrischen Sachverständigen eingreift.

²⁰⁰⁹ BÜHLER, AJP 1999, 572 f., macht jedoch einen unverbindlichen Vorschlag für eine solche Systematik; so auch NEDOPIL/DITTMANN/KIESEWETTER, ZStrR 2005, 134 f.; vgl. zudem die Hinweise bei BERTSCHI, ZStrR 1980, 359; FURGER, ZStrR 1988, 394 ff.

²⁰¹⁰ Dazu ausführlich DITTMANN, 143 ff. m.w.H.; FOERSTER/WINCKLER, 17 ff.; GMÜR, plädoyer 4/1999, 28 ff.; MAIER/MÖLLER, 138 ff.; NEDOPIL/MÜLLER, 406 ff.; NEDOPIL/DITTMANN/KIESEWETTER, ZStrR 2005, 127 ff. m.w.H.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 1697 f.; vgl. auch SACHS, 291 f.; in Deutschland wurden ausserdem besondere Vorgaben für Schuldfähigkeitsgutachten herausgearbeitet; vgl. BOETTICHER et al., NSTZ 2005, 62 ff.; KRÖBER, Praxis, 164 ff.; KRÖBER, Qualitätsstandards, 26 ff.

Gutachten rechtsgenügend ist.²⁰¹¹ Ausserdem müssen die vom Gutachter verwendeten Methoden den Anforderungen von Art. 140 StPO entsprechen. Es dürfen keine Verfahren angewendet werden, welche die Willensfreiheit der betroffenen Person beeinträchtigen.²⁰¹²

Was grundsätzlich immer vorausgesetzt werden muss, ist die persönliche Untersuchung des Probanden.²⁰¹³ Diese kann grundsätzlich auch gegen seinen Willen durchgeführt werden. Stützt sich ein Gutachten jedoch einzig auf eine nicht eingewilligte Untersuchung, so erscheint es in der Regel wenig aussagekräftig;²⁰¹⁴ was sich schon daraus ergibt, dass sich die beschuldigte Person auch vor dem Sachverständigen auf das Aussageverweigerungsrecht berufen kann.²⁰¹⁵

Bei der Begutachtung von Personen ist jeweils zu beachten, dass diese einen Grundrechtseingriff darstellt. Daraus folgt, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten ist.²⁰¹⁶ Vor allem wenn zur Begutachtung eine stationäre Unterbringung erfolgen soll, ist eine entsprechende Zurückhaltung ange-

²⁰¹¹ DITTMANN, 143; BSK StPO I-HEER, Art. 185 N 6 ff.; HEER, FS-Wiprächtiger, 185 m.w.H.; HEER, FS-Niggli, 104, welche insbesondere darauf hinweist, dass es sich auch um inhaltliche Kriterien handelt und nicht bloss formale Anforderungen an das Gutachten zu stellen sind; gleichzeitig kritisiert sie, 108 f., dass die Auseinandersetzung der schweizerischen Rechtsprechung mit den Anforderungen an Schuldfähigkeitsgutachten bisher zu eingeschränkt ausgefallen ist; SACHS, 291.

²⁰¹² HEER, FS-Wiprächtiger, 181.

²⁰¹³ BGE 127 I 54, E. 2e m.w.H. auf die forensische Literatur; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 30; DUPUIS et al., Art. 20 N 14; ERNST, ZStrR 1979, 48 f.; FOERSTER/WINCKLER, 20; FURGER, AJP 1992, 1124; GARBIEC, Jusletter vom 10. August 2015, 33; GMÜR, plädoyer 4/1999, 31 f.; HEER, FS-Niggli, 109; SCHMID, Diss., 495; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 220; vgl. dazu auch FURGER, ZStrR 1988, 387 ff.; MAIER/MÖLLER, 138 f.; ausführlich zum Teilnahmerecht der Verteidigung bei der Exploration BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 92 ff.; BRUNNER, Verlässlichkeit, 308; BRUNNER, Begutachtung, 197; SANER, ZStrR 2014, 121 ff. Auch eine forensisch-neurologische Untersuchung kann Erkenntnisse für die Schuldfähigkeitsbegutachtung liefern; vgl. LITTMANN, 80.

²⁰¹⁴ BERTSCHI, ZStrR 1980, 356; HABERMAYER/SACHS, Jusletter vom 27. April 2015, 6; MAUSBACH, Jusletter vom 27. April 2015, 4; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 20 N 1; vgl. auch SPIRIG, ZSR I/1990, 432.

²⁰¹⁵ Art. 185 Abs. 5 StPO; MAUSBACH, Jusletter vom 27. April 2015, 4; vgl. auch DITTMANN, 151; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 185 N 33 ff.; ausführlich zu den Anforderungen an eine rechtsstaatlich konforme Begutachtung BRUNNER, plädoyer 3/2005, 40 ff.

²⁰¹⁶ BGE 124 I 40, E. 3c; HEER, FS-Wiprächtiger, 179; HELFENSTEIN, 203 f.; SPIRIG, ZSR I/1990, 432; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 219 f.; vgl. auch BSK StPO I-HEER, Art. 185 N 3 f.

bracht.²⁰¹⁷ Es muss zunächst geprüft werden, ob es sich tatsächlich um die eingriffsmildeste Variante handelt.²⁰¹⁸

Neben der persönlichen Untersuchung hat sich der Sachverständige mehrheitlich auf die ihm ausgehändigten Akten zu stützen. Er kann keine eigenen Erhebungen durchführen. Ausgenommen davon sind einfache Untersuchungen, die in engem Zusammenhang zum Auftrag stehen.²⁰¹⁹ Es handelt sich dabei um fachspezifische Abklärungen.²⁰²⁰ Zu denken ist etwa an die Ermittlung der Lebensgeschichte der zu untersuchenden Person durch Informationsbeschaffung in deren familiären Umfeld.²⁰²¹

Nur Ausnahmsweise kann ein reines Aktengutachten ergehen. Das ist beispielsweise der Fall, wenn sich der Experte auf andere Gutachten neueren Datums beziehen kann, bei welchen der Proband persönlich untersucht wurde. Auch wenn die betroffene Person eine Begutachtung verweigert – wozu sie aus strafprozessualen Garantien berechtigt ist²⁰²² –, kann unter Umständen ein Aktengutachten ergehen.²⁰²³

Es ist noch darauf hinzuweisen, dass der medizinische Sachverständige für sein Gutachten auch auf zurückliegende Verurteilungen des Täters zurückgreifen darf, welche bereits aus dem Strafregister gelöscht wurden.²⁰²⁴ Im Gegen-

²⁰¹⁷ Die gesetzliche Grundlage dafür findet sich in Art. 186 StPO; vgl. dazu ausführlich StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 186 N 1 ff.; BSK StPO I-HEER, Art. 186 N 1 ff.

²⁰¹⁸ HEER, FS-Wiprächtiger, 179 f.; vgl. auch BGE 124 I 40, E. 3e.

²⁰¹⁹ Art. 185 Abs. 4 StPO.

²⁰²⁰ Dazu ausführlich ANTOGNINI, Jusletter vom 6. Juni 2011, 9; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 185 N 22 ff.; HEER, FS-Wiprächtiger, 186 ff. m.w.H.; SCHMID, AJP 2010, 827 ff.; vgl. auch Botschaft StPO 2005, 1212, wo erwähnt wird, dass darunter vor allem die Exploration der beschuldigten Person fällt; DITTMANN, 152; Textausgabe SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 185 N 7; Textausgabe StPO-SOLLBERGER, 177 f.

²⁰²¹ Botschaft StPO 2005, 1212; ARMBRUSTER/VERGÈRES, 287; Textausgabe StPO-SOLLBERGER, 177 f.; kritisch gegen weitere Erhebungen durch den Sachverständigen BSK StPO I-HEER, Art. 185 N 20 ff.; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 1331; RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 185 N 5.

²⁰²² Vgl. BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 31 m.w.H. Dabei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die psychiatrische Begutachtung nach den Regeln des psychiatrischen Handwerks erfolgt und keine strafprozessuale Einvernahme darstellt; vgl. HABERMEYER/SACHS, Jusletter vom 27. April 2015, 7.

²⁰²³ BGE 127 I 54, E. 2f; vgl. auch BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 30; BSK StPO I-HEER, Art. 185 N 5; MAUSBACH, Jusletter vom 27. April 2015, 11 f.; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 220 f.

²⁰²⁴ BGE 135 IV 87, E. 2.5; 121 IV 3, E. 1c/dd; BGer, Urteil vom 26. Februar 2010, 6B_899/2009, E. 4.3; WEISSENBERGER/HIRZEL, FS-Killias, 929.

satz zur Strafzumessung gilt hier kein Verwertungsverbot für entfernte Vorstrafen.²⁰²⁵ Ein Gutachter würde ein „kunstfehlerbehaftetes medizinisches Urteil“ fällen, wenn er bekannte und für die Begutachtung relevante Vorstrafen ignorieren würde.²⁰²⁶ Zu fordern ist allerdings, dass quantifiziert wird, inwiefern diese zurückliegenden Vorstrafen die aktuelle gutachterliche Einschätzung beeinflussen.²⁰²⁷

3. Form

Gemäss Art. 187 Abs. 1 StPO ist das Gutachten in der Regel in schriftlicher Form erstattet. Nur ausnahmsweise kann die Verfahrensleitung anordnen, dass es mündlich eröffnet wird.²⁰²⁸ Im Falle des schriftlichen Berichts können im Rahmen der Hauptverhandlung zusätzliche mündliche Erläuterungen getätigt werden.²⁰²⁹ Für die Beurteilung der Schuldfähigkeit bedeutet dies, dass es ausnahmsweise möglich ist, einzig auf eine mündliche Darstellung des Befunds durch den Sachverständigen in der Hauptverhandlung abzustellen.²⁰³⁰

Das schriftlich erstattete Gutachten wird den Parteien zur Kenntnis gebracht. Diese können dazu Stellung nehmen,²⁰³¹ wodurch ihr Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt wird.

4. Vorgehen bei mangelhaften Gutachten

Hält das Gericht ein Gutachten für unvollständig oder unklar, kommen mehrere Sachverständige zu abweichenden Ergebnissen oder hat es Zweifel an dessen Richtigkeit, so kann es das Gutachten von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei zur Verbesserung oder Ergänzung an die sachverständige Person zurückgeben oder eine neue Begutachtung in Auftrag geben.²⁰³² Zweifel der

²⁰²⁵ Vgl. dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. B. III. 1. a) bb).

²⁰²⁶ BGE 135 IV 87, E. 2.5; BGer, Urteil vom 26. Februar 2010, 6B_899/2009, E. 4.3; WEISSENBERGER/HIRZEL, FS-Killias, 929.

²⁰²⁷ BGE 135 IV 87, E. 2.5; WEISSENBERGER/HIRZEL, FS-Killias, 929.

²⁰²⁸ Art. 187 Abs. 2 StPO.

²⁰²⁹ ANTOGNINI, Jusletter vom 6. Juni 2011, 10; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 25; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 187 N 4 ff.; BSK StPO I-HEER, Art. 187 N 1 ff.; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 1338 f.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 1332 f.; SCHMID, Handbuch, 948 f.; CR CPP-VUILLE, Art. 187 N 1 ff.; WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 319; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 215; vgl. auch HELFENSTEIN, 210 ff.

²⁰³⁰ BGE 113 IV 1, E. 2; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 25.

²⁰³¹ Art. 188 StPO.

²⁰³² Art. 189 StPO. Dazu BERTSCHI, ZStrR 1980, 361 f.; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 189 N 15 ff.; DONATSCH/ZUBERBÜHLER, FS-Riklin, 344; BSK StPO I-HEER,

Partei können insbesondere mit einem Privatgutachten belegt werden.²⁰³³ Wird ein anderer Sachverständiger mit einer erneuten Begutachtung beauftragt, so darf er sich nicht damit begnügen, seine eigenen Erkenntnisse darzulegen, sondern hat sich mit den Feststellungen des Erstgutachters auseinanderzusetzen.²⁰³⁴

Handelt es sich um eine Schuldfähigkeitsbegutachtung und wurden die Zweifel, welche die Begutachtungspflicht nach Art. 20 StGB auslösten, durch das Gutachten nicht beseitigt, hat ebenfalls eine neuerliche Untersuchung oder eine Ergänzung des ersten Gutachtens zu ergehen.²⁰³⁵

D. Das Verhältnis zwischen Richter und Gutachter

Das Verhältnis zwischen der sachverständigen Person und dem Richter – insbesondere im Hinblick auf psychiatrische Gutachten – ist schon seit jeher ein kontrovers diskutiertes Thema,²⁰³⁶ welches sich durch die wechselseitige Beziehung verschärft.²⁰³⁷ Aus Sicht des Richters ist entscheidend, wie er mit dem Gutachter umzugehen hat, und auf der anderen Seite ist es für den Sachverständigen wichtig, zu welchen Themen er sich tatsächlich äussern muss und darf. Dem Richter fehlt das nötige Fachwissen in einem bestimmten Punkt und er erwartet die Füllung dieser Lücke durch den Experten.²⁰³⁸

Ein Grundproblem des Verhältnisses zwischen Richter und Gutachter liegt darin, dass sich die Fragestellungen und Denkweisen der jeweiligen Diszipli-

Art. 189 N 16 ff.; PITTELOU, 420 ff.; RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 185 N 1 f.; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 189 N 1 ff.; vgl. ausführlich zur Frage, inwiefern technisch komplexe Gutachten vom Gericht überhaupt sachgemäss geprüft werden können, ANTOGNINI, Jusletter vom 6. Juni 2011, 48 ff.

²⁰³³ StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 189 N 13; DONATSCH, FS-KassGer, 363; MARQUES LOPES, Jusletter vom 6. Januar 2014, 6; PEDRAZZI, Jusletter vom 25. August 2014, 21 f.; WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 322; vgl. auch BGer, Urteil vom 8. April 2015, 6B_884/2014, E. 3.4.4; Urteil vom 4. November 2014, 6B_619/2014, E. 1.4; Urteil vom 6. Mai 2014, 6B_829/2013, E. 4.1; Urteil vom 27. Januar 2014, 6B_215/2013.

²⁰³⁴ WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 212.

²⁰³⁵ SCHMID, Diss., 457.

²⁰³⁶ Vgl. z.B. DUBS, ZStrR 1989, 337; FINK, ZStrR 1979, 37 ff.; HARDER, SJZ 1973, 373 ff.; WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 316; bereits früher war dieses Zusammenspiel umstritten; vgl. etwa BLEUER, ZStrR 1944, 1 ff.; DUKOR, ZStrR 1951, 419 ff.; WYRSCH, ZStrR 1945, 1 ff.

²⁰³⁷ Vgl. auch DUBS, ZStrR 1989, 337; FURGER, AJP 1992, 1121; HARDER, SJZ 1973, 373; LAEMMEL, SJZ 1994, 245; VOSSEN, Möglichkeiten und Grenzen, 13.

²⁰³⁸ BÜHLER, AJP 1999, 567.

nen unterscheiden.²⁰³⁹ Hinzu kommt, dass es sich bei der psychiatrischen Begutachtung nicht um eine in naturwissenschaftlichem Sinne klare Disziplin handelt; Gutachten sind in der Regel bloss Wahrscheinlichkeitsaussagen.²⁰⁴⁰ Mit solchen stösst man „in Grenzgebiete menschlicher Erkenntnismöglichkeiten vor.“²⁰⁴¹ Daher ist es entscheidend zu klären, was genau der Sachverständige in seinem Gutachten ausführen soll und wie sich der Richter mit den gutachterlichen Feststellungen auseinanderzusetzen hat.

I. Der Inhalt des Gutachtens

Der Inhalt des Gutachtens ist eng mit dem Auftrag verknüpft. Der Experte beantwortet die an ihn gerichteten Fragen.²⁰⁴² Der psychiatrische Sachverständige beurteilt den psychischen Zustand einer Person im Hinblick auf eine juristische Fragestellung.²⁰⁴³ Soweit die Begutachtung die Schuldfähigkeit betrifft, ist zu beantworten, ob zum Tatzeitpunkt eine psychische Störung vorlag sowie ob die Einsichts- und/oder die Steuerungsfähigkeit des Täters eingeschränkt oder ausgeschlossen war.²⁰⁴⁴ Liegt bloss eine Einschränkung vor, so ist der Grad der Herabsetzung anzugeben.²⁰⁴⁵ Die Expertise soll die beim Gericht bestehenden Zweifel über den „biologisch-psychischen Zustand“ der beschuldigten Person ausräumen.²⁰⁴⁶ Bleiben sie bestehen, ist das Gutachten mangelhaft.²⁰⁴⁷

Befürwortet man betreffend der Feststellung der Schuldfähigkeit eine gemischte Methode und ist man dementsprechend der Auffassung, dass die Schuldunfähigkeit immer aufgrund einer psychischen Störung bestehen muss, so ist zwingend darüber Auskunft zu geben. Stellt ein Gutachter keine psychische Störung fest, müsste von der Schuldfähigkeit des Täters ausgegangen

²⁰³⁹ FINK, ZStrR 1979, 37 f.; HARDER, SJZ 1973, 373; LAEMMEL, SJZ 1994, 251; MAIER/MÖLLER, 35, 45 ff.; SCHMID, Diss., 439; vgl. auch FÜRGER, AJP 1992, 1121.

²⁰⁴⁰ FINK, ZStrR 1979, 38; SCHMID, Diss., 440.

²⁰⁴¹ BRUNNER, Verlässlichkeit, 304, der sich dabei insbesondere auf Legalprognosen bezieht.

²⁰⁴² BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 33; DONATSCH, FS-KassGer, 374.

²⁰⁴³ BRÄGGER/GRAF, Jusletter vom 27. April 2015, 33.

²⁰⁴⁴ BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 33.

²⁰⁴⁵ StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 20 N 7; FÜRGER, ZStrR 1988, 400 f.; vgl. auch SCHMID, Diss., 444.

²⁰⁴⁶ BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 33.

²⁰⁴⁷ StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 20 N 2.

werden.²⁰⁴⁸ So wird teilweise gefordert, dass als Grundlage der Begutachtung in einem ersten Schritt eine psychische Störung nach der Massgabe eines internationalen Diagnosekatalogs – ICD-10 oder DSM-V – festgestellt werden müsse.²⁰⁴⁹ Richtigerweise ist die Schuldunfähigkeit nicht ausschliesslich aufgrund eines bestimmten biologisch-psychischen Zustands des Täters möglich. Auch nicht krankheitsbedingte Störungen – allen voran der Affekt – können die Schuldfähigkeit eines Täters ausschliessen oder zumindest beeinträchtigen. Entscheidend ist vorwiegend, ob die Einsicht- und die Steuerungsfähigkeiten zum Tatzeitpunkt erhalten oder ob und in welchem Mass sie gehemmt waren.²⁰⁵⁰ Bei der forensischen Begutachtung betreffend der Frage nach der Einsichtsfähigkeit des Täters geht es für den Sachverständigen darum, festzustellen, wie stark dessen kognitiven Funktionen zum Tatzeitpunkt eingeschränkt waren. Dies kann aufgrund einer Verhaltensanalyse im Zeitpunkt der Tat und unter Berücksichtigung der Symptome einer etwaigen psychischen Störung herausgearbeitet werden.²⁰⁵¹ Betreffend der Steuerungsfähigkeit hat sich der Experte dazu zu äussern, inwiefern der Täter sein Handeln kontrollierend beeinflussen konnte.

Der Experte hat sich im Gutachten an seinem Fachwissen zu orientieren und nur darauf fussende Erkenntnisse darzulegen. Das bedeutet, dass sich der Sachverständige an medizinischen und psychologischen Befunden orientiert.²⁰⁵² Der Regelung in der StPO entsprechend, kommt der Gutachter dem Richter genau bezüglich des ihm fehlenden Fachwissens zur Hilfe; er ist diesbezüglich „Gehilfe des Richters“.²⁰⁵³ In keinem Fall nimmt er hingegen die

²⁰⁴⁸ Zur Methodik der Schuldfähigkeitsfeststellung vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) aa); vgl. auch HABERMEYER/SACHS, Jusletter vom 27. April 2015, 2; SCHMID, Diss., 443.

²⁰⁴⁹ DITTMANN, 154; FRISCHKNECHT/SCHNEIDER/SCHMALBACH, Jusletter vom 21. Mai 2012, 13.

²⁰⁵⁰ STRATENWERTH, AT I, § 11 N 30; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 20 N 7.

²⁰⁵¹ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 37; SCHMID, Diss., 197.

²⁰⁵² BRÄGGER/GRAF, Jusletter vom 27. April 2015, 50; GRAF, Missbrauch, 149; SCHMID, Diss., 443; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 20 N 7; vgl. auch ANTOGNINI, Jusletter vom 6. Juni 2011, 39 f.; BÜHLER, AJP 1999, 573 f.; DUPUIS et al., Art. 20 N 14, welche ausführen, dass der Gutachter die Frage nach der Schuldfähigkeit nicht explizit beantworten muss; LAEMMEL, SJZ 1994, 246.

²⁰⁵³ StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 2; DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 8; DONATSCH, FS-KassGer, 364 f.; DUBS, ZStrR 1989, 338; DUPUIS et al., Art. 20 N 13; HABERMEYER/SACHS, Jusletter vom 27. April 2015, 2; BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 1; PITTELOUD, 414; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 1315; vgl. auch HELFENSTEIN, 7 ff.; MAI-

rechtliche Würdigung des durch ihn festgestellten Sachverhalts vor; er äussert sich nur zu Sach-, nicht jedoch zu Rechtsfragen.²⁰⁵⁴ Für die Beurteilung der Schuldfähigkeit bedeutet dies, dass der Gutachter einzig feststellt, ob Einsichts- und Steuerungsfähigkeit gegeben waren. Er hat sich darüber zu äussern, ob und in welchem Grad die kognitiven und die intellektuellen Fähigkeiten des Täters zum Tatzeitpunkt eingeschränkt waren. Die Entscheidung, ob es dadurch zur Schuldunfähigkeit oder zur verminderten Schuldfähigkeit gekommen ist, stellt eine Rechtsfrage dar und ist ausschliesslich durch den Richter zu beantworten.²⁰⁵⁵

In der Praxis äussern sich viele Gutachter dennoch explizit zur Frage der Schuldfähigkeit.²⁰⁵⁶ Dies wird teilweise als zulässig erachtet, weil die Trennung der psychologisch-psychiatrischen Begutachtung und der rechtlichen Würdigung oftmals sehr schwierig sei. Es könne darum dem Gutachter nicht verwehrt werden, seine Meinung zu äussern, zumal die Entscheidungsverantwortung letztlich beim Richter liege und nur dieser bestimmen könne, was Rechts- und was Tatfrage ist.²⁰⁵⁷ Diesbezüglich ist jedoch grösstmögliche Zurückhaltung zu üben. Gerade bei öffentlichkeitswirksamen Fällen ist zu befürchten, dass ein Richter unter Umständen gehemmt sein kann, seine Verantwortung wahrzunehmen und eine unkorrekte rechtliche Würdigung eines Gut-

²⁰⁵⁴ ER/MÖLLER, 47; PIETH, Strafprozessrecht, 212; RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 182 N 1; SCHMID, Handbuch, 931; SCHMID, Diss., 443 ff.; CR CPP-VUILLE, Art. 182 N 4 ff. Dies folgt schon aus dem Grundsatz „iura novit curia“; ANTOGNINI, Jusletter vom 6. Juni 2011, 39; BRÄGGER/GRAF, Jusletter vom 27. April 2015, 50; PIETH, Strafprozessrecht, 213; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 1316; RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 182 N 4; SCHMID, Handbuch, 931; Textausgabe StPO-SOLLBERGER, 174; vgl. auch ARMBRUSTER/VERGÈRES, 281; BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 4; PIQUEREZ/MACALUSO, 1109; PITTELOU, 413; CR CPP-VUILLE, Art. 182 N 2.

²⁰⁵⁵ BGE 84 IV 137; AMBRUS et al., ZStrR 1983, 75; DUPUIS et al., Art. 20 N 13; GMÜR, plädoyer 4/1999, 30; KIESEWETTER, ZStrR 2010, 320; SCHMID, Diss., 444, 449; SPIRIG, ZSR I/1990, 421; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 30; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 20 N 2; CR CP I-STRÄULI, Art. 20 N 35; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 20 N 7; andeutungsweise ebenso DONATSCH/TAG, 279; vgl. auch BÜHLER, AJP 1999, 574; FINK, ZStrR 1979, 44, der jegliche juristische Schlussfolgerungen im Gutachten für unangebracht hält; HEER, FS-Niggli, 108; PELLET, ZStrR 2004, 230 f.; PITTELOU, 413.

²⁰⁵⁶ ERNST, ZStrR 1979, 47; SPIRIG, ZSR I/1990, 427; SCHMID, Diss., 448.

²⁰⁵⁷ BÜHLER, AJP 1999, 574; DUBS, ZStrR 1989, 340 f.; ERNST, ZStrR 1979, 47 f.; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 20 N 7; andeutungsweise ebenso DUPUIS et al., Art. 20 N 14; FURGER, ZStrR 1988, 399; vgl. auch BRUNNER, Begutachtung, 186, der darauf hinweist, dass fachärztlich begründete Feststellungen und normative Bewertung nur schwer auseinanderzuhalten sind.

achters zu korrigieren. Demnach sollte wo immer möglich eine klare Trennung erfolgen. Der Gutachter gibt sein Fachwissen wieder und der Richter nimmt seiner Stellung gerecht die daraus abzuleitende rechtliche Würdigung vor. Auch aus Sicht der Sachverständigen erscheint das Gegenteil problematisch. Gibt der Gutachter Vorschläge über die Rechtsfolge und halten sich Gerichte immer mehr daran, so erfolgt eine Verantwortungsabschiebung vom Richter hin zum Sachverständigen, was wiederum diesen daran hindern kann, fachlich korrekte Einschätzungen zu tätigen.²⁰⁵⁸

Teilweise wird eine gutachterliche Aussage über die Schuldfähigkeit gar als zwingend betrachtet, da nur so ein eigentlicher Erkenntnisgewinn für den Richter gegeben sei.²⁰⁵⁹ DUBS geht etwa davon aus, dass sich der Sachverständige mit der rechtlichen Fragestellung vertraut machen müsse, um dem Gericht mit dem Gutachten die nötige Entscheidungshilfe geben zu können.²⁰⁶⁰ Er weist darauf hin, dass sich verschiedene Psychiater ausgiebig mit dem rechtlichen Problem der Schuldfähigkeit vertraut gemacht hätten.²⁰⁶¹ Er spricht diesbezüglich von einem „interdisziplinären Dialog“ zwischen Gutachter und Richter.²⁰⁶² Damit kommt es allerdings zu einer klaren Rollenvermischung. Denn genauso wie es dem Richter nicht gestattet sein kann, mit dem Beizug forensischer Literatur über psychische Zustände der beschuldigten Person zu befinden, so wenig ist es Aufgabe der psychiatrischen Sachverständigen, sich über die rechtliche Frage der Schuldfähigkeit zu äussern, selbst wenn sie sich mit der diesbezüglichen juristischen Literatur vertraut gemacht haben.

DUBS weist ausserdem darauf hin, dass sich der Gutachter an der aktuellen Konzeption der Schuldfähigkeit zu orientieren habe.²⁰⁶³ Dies spricht gerade für die Trennung zwischen psychiatrisch-psychologischen Untersuchungen und strafrechtlichen Beurteilungen. So hat der Gutachter nach der fachlich anerkannten Methodik über Einsichts- und Steuerungsfähigkeit der betreffenden

²⁰⁵⁸ Ähnlich SCHMID, Diss., 449 f.

²⁰⁵⁹ KELLER, ZStrR 1980, 371; kritisch HABERMEYER/SACHS, Jusletter vom 27. April 2015, 4.

²⁰⁶⁰ DUBS, ZStrR 1989, 340; diese Meinung ebenfalls ablehnend SCHMID, Diss., 452 ff.

²⁰⁶¹ DUBS, ZStrR 1989, 341, mit Verweis auf verschiedene diesbezügliche Aufsätze; vgl. auch GEHRIG, ZStrR 1980, 369, der von einem „Vorverständnis“ spricht.

²⁰⁶² DUBS, ZStrR 1989, 341.

²⁰⁶³ DUBS, ZStrR 1989, 341; vgl. auch BRANDENBERGER, 9; FINK, ZStrR 1979, 39, der darauf hinweist, dass der Gutachter den Auftrag anderenfalls ablehnen muss, da im Gutachten kein Raum für eine Auseinandersetzung mit derartigen Fragen besteht; FURGER, ZStrR 1988, 386 f.; MAIER/MÖLLER, 170 f.

Person Auskunft zu geben und der Richter schliesst daraus auf deren Schuldfähigkeit. Der Gutachter hat zu *beurteilen*, nicht zu *verurteilen*.²⁰⁶⁴

Als inhaltliche Minimalvorgabe ist zu fordern, dass das Gutachten vollständig, nachvollziehbar und schlüssig ist.²⁰⁶⁵ Vollständig ist es, wenn alle gestellten Fragen unter Beizug aller relevanten Akten und Faktoren präzise beantwortet wurden.²⁰⁶⁶ Ausserdem darf die deskriptive Befunddarstellung nicht mit deren Interpretation vermischt werden.²⁰⁶⁷ Das Gutachten muss hinreichend begründet sein; die Anforderungen an die Urteilsbegründung nach Art. 50 StGB gelten analog.²⁰⁶⁸ Um der Nachvollziehbarkeit zu genügen, sollte sich der fachmännische Experte einer einfachen Sprache bedienen und daher Fachbegriffe kurz erläutern, damit auch ein technischer Laie dem Gutachten folgen kann.²⁰⁶⁹ Die vom Sachverständigen gezogenen Schlüsse müssen sodann den Gesetzen der Logik folgen und anhand der Begründung überzeugend und widerspruchsfrei erscheinen.²⁰⁷⁰ Zudem muss das Gutachten formal stimmig sein. Dazu sind in der forensischen Literatur verschiedene Mindeststandards entwickelt worden, welche gewährleisten sollen, dass die Systematik des Berichts dazu beiträgt, die inhaltlichen Mindestvorgaben zu erfüllen.²⁰⁷¹

Das Gutachten hat nach bestem Wissen und Gewissen des Sachverständigen der Wahrheit zu entsprechen.²⁰⁷² Erstellt er vorsätzlich eine inhaltlich falsche

²⁰⁶⁴ FINK, ZStrR 1979, 38.

²⁰⁶⁵ BGE 141 IV 34, E. 5.2; BRUNNER, Verlässlichkeit, 309 ff.; BÜHLER, AJP 1999, 573; DITTMANN, 153; KELLER, ZStrR 1980, 376; KRÖBER, Qualitätsstandards, 28; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 209; vgl. auch die detaillierteren Mindestanforderungen bei NEDOPIL/DITTMANN/KIESEWETTER, ZStrR 2005, 140 f.

²⁰⁶⁶ BÜHLER, AJP 1999, 573; CR CPP-VUILLE, Art. 189 N 8; vgl. auch DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 45; FINK, ZStrR 1979, 40; SPÜHLER, FS-Schmid, 725.

²⁰⁶⁷ WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 317; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 209.

²⁰⁶⁸ BSK StPO I-HEER, Art. 187 N 6; vgl. auch WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 319; WIPRÄCHTIGER, forumpoenale 2010, 43 Fn. 17, wobei er sich dabei auf aussagepsychologische Gutachten bezieht.

²⁰⁶⁹ BÜHLER, AJP 1999, 573; DITTMANN, 154; FINK, ZStrR 1979, 42; GMÜR, plädoyer 4/1999, 36 f.; LAEMMEL, SJZ 1994, 253; MAIER/MÖLLER, 165; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 1332; SACHS, 293; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Art. 187 N 2; vgl. auch AMBRUS et al., ZStrR 1983, 74; BERTSCHI, ZStrR 1980, 359; FURGER, AJP 1992, 1122; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 1339; VOSSEN, Möglichkeiten und Grenzen, 13.

²⁰⁷⁰ BÜHLER, AJP 1999, 573; vgl. auch GEHRIG, ZStrR 1980, 366; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 209 ff.

²⁰⁷¹ Vgl. zum typischen Aufbau eines Gutachtens etwa DITTMANN, 143 ff. m.w.H.; FOERSTER/DRESSING, 44 ff.; GMÜR, plädoyer 4/1999, 28 ff.; NEDOPIL/MÜLLER, 416 ff.; NEDOPIL/DITTMANN/KIESEWETTER, ZStrR 2005, 127 ff.; SCHMID, Diss., 507 ff.

²⁰⁷² DONATSCH/ZUBERBÜHLER, FS-Riklin, 341.

Expertise, macht er sich nach Art. 307 StGB strafbar.²⁰⁷³ Auf diese Rechtsfolge einer Falschbegutachtung ist im Begutachtungsauftrag hinzuweisen.²⁰⁷⁴ Zu beachten ist, dass der Umstand, dass ein anderer Experte zu abweichenden Schlüssen gelangt, für sich alleine noch nichts über ein unrechtmässiges Verhalten eines der Sachverständigen aussagt. Solche Divergenzen in gutachterlichen Schlüssen basieren vielmehr auf immer wieder vorkommenden, unterschiedlichen Wertungen, welche nicht als Verstoss gegen die Wahrheitspflicht aufzufassen sind.²⁰⁷⁵ Gemäss Art. 189 lit. b StPO hat bei inhaltlich abweichenden Gutachten eine Ergänzung oder Verbesserung zu erfolgen.

II. Die Würdigung durch das Gericht

Das Gericht muss ein Gutachten beachten, ist in dessen Würdigung jedoch freund dementsprechend nicht an die Schlussfolgerungen des Sachverständigen gebunden.²⁰⁷⁶ Mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist klargestellt, dass immer das Gericht die abschliessende Verantwortung für die recht-

²⁰⁷³ DITTMANN/GRAF, Aspekte, 693; DONATSCH, FS-KassGer, 373; DONATSCH/ZUBERBÜHLER, FS-Riklin, 341; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 165; HELFENSTEIN, 155; MAIER/MÖLLER, 125 f.; RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 184 N 2; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 520; vgl. auch DITTMANN/GRAF, Forensische Psychiatrie, 463.

²⁰⁷⁴ Art. 184 Abs. 2 lit. f StPO; ARMBRUSTER/VERGÈRES, 283; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 184 N 31; DONATSCH, FS-KassGer, 373; DONATSCH/ZUBERBÜHLER, FS-Riklin, 341; BSK StPO I-HEER, Art. 184 N 19; PIQUEREZ/MACALUSO, 1117; RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 184 N 2; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 527; CR CPP-VUILLE, Art. 184 N 14. Bei diesem Hinweis handelt es sich um ein Gültigkeitserfordernis; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 1324; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 1311; SCHMID, Handbuch, 940; CR CPP-VUILLE, Art. 184 N 14.

²⁰⁷⁵ DONATSCH/ZUBERBÜHLER, FS-Riklin, 342; vgl. auch DONATSCH, FS-KassGer, 365; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 525.

²⁰⁷⁶ Art. 10 Abs. 2 StPO; BGE 136 IV 55, E. 5.6; 113 IV 1, E. 3; 102 IV 225, E. 7b; 101 IV 129, E. 3a; BGer, Urteil vom 19. Juni 2014, 6B_748/2013, E. 13.2; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 35; BRÄGGER/GRAF, Jusletter vom 27. April 2015, 54; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 189 N 21; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 20 N 8; DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 43; DONATSCH, FS-KassGer, 372; DONATSCH/TAG, 279; DONATSCH/ZUBERBÜHLER, FS-Riklin, 343; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 166; DUPUIS et al., Art. 20 N 16; ERNST, ZStrR 1979, 48; FORNI, ZStrR 2004, 223; GEHRIG, ZStrR 1980, 366; BSK StPO I-HEER, Art. 189 N 1; HEER, FS-Wiprächtiger, 183 f.; HELFENSTEIN, 251; MAIER/MÖLLER, 239; PIQUEREZ/MACALUSO, 1127; PITTELOUD, 414; SCHMID, Handbuch, 951; SCHMID, Diss., 446; SPIRIG, ZSR I/1990, 436; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 30; WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 316 ff.; vgl. auch HARDER, SJZ 1973, 376; CR CP I-STRÄULI, Art. 20 N 34.

liche Würdigung des Sachverhalts trägt.²⁰⁷⁷ Prozessual ist das Gutachten als persönliches Beweismittel zu behandeln, dem kein höheres Gewicht als anderen Beweismitteln zukommt.²⁰⁷⁸

Für die Frage der Schuldfähigkeit bedeutet dies, dass der Richter auf eine bloss verminderte Schuldfähigkeit bestimmen darf, wenn der Gutachter von der Schuldunfähigkeit ausgeht und umgekehrt.²⁰⁷⁹ Gleiches gilt für den Grad, in welchem Einsichts- und Steuerungsfähigkeit und damit die Schuldfähigkeit vermindert sind. Dies folgt nur schon daraus, dass dieser ohnehin nicht erfahrungswissenschaftlich exakt bestimmt werden kann.²⁰⁸⁰

Der gerichtlichen Abweichung von einem fachmännischen Gutachten werden durch das Willkürverbot gewisse Grenzen gesetzt. Sie ist ohne überzeugende, triftige und bewiesene Gründe nicht möglich, da sie dann als willkürlich erscheint.²⁰⁸¹ Gerade wenn eine Begutachtung gesetzlich vorgeschrieben ist, „darf das Gericht nur dann von den Folgerungen des Experten abweichen, wenn wirklich gewichtige zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien deren Überzeugungskraft ernstlich erschüttern.“²⁰⁸² Dies gilt umso mehr, wenn es sich um eine Divergenz in Fachfragen handelt.²⁰⁸³ Eine Abweichung ohne materielle Auseinandersetzung mit dem Gutachten ist in jedem Fall unstatthaft.²⁰⁸⁴ So darf der Richter bei einer formal korrekt diagnostizierten, nicht unerheblichen Beeinträchtigung der tatrelevanten intellektuellen oder volunta-

²⁰⁷⁷ BRÄGGER/GRAF, Jusletter vom 27. April 2015, 54; vgl. auch SCHMID, Diss., 446.

²⁰⁷⁸ StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 2.

²⁰⁷⁹ BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 35.

²⁰⁸⁰ SPIRIG, ZSR I/1990, 428; VOSSEN, ZStrR 1980, 383; VOSSEN, Möglichkeiten und Grenzen, 20; vgl. auch BRUNNER, plädoyer 3/2005, 36 f.; LAEMMEL, SJZ 1994, 246; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 213.

²⁰⁸¹ BGE 102 IV 225, E. 7b; 101 IV 129, E. 3a; ANTOGNINI, Jusletter vom 6. Juni 2011, 41 ff.; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 35; BRÄGGER/GRAF, Jusletter vom 27. April 2015, 54; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 189 N 24; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 20 N 8; FORNI, ZStrR 2004, 223; BSK StPO I-HEER, Art. 189 N 2; SCHMID, Diss., 447; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 20 N 2; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 20 N 8; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 207; vgl. auch DONATSCH/TAG, 279; DONATSCH/ZUBERBÜHLER, FS-Riklin, 343; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 166 f.; DUPUIS et al., Art. 20 N 16; CR CP I-STRÄULI, Art. 20 N 36.

²⁰⁸² BGE 101 IV 129, E. 3a.

²⁰⁸³ BGE 118 Ia 144, E. 1a; 110 Ib 56, E. 2; BGer, Urteil vom 19. Juni 2014, 6B_748/2013, E. 13.2; BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 35; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 20 N 7; MAIER/MÖLLER, 239 ff.; PIQUEREZ/MACALUSO, 1128; WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 317; vgl. auch SCHMID, Diss., 447; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 30.

²⁰⁸⁴ StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 20 N 8.

tiven Fähigkeiten des Täters nicht bloss aus kriminalpolitischen Gründen oder generalpräventiven Überlegungen von dessen vollen Schuldfähigkeit ausgehen.²⁰⁸⁵ Damit würde das Schuldprinzip in unbegründeter und nicht vorgesehener Weise verletzt. Möglich ist hingegen, dass der Richter einen gutachterlich festgestellten, psychischen Zustand als unzureichend ansieht, um eine rechtlich relevante Einschränkung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit zu begründen.²⁰⁸⁶ Für diese Entscheidung sind jedoch sachliche Gründe anzugeben.

Ein Antagonismus in Fachfragen ist nicht möglich, ohne dass das Gutachten zunächst wegen Zweifel an der Richtigkeit im Sinne von Art. 189 lit. c StPO an die sachverständige Person zurückgewiesen wurde. Andernfalls lassen sich kaum sachliche Gründe finden, welche das Gericht zur Abweichung von der Experteneinschätzung berechtigen würden; zumal mit Art. 20 StGB gerade gesetzgeberisch die Vermutung statuiert wurde, dass dem Richter das nötige Fachwissen für die Beurteilung von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit fehlt. Er darf nicht selber auf forensische Erkenntnisse zurückgreifen und sich so faktisch an die Stelle der sachverständigen Person stellen.²⁰⁸⁷

Die erhöhten Anforderungen an die Abweichung von Gutachten bedeuten keinesfalls, dass der Richter das Gutachten ungeprüft übernehmen soll. Dies besagt schon der Grundsatz, dass er es zu würdigen hat. Dementsprechend ist er verpflichtet, sich auch inhaltlich mit den Ergebnissen des Sachverständigen auseinanderzusetzen und diese zu prüfen. Nur so kann er bestimmen, ob das Gutachten sowohl den formalen als vor allem auch den inhaltlichen Anforderungen standhält und die richterlichen Zweifel, die zur Begutachtung Anlass gaben, beseitigen konnte.²⁰⁸⁸

Liegen verschiedene voneinander abweichende Gutachten vor, so kann der Richter sich frei für eines entscheiden, ohne dabei an die Schranken des Will-

²⁰⁸⁵ SCHMID, Diss., 447.

²⁰⁸⁶ DITTMANN/GRAF, Forensische Psychiatrie, 463.

²⁰⁸⁷ Vgl. auch HEER, FS-Wiprächtiger, 184 f.

²⁰⁸⁸ Auch HEER, FS-Wiprächtiger, 183 f., weist darauf hin, dass die Zurückhaltung des Bundesgerichts bei der Abweichung von Gutachten nicht dahingehend missverstanden werden darf, dass dem Juristen die inhaltliche Überprüfung des fachfremden Gutachtens gänzlich abgesprochen wird; vgl. auch HARDER, SJZ 1973, 376; BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 6, Art. 189 N 3; HEER, FS-Niggli, 104; HELFENSTEIN, 251 ff.; MAIER/MÖLLER, 229 ff.; PIQUEREZ/MACALUSO, 1126; SCHMID, Diss., 447, 534 f.; WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 318 f.; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 207 f.

kürgebots gebunden zu sein.²⁰⁸⁹ Auch hier sollte gestützt auf die klare Regelung in Art. 189 lit. b StPO allerdings zuerst eine Verbesserung oder Erneuerung erfolgen. Ansonsten kann das alleinige Abstellen auf eines der Gutachten ebenfalls als willkürlich erscheinen.²⁰⁹⁰ Eine Ausnahme liegt nur dann vor, wenn nicht zu erwarten ist, dass sich der Widerspruch zwischen den verschiedenen Expertisen durch eine Ergänzung oder eine erneute Begutachtung klären lässt. In diesem Fall kann sich der Richter in freier Beweiswürdigung für ein Gutachten entscheiden.²⁰⁹¹

Ist das Gericht oder eine Partei der Ansicht, dass das Gutachten unvollständig oder unschlüssig ist, hat eine Rückweisung nach Art. 189 lit. a StPO zu erfolgen. Würde dennoch auf eine nicht schlüssig dargelegte Expertise zurückgegriffen, begründet dies eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 9 BV.²⁰⁹² Demnach ist die richterliche Kontrolle des Gutachtens zu einem gewichtigen Teil auch Plausibilitätsprüfung. Der Richter untersucht, ob die gezogenen Schlüsse vollständig und logisch nachvollziehbar sind.

In der Praxis kommt psychiatrischen Gutachten eine überaus grosse Bedeutung zu.²⁰⁹³ Trotz des Grundsatzes der freien Würdigung ist zu erkennen, dass sie in der Regel verfahrensentscheidendes Gewicht haben.²⁰⁹⁴ Gerade aufgrund den bundesgerichtlichen Voraussetzungen für die Abweichung von gutachterlichen Schlüssen kommt es zu einer Verantwortungsverschiebung von der

²⁰⁸⁹ BGE 107 IV 7, E. 5; StGB Kommentar-DONATSCH, Art. 20 N 8; SCHMID, Diss., 535 f.; STRATENWERTH, AT I, § 11 N 30; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 20 N 2; vgl. auch DITTMANN/GRAF, Forensische Psychiatrie, 463; DONATSCH/ZUBERBÜHLER, FS-Riklin, 343; CR CP I-STRÄULI, Art. 20 N 39.

²⁰⁹⁰ KassGer ZH, zitiert nach DELNON/RÜDY, FS-KassGer, 354; vgl. auch DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 167; CR CPP-VUILLE, Art. 189 N 13 ff.

²⁰⁹¹ StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 189 N 26.

²⁰⁹² BGE 118 Ia 144, E. 1a; DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 47; DONATSCH, FS-KassGer, 372; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 167; BSK StPO I-HEER, Art. 189 N 18; HEER, FS-Wiprächtiger, 184; SCHMID, Handbuch, 952; WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 317 f.; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 207; vgl. auch SPÜHLER, FS-Schmid, 725; WIPRÄCHTIGER, forumpenale 2010, 41, wobei er sich dabei auf aussagepsychologische Gutachten bezieht.

²⁰⁹³ BRUNNER, plädoyer 3/2005, 36; DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 9; DONATSCH/ZUBERBÜHLER, FS-Riklin, 338; GMÜR, plädoyer 4/1999, 28; PELLET, ZStrR 2004, 225; SANER, ZStrR 2014, 121: „Schlüsselrolle“; WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 323; vgl. auch BGE 118 Ia 144, E. 1a; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 164.

²⁰⁹⁴ BRÄGGER/GRAF, Jusletter vom 27. April 2015, 61; BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 1; SCHMID, Diss., 449 f.; vgl. auch FORNI, ZStrR 2004, 210, 214; HEER, FS-Niggli, 103; LEIBUNDGUT, ZStrR 1982, 160 ff., dessen Untersuchung zeigte, dass die meisten Gutachten vorbehaltlos übernommen wurden.

Justiz hin zur Psychiatrie.²⁰⁹⁵ Zuweilen wird gar von einer schleichenden Entmachtung der Justiz gesprochen.²⁰⁹⁶ Um dieser Tendenz entgegenzuwirken, ist erneut die strikte Rollenteilung zwischen Richter und Sachverständigen zu betonen.

Der Sachverständige soll der urteilenden Person einzig ihr fehlendes Fachwissen liefern und diese hat den festgestellten Sachverhalt dann juristisch zu würdigen. Dies bedingt insbesondere, dass im Gutachten von rechtlichen Schlussfolgerungen und Empfehlungen abgesehen wird. Die Frage der Schuldfähigkeit soll dem Richter überlassen werden. Der Gutachter stellt einzig fest, ob zum Tatzeitpunkt eine psychische Störung vorlag und ob aufgrund dieser oder anderen Umständen die intellektuellen und/oder die kognitiven Fähigkeiten des Täters eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen waren. Dies ist schon daher angebracht, weil es keine direkte Parallelität zwischen der medizinisch festgestellten Einschränkung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit – beziehungsweise eigentlich besser der intellektuellen und der kognitiven Fähigkeiten der begutachteten Person²⁰⁹⁷ – und der verminderten Schuldfähigkeit gibt.²⁰⁹⁸ Nur durch eine klare Rollenteilung ist gesichert, dass der Richter schliesslich die Verantwortung der rechtlichen Würdigung trägt und der Gutachter sich auf sein Fachgebiet konzentrieren kann.²⁰⁹⁹ Sieht der Sachverständige von der Verwendung juristischer Begriffe ab, muss sich der Richter ein

²⁰⁹⁵ BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 77 f.; BRÄGGER/GRAF, Jusletter vom 27. April 2015, 61; BRUNNER, Begutachtung, 186; BRUNNER, plädoyer 3/2005, 36; DONATSCH, Jusletter vom 14. Mai 2007, 9; HEER, FS-Niggli, 103, spricht vom „Verlust von Kompetenzen“; PIETH, Strafprozessrecht, 212 f.; vgl. auch StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 11; GRAF, Missbrauch, 141, der die Verantwortungsverschiebung der Verschiebung von einem Schuld- zu einem Präventionsstrafrecht zuschreibt; SANER, ZStrR 2014, 121 f. Dabei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass diese Diskussion insbesondere für Gefährlichkeits- und andere Prognosegutachten noch schärfer geführt wird; vgl. etwa BRUNNER, Verlässlichkeit, 304 f.; BRUNNER, Begutachtung, 186 ff.

²⁰⁹⁶ BRÄGGER/GRAF, Jusletter vom 27. April 2015, 61; vgl. auch BRUNNER, Begutachtung, 186, er spricht von „Richter in Weiss“; BRUNNER, plädoyer 3/2005, 36; BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 1.

²⁰⁹⁷ Vgl. SCHMID, Diss., 450, der auch in der Einsichts- und der Steuerungsfähigkeit juristische Fachbegriffe sieht, von deren Verwendung der Gutachter absehen sollte.

²⁰⁹⁸ HABERMAYER/SACHS, Jusletter vom 27. April 2015, 4; SCHMID, Diss., 451; überhaupt ist das psychiatrische und das juristische Schuldverständnis ein anderes; vgl. KIESEWETTER, ZStrR 2010, 318.

²⁰⁹⁹ Es muss zwingend der Richter sein, der die Verantwortung für das Urteil trägt; vgl. DONATSCH/ZUBERBÜHLER, FS-Riklin, 339; SCHMID, Diss., 450 f.

eigenes Urteil über die Schuldfähigkeit des Täters bilden und die gutachterlichen Schlussfolgerungen gezwungenermassen juristisch würdigen.²¹⁰⁰

Um die Rollentrennung zu gewährleisten, ist es wichtig, dass sowohl der Sachverständige als auch der Richter ein gewisses Grundverständnis des anderen Sachgebiets haben, da erster nur dann wissen kann, welche Aufgaben dem Richter zu überlassen sind und dieser im Gegenzug entscheiden kann, ob das Gutachten den forensischen Standards entspricht, inhaltlich schlüssig ist und nicht über die gutachterlichen Kompetenzen hinaus geht.²¹⁰¹ Die Trennung zwischen der Rolle der Richter und jener der Sachverständigen ist keine Absage an die Interdisziplinarität; sie ist gerade Voraussetzung für deren Gewährleistung.

E. Die gutachterliche Feststellung des Affekts

I. Begutachtungspflicht bei Affekttaten

Wie im ersten Kapitel dieses Teils gezeigt, kann ein Affekt insbesondere dazu führen, dass die Schuldfähigkeit des Täters vermindert wird und damit zumindest zweifelhaft ist.²¹⁰² Dementsprechend gehen verschiedene Autoren und das Bundesgericht zu Recht davon aus, dass das Vorliegen eines Affekts zum Tatzeitpunkt ein Umstand ist, welcher eine Begutachtungspflicht nach Art. 20 StGB auslöst.²¹⁰³ Dabei bedarf es jedoch ernsthafter Anhaltspunkte dafür, dass der Täter tatsächlich unter dem Einfluss einer heftigen Gemütsbewegung gehandelt hat. Nur weil das Vorliegen einer Affekthandlung aus Sicht

²¹⁰⁰ Vgl. auch SCHMID, Diss., 450 ff.

²¹⁰¹ Vgl. auch BRÄGGER/GRAF, Jusletter vom 27. April 2015, 62 ff.; FURGER, ZStrR 1988, 385; HABERMEYER/SACHS, Jusletter vom 27. April 2015, 4 ff.; HEER, FS-Wiprächtiger, 183 f.; HEER, FS-Niggli, 115 f.; KIESEWETTER, ZStrR 2010, 320 ff.; KRÖBER, Begutachtung, 204 f.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 533 ff., welche darauf hinweisen, dass die korrekte Überprüfung durch Juristen oft kaum möglich ist; SCHMID, Diss., 477; VOSSEN, Möglichkeiten und Grenzen, 13 f.; WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie, 207 f.; kritisch gegen die Anforderung von juristischem Wissen an Gutachter SPIRIG, ZSR I/1990, 421.

²¹⁰² Vgl. dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. a) cc) und Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 4. b) aa).

²¹⁰³ BGE 116 IV 273, E. 4a; CR CP I-STRÄULI, Art. 20 N 14; StGB-Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 20 N 2; andeutungsweise ebenso BGE 133 IV 145, E. 3.6; OGer ZH, Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. II. 2.1.3.; vgl. auch BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 12.

des Täters „in keiner Weise ausgeschlossen“ werden kann, ist noch kein Gutachten einzuholen.²¹⁰⁴ Liegen hingegen wesentliche Anhaltspunkte für einen Affekt vor – etwa entsprechende Zeugenaussagen –, so ist eine Situation gegeben, welche Zweifel an der Schuldfähigkeit hervorruft. Entsprechend zur allgemeinen Feststellung gilt auch hier, dass sich das Gericht dieser Unsicherheit nicht einfach durch eigenständiges Beiziehen der Fachliteratur entledigen kann. Es ist nicht sachgerecht, wenn die Zweifel an der Schuldfähigkeit des Affekttäters damit widerlegt werden sollen, dass unter Beizug der forensischen Kriterienkataloge auf das Nichtvorliegen eines Affekts geschlossen wird.²¹⁰⁵

Liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass der Täter im Umfeld der Tat tatsächlich unter dem Einfluss eines Affekts gestanden hat und dieser sich allerdings offensichtlich nicht auf die Tathandlung auswirkte, so muss kein Gutachten eingeholt werden. Dies ist nach Bundesgericht etwa dann der Fall, wenn der Täter erst 15-20 Minuten nach der emotionalen Aufregung zur Tat schritt. Dann kann nicht mehr davon gesprochen werden, dass das Delikt in einer heftigen Gemütsbewegung begangen wurde. Dementsprechend muss trotz einer möglicherweise starken emotionalen Erregung des Täters kein Gutachten eingeholt werden.²¹⁰⁶

Selbst wenn der Affekt nicht als Schuldausschlussgrund im Sinne von Art. 20 StGB in Frage kommt, kann er wie gesehen dennoch für die Strafzumessung relevant sein – entweder bei der Bestimmung des anwendbaren Delikts, im Rahmen von Art. 48 lit. c StGB oder bei der Festsetzung des konkreten Strafmasses.²¹⁰⁷ In diesem Kontext kann sich eine Begutachtung nach Art. 182 StPO aufdrängen. So kann auch bei einem Affekt, bei dem keine Zweifel an der Schuldfähigkeit vorhanden sind – was ohnehin nur schwer vorstellbar ist –, eine Pflicht zur Einholung eines Gutachtens bestehen. Ein solches ist beizuziehen, wenn zu erwarten ist, dass ein psychiatrischer oder ein psychologischer Sachverständiger in fundierter Weise eine Aussage über den emotionalen Zustand des Täters machen kann, welche dem Gericht mangels Fachwissen nicht möglich ist. Schliesslich ist die Berücksichtigung des Affekts in diesem Zusammenhang nur eine Verschiebung der Schuldproblematik. So wird er gegebenenfalls nicht bei der Schuld, sondern bei der Strafzumessung

²¹⁰⁴ BGer, Urteil vom 9. Oktober 2009, 6B_579/2009, E. 2.3; vgl. auch BGer, Urteil vom 21. April 2015, 6B_132/2015, E. 3.5.1 f.; andeutungsweise ebenso BGer, Urteil vom 23. Juni 2015, 6B_181/2015, E. 3.3.2.

²¹⁰⁵ In der deutschen Literatur ebenso SALGER, FS-Tröndle, 210 f.

²¹⁰⁶ BGer, Urteil vom 14. Dezember 2007, 6B_418/2007, E. 2.3; zur zeitlichen Voraussetzung eines Affekts vorne Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) aa) (3).

²¹⁰⁷ Vgl. vorne Zweiter Teil 1. Kap. B. III. 2.

berücksichtigt, womit aber immer noch das *Verschulden* berücksichtigt wird. Die Einschätzung des Sachverständigen ermöglicht es dann zu bestimmen, ob tatsächlich von einer heftigen Gemütsbewegung auszugehen ist und in welchem Ausmass sich diese auf die Beherrschungsfähigkeit des Täters ausgewirkt hat.

Dementsprechend ist anzunehmen, dass im Fall einer Affekttat grundsätzlich ein Gutachten einzuholen ist.²¹⁰⁸ Es können jedoch unter Umständen Ausnahmen von dieser generellen Verpflichtung bestehen,²¹⁰⁹ so etwa wenn der Sachverständige dem Gericht keine weiteren Anhaltspunkte für die Beurteilung des Falls geben kann. Häufig kann zum Feststellen eines Affekts einzig und alleine auf die Aussagen des Beschuldigten, des Opfers und allfälliger Zeugen abgestellt werden. Fehlt der betroffenen Person dabei die Erinnerung an das Geschehen und muss die Situationseinschätzung daher ausschliesslich auf Aussagen von Drittpersonen gestützt werden, so ist eine psychiatrisch-psychologische Beurteilung des Gemütszustands des Täters zum Tatzeitpunkt nur schwer möglich. In einem solchen Fall kann unter Umständen auf ein Gutachten verzichtet werden. Es gilt allerdings zu beachten, dass grundsätzlich davon auszugehen ist, dass ein psychiatrischer oder ein psychologischer Sachverständiger psychopathologisch beschreibende und motivationsaufhellende Anhaltspunkte liefern kann.²¹¹⁰ Diese ermöglichen die sachkundige Beantwortung der Frage, ob und inwiefern sich der Affekt auf die Einsichts- beziehungsweise die Steuerungsfähigkeit des Täters ausgewirkt hat.

Eine weitere Ausnahme ist dann gegeben, wenn das Gericht keinerlei Zweifel hat, dass der Täter in einem Affekt gehandelt und sich dieser auf die Schuldfähigkeit ausgewirkt hat. Dementsprechend wird in der Praxis bei der Feststellung des Totschlags immer wieder auf ein Gutachten verzichtet.²¹¹¹ Die Ausnahme von der Begutachtungspflicht aufgrund zweifelsfrei feststehender Schuldunfähigkeit oder verminderter Schuldfähigkeit vermag grundsätzlich nicht zu überzeugen,²¹¹² dies gilt auch im Kontext der Affektbegutachtung. Selbst wenn das Gericht der Ansicht ist, dass eine heftige Gemütsbewegung zur verminderten Schuldfähigkeit oder zur Annahme eines Totschlags führt,

²¹⁰⁸ Ebenso SALGER, FS-Tröndle, 207, 210, für das deutsche Schrifttum.

²¹⁰⁹ Allgemein zu den Ausnahmen von der Begutachtungspflicht vorne Zweiter Teil 3. Kap. A. II.

²¹¹⁰ NEDOPIL/MÜLLER, 280.

²¹¹¹ Vgl. zum Beizug eines Gutachters bei der Feststellung des Totschlags auch vorne Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) dd) (1).

²¹¹² BSK StGB I-BOMMER, Art. 20 N 20; vgl. auch die Ausführungen vorne Zweiter Teil 3. Kap. A. II.

lässt sich das Ausmass deren Auswirkung auf die Einsichts- und die Steuerungsfähigkeit in der Regel nur unter Zuhilfenahme eines Gutachtens sachgemäss bestimmen.

Schliesslich kann auf eine Begutachtung der Affekttat verzichtet werden, wenn eine etwaige verminderte Schuldfähigkeit aufgrund eines Vorverschuldens des Täters klarerweise nicht zu beachten ist.²¹¹³

In der Praxis kommt es bei Affektdelikten nur in Ausnahmefällen zu Begutachtungen.²¹¹⁴ Höchstens bei schwerwiegenden Delikten – vor allem bei Tötungen – werden Gutachten zur Beurteilung des emotionalen Zustands des Täters zum Tatzeitpunkt in Auftrag gegeben.²¹¹⁵ Dies ist aus praktischer Sicht aufgrund des grossen Mangels an geeigneten Experten zwar nachvollziehbar, genügt jedoch den gesetzlichen Anforderungen nicht. Wird eine Tat in einer emotionalen Ausnahmesituation begangen, so liegt klarerweise ein Umstand vor, welcher Zweifel an der Schuldfähigkeit des Täters hervorruft, weshalb eine Begutachtung zu erfolgen hat. Diese Pflicht folgt schon daraus, dass bei Affektdelikten gelegentlich eine verminderte Schuldfähigkeit angenommen wird und weil eine heftige Gemütsbewegung ansonsten zumindest für die Strafzumessung relevant ist.

II. Die Fragestellung beim Affektgutachten

Bei der gutachterlichen Feststellung des Affekts ergeben sich häufig terminologische Schwierigkeiten. Das forensische Begriffsverständnis lässt sich oft nur schwierig mit dem juristischen in Einklang bringen.²¹¹⁶ Dementsprechend wurde bereits darauf hingewiesen, dass in der forensischen Psychiatrie ein anderes Verständnis des Affekts vorherrschend ist als jenes, das in dieser Arbeit verwendet wird.²¹¹⁷

Um dieser Problematik entgegenzuwirken, kommt es entscheidend auf den richterlichen Gutachtensauftrag an. Darin sind, wie zuvor ausgeführt, die Umstände anzugeben, welche die Begutachtung veranlassen. Gerade für Affektdelikte sind diese Gegebenheiten genau darzustellen. Der Richter hat exakt zu

²¹¹³ Vgl. allgemein zur Ausnahme bei einer klaren *actio libera in causa* vorne Zweiter Teil 3. Kap. A. II.

²¹¹⁴ Vgl. auch NEDOPIL/MÜLLER, 279.

²¹¹⁵ Vgl. zur gutachterlichen Feststellung eines Totschlags vorne Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) dd).

²¹¹⁶ FURGER, AJP 1992, 1122.

²¹¹⁷ Vgl. dazu vorne Erster Teil 1. Kap. D.

beschreiben, welche Elemente des Einzelfalls auf einen Affekteinfluss hindeuten und daher Zweifel an der Schuldfähigkeit hervorgerufen haben. Dabei hat er die Hintergründe dieser Situation – etwa durch Angaben entsprechender Aussagen des Beschuldigten oder anderer Zeugen, der Schilderung des Tathergangs oder dergleichen – anzugeben und den für die Begutachtung massgeblichen Sachverhalt darzulegen.

Um die begrifflichen Schwierigkeiten zu umgehen, ist genau zu bezeichnen, wie der Terminus Affekt gebraucht wird. Der Auftraggeber hat klarzustellen, dass es um die Beurteilung einer emotionalen Ausnahmesituation beziehungsweise einer heftigen Gemütsbewegung geht. Steht auch ein Vorliegen einer schweren psychischen Belastung in Frage, so ist dies separat zu bezeichnen. Nur so wird ermöglicht, dass der Gutachter klar zwischen diesen beiden Varianten unterscheidet.

III. Methodik bei der Begutachtung des Affektdelikts

Der forensischen Literatur sind verschiedene Methoden zu entnehmen, wie auf eine zum Tatzeitpunkt vorliegende heftige Gemütsbewegung geschlossen werden kann. Dabei kann sich an gewissen Merkmalen orientiert werden.²¹¹⁸ Einige davon beziehen sich jedoch auf eine andere Affektkonzeption.²¹¹⁹ Diese Elemente sind durch den klar umrissenen Auftrag zur Beurteilung einer heftigen Gemütsbewegung nicht zu beachten. Es kann zudem auf die Kriterien zur Annahme einer in einer heftigen Gemütsbewegung begangenen Tötung zurückgegriffen werden.²¹²⁰ Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die bloße Abarbeitung solcher Kriterienkataloge nicht genügen kann. Es ist nicht ausgeschlossen, dass bei einer Affekttat einzelne Elemente nicht vorhanden und andere dafür stärker ausgeprägt sind. Die Beurteilung hat sich daher stark am Einzelfall zu orientieren.²¹²¹

Der Sachverständige hat sich auf die ihm übergebenen und im Auftrag bezeichneten Akten zu stützen. Zusätzlich ist die beschuldigte Person durch den Gutachter persönlich zu untersuchen. Der Experte hat aus deren Aussagen beim Explorationsgespräch und aus Zeugenaussagen in den Akten Rück-

²¹¹⁸ MAIER/MÖLLER, 189; NEDOPIL/MÜLLER, 279; SbgK-VELTEN, § 76 N 13; vgl. dazu vorne Erster Teil 1. Kap. D. II.

²¹¹⁹ Dazu vorne Erster Teil 1. Kap. D. III.

²¹²⁰ Vgl. dazu Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) aa) (5).

²¹²¹ Vgl. dazu vorne Erster Teil 1. Kap. D. II. 3. und Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) aa) (5).

schlüsse auf einen durch eine heftige Gemütsbewegung verursachten Kontrollverlust des Täters zum Tatzeitpunkt zu ziehen. Er hat den Tatverlauf umfassend zu analysieren, um Hinweise auf den psychischen Zustand des Täters zu gewinnen.²¹²² Dabei hat er insbesondere dessen Persönlichkeit eingehend auszuwerten, um festzustellen, ob beim Täter eine darin begründete Disposition für einen solchen Kontrollverlust in emotionalen Ausnahmesituationen besteht.²¹²³ Die genau abgegrenzte Affekthandlung muss schliesslich mit der Persönlichkeit der betreffenden Person in Bezug gesetzt werden, um die Auswirkungen des Affekts beurteilen zu können.²¹²⁴ Auch gegebenenfalls vorhandenen und für den Tathergang relevanten konstellativen Faktoren des Affekts muss im Gutachten Rechnung getragen werden.²¹²⁵ Tatorientiert ist der Affekt auf seine körperlichen und psychischen Symptome zum Tatzeitpunkt zu untersuchen. Darüber hinaus sind gewisse dynamische Faktoren zu berücksichtigen; beachtet wird insbesondere die Affektgenese. Schliesslich sollten auch Coping-Strategien beziehungsweise Fähigkeiten zur Emotionskontrolle der betreffenden Person beurteilt werden.²¹²⁶

Bei der Begutachtung des Affekts sind damit – wenn auch nur eingeschränkt – das Vortatverhalten und insbesondere auch das Nachtatverhalten miteinzubeziehen. Dies kann entscheidende Antworten dazu liefern, ob tatsächlich von einem Affektdelikt auszugehen ist.²¹²⁷ In der Praxis zeigt sich jedoch, dass sich Gutachten über Affekttaten häufig in der Betrachtung und Beurteilung der Deliktshandlung erübrigen.²¹²⁸ Dementsprechend ist zu fordern, dass bei der Begutachtung eines Affekts ein umfassender Ansatz gewählt wird. Es sind insbesondere auch die Provokationssituation sowie die Umstände nach der Tat miteinzubeziehen.²¹²⁹ Der Gutachter hat sich ausserdem mit einer allenfalls vom Täter vorgebrachten Erinnerungslücke auseinanderzusetzen, wobei er zu bestimmen hat, ob es sich lediglich um eine Schutzbehauptung handelt oder ob

²¹²² RAUCH, 206 f.

²¹²³ KONRAD/RASCH, 373; vgl. auch BLAU, FS-Tröndle, 121; LAMBERTI, Zeitschrift für Neuropsychologie 2009, 222; MAATZ, Nervenarzt 2005, 1394; SALGER, FS-Tröndle, 203; ZABEL, 43.

²¹²⁴ HORN, 163.

²¹²⁵ STELLER, 136; vgl. zu den konstellativen Faktoren vorne Erster Teil 1. Kap. D. II. 2. d).

²¹²⁶ SbgK-VELTEN, § 76 N 13 ff. m.w.H.; vgl. auch ZERBES, 91.

²¹²⁷ MAIER/MÖLLER, 189; vgl. auch SALGER, FS-Tröndle, 203.

²¹²⁸ MAIER/MÖLLER, 189.

²¹²⁹ Vgl. auch HORN, 163 f.

sie durch eine psychiatrisch-psychologische Einschätzung verifiziert werden kann.²¹³⁰

Entsprechend zum zuvor beschriebenen Gutachtensauftrag ist wichtig, dass sich der Gutachter auf die heftige Gemütsbewegung beschränkt oder sie zumindest klar von einer anderen psychischen Belastung oder Störung trennt. Die Umstände der Tat müssen für die einzelnen Störungsbilder gesondert untersucht werden.

Bei der gutachterlichen Feststellung einer heftigen Gemütsbewegung und deren Auswirkungen ergeben sich methodische Probleme. So lässt sich der Affekt praktisch ausschliesslich auf der Grundlage der Aussagen des mutmasslichen Täters und anderer Beobachter feststellen. Gerade wenn der Tathergang nicht durch verschiedene Zeugenaussagen gut rekonstruiert werden kann, stützt sich der Gutachter häufig einzig auf die Angaben des Täters. Inwiefern diese eine genügende Basis für eine retropektive Begutachtung liefern können, darf durchaus bezweifelt werden.²¹³¹ So ist immer die Möglichkeit einer bewusst oder unbewusst erfolgten Falschaussage in Betracht zu ziehen.²¹³²

Insgesamt sind der Begutachtung eines Affekts durchaus gewisse Grenzen gesetzt. So kann die eigentliche Situation nur mittels Befragung rekonstruiert werden – was in der Regel jedoch für die psychiatrische Untersuchung ausreicht.²¹³³ Nicht zulässig ist es, zu versuchen, die Person künstlich in einen emotionalen Zustand wie zum Tatzeitpunkt zu versetzen, um zu sehen, wie sie sich in einem solchen verhält. Ein derartiges Gutachten wäre unverwertbar, da eine Beeinträchtigung der Willensfreiheit bei der Beweiserhebung verboten ist.²¹³⁴ Als zusätzliches Problem der Affektgutachten ist darauf hinzuweisen, dass sich keine wissenschaftlich eindeutigen Aussagen zum Ausmass einer psychischen Beeinträchtigung betreffend einem lange zurückliegenden Zeitpunkt machen lassen.²¹³⁵ Gerade weil die Begutachtung immer erst ergehen kann, wenn der Sachverhalt schon grösstenteils erstellt ist, vergeht zwischen

²¹³⁰ Ausführlich dazu HORN, 163 ff.; vgl. auch RAUCH, 204.

²¹³¹ FOERSTER/VENZLAFF, 284 m.w.H.; vgl. auch BERNSMANN, NSz 1989, 161; SALGER, FS-Tröndle, 207.

²¹³² FOERSTER/VENZLAFF, 287; vgl. etwa BezGer Meilen, Urteil vom 4. Juli 2016, DG160002, zitiert nach FELBER, NZZ vom 9. Juli 2016, 19.

²¹³³ GMÜR, plädoyer 4/1999, 34.

²¹³⁴ Art. 140 Abs. 1 StPO; vgl. BGE 90 I 29, E. 5, wo abgelehnt wurde, dass eine Person hospitalisiert und dabei in den Zustand der Betrunkenheit versetzt wird; HEER, FS-Wiprächtiger, 181; CR CPP-VUILLE, Art. 185 N 1; vgl. auch HELFENSTEIN, 206 ff.

²¹³⁵ HEER, FS-Niggli, 108; vgl. auch GMÜR, plädoyer 4/1999, 33; SCHMID, Diss., 440.

Tat und der Ausarbeitung eines Gutachtens regelmässig beträchtliche Zeit. Dies führt dazu, dass sich nur noch bedingt klare Aussagen zum psychischen Zustand des Täters zum Tatzeitpunkt machen lassen.

Hinsichtlich der Methodik der Begutachtung und deren Zulässigkeit ist meines Erachtens Offenheit zu bewahren. Es ist unbestritten, dass Beweismittel, die unter Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Betroffenen erstellt wurden, auch dann unverwertbar sind, wenn dieser dem Verfahren zugestimmt hat.²¹³⁶ Dieser Grundsatz ist elementar für das Strafprozessrecht und darf nicht eingeschränkt werden. Dies bedeutet indes nicht, dass man bei der Methodik eines Gutachtens wissenschaftliche Weiterentwicklungen nicht berücksichtigen kann. Dementsprechend ist gerade für die Gutachten im Strafprozess zu erwarten, dass in der Zukunft vermehrt auf neuropsychologische Erkenntnisse zurückgegriffen wird.²¹³⁷ Dabei können derartige Befunde auch für die Begutachtung des Affekts hilfreich sein.²¹³⁸ So stellen Affektdelikte Erscheinungsformen der expressiven Kriminalität dar. Daher dürften verhaltensgenetische und neurophysiologische Ursachen eine entscheidende Rolle spielen und diese sollten beachtet und durch ein Gutachten festgestellt werden.²¹³⁹ Neurologische Abklärungen können beispielsweise eine erschwerte Emotionskontrolle belegen.²¹⁴⁰ Man kann auch Tests durchführen, welche die Aufmerksamkeit und die Denkfähigkeit der betroffenen Person unter emotionalen Reizen prüfen. Verfahren für Untersuchungen der emotionalen und motivationalen Verhaltenskontrollen existieren bereits.²¹⁴¹ Gleiches gilt für neurologische Aggregations- und Simulationsdiagnostik.²¹⁴² Klarerweise ist bei der richterlichen Würdigung solcher neuen Methoden angezeigt, zu überprüfen, ob die Gutachten verwertet werden dürfen und ob die Ergebnisse schlüssig und nachvollziehbar dargelegt werden.

²¹³⁶ Art. 140 Abs. 2 StPO.

²¹³⁷ Solche sind etwa in der USA im Gegensatz zu Kontinentaleuropa üblich; vgl. dazu LITTMANN, 61 ff.; vgl. auch KUHLE, 121, der erwartet, dass sich bald „nicht mehr die »Psychologie aus dem Lehrstuhl«, sondern die empirische Psychologie und Neuropsychologie“ mit der Beurteilung der Schuldfähigkeit beschäftigen wird; SCHWARZENEGGER, L'uomo delinquente, 128.

²¹³⁸ Dazu ausführlich LAMBERTI, Zeitschrift für Neuropsychologie 2009, 220 ff.

²¹³⁹ SCHWARZENEGGER, L'uomo delinquente, 125 f.

²¹⁴⁰ Vgl. dazu GLENN/RAINE, Nature Reviews Neuroscience 2014, 57.

²¹⁴¹ LITTMANN, 74; vgl. auch PIEFKE/MARKOWITSCH, 121.

²¹⁴² Dazu ausführlich LITTMANN, 82 ff. m.w.H.

IV. Die Qualifikation des Gutachters

Die Qualifikation des Sachverständigen ist bei der Begutachtung des Affekts umstritten. MARNEROS etwa lehnt die Untersuchung durch einen psychiatrischen Sachverständigen ab, da es dabei nicht um die Prüfung von psychopathologischen Störungen gehe. Die Überprüfung sei daher alleine durch den Richter vorzunehmen.²¹⁴³ Dies vermag aber nicht zu überzeugen, da die Untersuchung eines Affektdelikts „in besonderem Maße eine weit verstandene psycho(patho)logische Analyse [erfordert], bei der die biographischen und lebenssituativen Aspekte eingehend Berücksichtigung finden, vor allem aber die spezifische soziale Konstellation, aus der die Tat erwuchs.“²¹⁴⁴

Wie zuvor aufgezeigt, hat ein Schuldfähigkeitsgutachten nach der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich durch einen Facharzt für Psychiatrie zu ergehen. Er kann höchstens unter seiner Aufsicht einzelne Fragen durch einen Psychologen beantworten lassen.²¹⁴⁵ Gemäss Bundesgericht sind jedoch – wenn auch nur „schwer vorstellbar“ – fachliche Ausnahmen von diesem Grundsatz möglich.²¹⁴⁶ Es müssen somit bestimmte Fallkonstellationen denkbar sein, in welchen eine psychologische Begutachtung genügt.²¹⁴⁷

Es stellt sich daher die Frage, ob eine solche Ausnahme für die Begutachtung eines Affektdelikts gegeben ist. Geht es nämlich um die Untersuchung einer affektiven Bewusstseinsengung, so hat das Bundesgericht darauf hingewiesen, dass grundsätzlich auch ein klinisch-forensischer Psychologe sachkompetent ist.²¹⁴⁸ Demnach sollte die Begutachtungskompetenz auch klinisch-forensischen Psychologen zukommen. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Umgang der forensischen Psychiatrie mit dem normalpsychologischen Affekt nur schon daher problematisch ist, weil es sich dabei um ein nicht krankhaftes Emotionserleben handelt.²¹⁴⁹ Die Untersuchung von nicht krankhaften Erscheinungen gehört vom wissenschaftlichen Selbstverständnis her

²¹⁴³ MARNEROS, Affekttaten, 125, der sich dabei auf §§ 20 und 21 D-StGB stützt.

²¹⁴⁴ SAB, Fortschritte der Neurologie Psychiatrie 1985, 60; ähnlich MK-STRENG, § 20 N 172.

²¹⁴⁵ BGE 140 IV 49, E. 2.7.

²¹⁴⁶ BGE 140 IV 49, E. 2.7; vgl. auch THOMMEN, forumpoenale 2015, 18 f.

²¹⁴⁷ THOMMEN, forumpoenale 2015, 19.

²¹⁴⁸ BGE 140 IV 49, E. 2.4.3. mit Hinweis auf die forensische Literatur; ähnliches wird in der deutschen Rechtsprechung seit Längerem vertreten; vgl. dazu SALGER, FS-Tröndle, 203 f. m.w.H.; a.M. RAUCH, 211 f.

²¹⁴⁹ Vgl. dazu vorne Erster Teil 1. Kap. D. III.

eher in die Psychologie als in die Psychiatrie.²¹⁵⁰ Dementsprechend sind Psychologen zur gutachterlichen Bewertung eines Affektdelikts zuzulassen.

Dies kann allerdings nur dann gelten, wenn die heftige Gemütsbewegung zum Tatzeitpunkt der einzige Faktor ist, der nach einem Gutachten verlangt. Sind weitere Gründe gegeben, welche die volle Schuldfähigkeit des Täters in Zweifel ziehen, hat sich die Qualifikation des Sachverständigen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu richten und es ist ein forensisch geschulter Facharzt für Psychiatrie als Gutachter zu benennen. Dieser kann die Beurteilung des Affekts dann an eine psychologisch geschulte Fachperson delegieren.

V. Der Inhalt des Affektgutachtens

Bereits mehrfach wurde erwähnt, dass der Affekt grundsätzlich eine emotionale Überreaktion eines sonst psychisch unauffälligen Täters ist. Dementsprechend geht es bei der gutachterlichen Feststellung des Affekts darum, zu bestimmen, „ob Menschen, die psychisch nicht erkennbar gestört sind, durch momentane Überforderungen oder Überlastungen zum Zeitpunkt der Tat in ihrer [Einsichts- und] Steuerungsfähigkeit beeinträchtigt waren.“²¹⁵¹ Das Gutachten äussert sich also über die inneren und äusseren Einflüsse auf den Täter zum Tatzeitpunkt.²¹⁵²

Der Gutachter hat sich in seinem Bericht zuerst darüber zu äussern, welcher Methodik er sich zur Beurteilung des Affekts bedient hat und er hat den zugrunde liegenden Sachverhalt, die benutzten Akten sowie die eigenen Erhebungen – insbesondere die persönliche Exploration des Beschuldigten – zu benennen. Unerlässlich für die Verwendbarkeit des Gutachtens ist, dass sich der Gutachter auch über die verwendeten Begrifflichkeiten äussert. Gerade aufgrund der sehr unterschiedlich gebrauchten Terminologie des Affekts²¹⁵³ ist es zwingend erforderlich, dass genau bezeichnet wird, was darunter verstanden wird. Im Weiteren sind die Ergebnisse der eigentlichen Untersuchung wiederzugeben. Der Experte hat sich dazu zu äussern, ob der Täter zum Tatzeitpunkt unter dem Einfluss einer heftigen Gemütsbewegung stand und inwiefern diese seine Einsichts- und/oder Steuerungsfähigkeit beeinflusste. Wird eine Einschränkung der voluntativen oder der intellektuellen Fähigkeiten des Täters festgestellt, hat der Sachverständige zusätzlich das Ausmass dieser Beeinträch-

²¹⁵⁰ BERNSMANN, NStZ 1989, 161.

²¹⁵¹ NEDOPIL/MÜLLER, 280.

²¹⁵² HARDER, SJZ 1973, 376.

²¹⁵³ Vgl. ausführlich zum unterschiedlichen Begriffsverständnis vorne Erster Teil 1. Kap.

tigung zu quantifizieren. Nicht zu äussern hat er sich darüber, ob die Schuldfähigkeit des Täters aufgrund des Affekts vermindert oder ausgeschlossen war. Dies obliegt als Rechtsfrage dem Gericht.²¹⁵⁴ Damit lässt sich auch der Befürchtung entgegenwirken, dass sachverständige Begutachter zu häufig eine schuldvermindernde Wirkung des Affekts annehmen.²¹⁵⁵ Mit einer klaren Rollentrennung wird ausserdem ein weiterer Problembereich umgangen. So ist insbesondere von Seiten der forensischen Psychiatrie teilweise bezweifelt worden, dass sich der normalpsychologische Affekt exkulpierend auswirken kann. Wenn nun der Gutachter zu Vertretern dieser Meinung gehört, würde er grundsätzlich nicht von einer affektiven Wirkung auf die Schuldfähigkeit ausgehen.²¹⁵⁶ Wenn sich der Gutachter indes nur über die psychologischen Auswirkungen des Affekts äussert, kommt diese Problematik nicht zum Tragen.

Der Gutachter sollte in seinen Ausführungen ausdrucksstarke Metaphern – beispielsweise Affektsturm, Affekttunnel, eruptive Entladung einer Lawine oder Affekt als letzter Tropfen, der das Fass zum Überlaufen brachte – vermeiden, da sie keinen Mehrwert für die Beurteilung des Affekts bringen.²¹⁵⁷ Er hat sich auf eine sachliche Beschreibung des emotionalen und des psychischen Befindens des Täters zum Tatzeitpunkt und dessen Auswirkungen auf dessen kognitiven und voluntativen Fähigkeiten zu beschränken.

Wie bisher gesehen, ist bei der strafrechtlichen Behandlung des Affekts oft das Vorverschulden beziehungsweise die Entschuldbarkeit von entscheidender Bedeutung. Dies sind klarerweise Rechtsfragen. Sie dürfen damit von der auftraggebenden Behörde nicht an den Sachverständigen gestellt werden und dieser soll sich auch nicht dazu äussern.²¹⁵⁸ Dies ergibt sich bereits aus der

²¹⁵⁴ A.M. SALGER, FS-Tröndle, 212; vgl. dazu auch vorne Zweiter Teil 3. Kap. D. I.

²¹⁵⁵ URBANIÖK, 276.

²¹⁵⁶ Diese Problematik wurde insbesondere in Deutschland vorgebracht; vgl. SALGER, FS-Tröndle, 202 f. m.w.H.; ausführlich zur Meinungsentwicklung in der forensischen Psychiatrie BLAU, FS-Tröndle, 121 ff. m.w.H.

²¹⁵⁷ SALGER, FS-Tröndle, 214; vgl. etwa BGer, Urteil vom 26. August 2015, 6B_271/2015, E. 2.2.2, wo das Gutachten von „Affektüberflutung“ sprach.

²¹⁵⁸ BGer, Urteil vom 16. Juni 2011, 6B_66/2011, E. 4.4; Urteil vom 7. März 2001, 6P.194/2000, E. 1c; vgl. auch BGer, Urteil vom 22. August 2013, 6B_305/2013, E. 4.5; OGer ZH, Urteil vom 14. Dezember 2011, SB110476, E. II. 2.1.3.; FINK, ZStrR 1979, 44; MAIER/MÖLLER, 131.

Verwandtschaft zur *actio libera in causa*.²¹⁵⁹ Ob eine solche vorliegt, ist eine Rechtsfrage und daher nicht durch den Gutachter festzustellen.²¹⁶⁰

Entsprechend zum Auftrag hat das Gutachten klar zwischen der heftigen Gemütsbewegung und der schweren psychischen Belastung zu unterscheiden. Bei der Begutachtung des Affekts hat der Sachverständige das Vorliegen einer hochgradigen emotionalen Erregung zum Tatzeitpunkt und deren Einfluss auf die Einsichts- und die Steuerungsfähigkeit des Täters zu beurteilen. Liegen auch Anhaltspunkte zu einer daneben bestehenden schweren psychischen Belastung vor, so sind diese separat darzulegen und zu bewerten.

VI. Die Würdigung des Gutachtens durch das Gericht

Klarerweise unterliegt auch die gutachterliche Feststellung des Affektdelikts der freien Beweiswürdigung. Stellt der Experte eine durch einen Affekt verursachte Einschränkung der Einsichts- oder der Steuerungsfähigkeit fest, kann das Gericht nicht unbegründet dennoch von der Schuldfähigkeit des Täters ausgehen. Umgekehrt ist in der Regel auf volle Schuldfähigkeit zu entscheiden, wenn der Experte die Einsichts- und die Steuerungsfähigkeit trotz einer heftigen Gemütsbewegung nicht für eingeschränkt hält.²¹⁶¹

Zur gerichtlichen Würdigung zählt die Überprüfung der gutachterlichen Schlüsse. Das Gericht hat zu prüfen, ob das Gutachten den formellen Kriterien genügt, die Fragen an den Experten vollständig und unter Beachtung sämtlicher relevanten Akten beantwortet wurden sowie ob die Schlussfolgerungen kohärent und nachvollziehbar erscheinen. Dabei genügt es nicht, wenn die entscheidende Behörde im Urteil einfach verschiedene Passagen des Sachverständigengutachtens wiedergibt. Vielmehr hat es eigene Ausführungen zu dessen Berücksichtigung zu tätigen.²¹⁶²

Bei der Würdigung eines Affektgutachtens ist zu beachten, dass gerade in der Forensik kein gefestigtes Konzept vertreten wird.²¹⁶³ Daher ist entscheidend, dass die gutachterlichen Schlüsse auch im Hinblick auf das verwendete Af-

²¹⁵⁹ Vgl. dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 5.

²¹⁶⁰ BGer, Urteil vom 10. September 2012, 6B_58/2012, E. 5.4; Urteil vom 10. April 2012, 6B_650/2011, E. 3.4; Urteil vom 8. November 2007, 6B_401/2007, 6B_426/2007, 6B_473/2007, E. 7.1.

²¹⁶¹ Vgl. etwa KantGer SG, Urteil vom 17. Januar 2013, GVP 2013, Nr. 39, E. IV. 2c/dd/aaa.

²¹⁶² Ähnlich SALGER, FS-Tröndle, 201; ZABEL, 42, beide für das deutsche Recht.

²¹⁶³ Dazu vorne Erster Teil 1. Kap. D.

fektverständnis beachtet werden; nur so kann ein sachgerechter Umgang mit der fachmännischen Einschätzung gewährleistet werden.²¹⁶⁴

F. Zwischenfazit zur gutachterlichen Feststellung des Affekts

Liegen ausdrückliche Hinweise dafür vor, dass der Täter bei der Tatausführung unter dem Einfluss einer heftigen Gemütsbewegung stand, so ist die Untersuchungsbehörde oder das Gericht verpflichtet, eine Begutachtung einzuholen. Der mögliche Affekteinfluss begründet ernsthafte Zweifel an der vollen Schuldfähigkeit des Täters nach Art. 20 StGB.

Die sachverständige Person – welche bei der Begutachtung des Affekts auch ein forensisch-klinischer Psychologe sein kann – hat sich mit den Auswirkungen des Affekts auf die kognitiven und voluntativen Fähigkeiten des Täters zu befassen. Die entsprechenden Feststellungen sind dem Gericht in einem schriftlichen Bericht zur Kenntnis zu bringen.

Die urteilende Behörde hat die Ergebnisse zu berücksichtigen und darf nur bei Angabe von sachlichen Gründen von den Ergebnissen des Gutachtens abweichen. Die Feststellung einer affektbedingten verminderten oder gar ausgeschlossenen Schuldfähigkeit beziehungsweise die Berücksichtigung des Affekts bei der Strafzumessung hat hingegen nicht durch den Sachverständigen, sondern den Richter zu erfolgen. Er trägt die abschliessende Verantwortung über die strafrechtliche Beurteilung des Affekts.

Die sachverständige Begutachtung ermöglicht es dem Richter, das emotionale Befinden des Täters in sachgerechter Weise zu beachten. Sie ist die Grundlage für die Anwendung der gesetzlich vorgesehenen Berücksichtigung des Affekts im Rahmen des Allgemeinen oder des Besonderen Teils des StGB.

²¹⁶⁴ So auch SbgK-VELTEN, § 76 N 12, für die österreichische Lehre.

Zusammenfassung und Ausblick

Das Phänomen des Affekts ist von *Begriffsunklarheiten* geprägt. In unterschiedlichen Disziplinen wird der Terminus verschieden gebraucht. Im Hinblick auf die gesetzliche Umschreibung als heftige Gemütsbewegung ist der Affekt als Zustand starker Emotionalität zu verstehen. Die Intensität führt zu einem ausgeprägten Erlebnisaspekt und kann unter Umständen Entscheidungs- und Steuerungsprozesse einer Person beeinträchtigen. Im Strafrecht steht das Affektdelikt im Zentrum der Betrachtung. Dieses zeichnet sich dadurch aus, dass heftige Emotionen entscheidend auf den Tatbeschluss und/oder den Tatvorgang wirkten.

Aus der psychologischen und der neurologischen Forschung ist bekannt, dass starke Emotionen kognitive Prozesse beeinflussen können und stark handlungsmotivierende Tendenzen mit sich bringen. Nur in Extremsituationen und bei ganz einfachen Verhaltensmustern kann die Gefühlsregung eine direkte Reaktion ohne kognitive Steuerung hervorrufen. Im Regelfall ist es den betroffenen Personen möglich, das eigene Emotionserleben kontrollierend zu beeinflussen. Dabei stehen unterschiedliche Regulationsstrategien zur Verfügung.

Eine affektbedingte Einengung der Beherrschungsfähigkeit eines Straftäters wird in der strafrechtlichen Bewertung des Delikts berücksichtigt. Der Affekt ist dabei vorwiegend eine *Schuldproblematik*. Er betrifft nicht die Handlungsqualität oder die Vorsätzlichkeit der Tat, sondern in der Regel die Steuerungsfähigkeit des Täters. Im Extremfall kann er zur Schuldunfähigkeit führen. Eher denkbar, aber in der Praxis auch nur selten anzutreffen, ist eine bloße Verminderung der Schuld des Täters. Der affektbedingte Ausschluss oder die Verminderung der Schuldfähigkeit ist indes unbeachtlich, wenn die Affektentstehung entscheidend durch den Täter verursacht wurde. In diesem Fall sind die Regeln der *actio libera in causa* anzuwenden. Wird ein Täter angegriffen und überschreitet er die Grenzen der Notwehr in einer entschuldbaren Aufregung, so führt der Affekt zur Entschuldigung des Notwehrexzesses nach Art. 16 Abs. 2 StGB und der Täter ist nicht zu bestrafen.

Der Schuldbezug der heftigen Gemütsbewegung zeigt sich auch in ihrer Auswirkung auf das *Strafzumessungsver schulden*. Handelt ein Täter im Affekt, so ist ihm gegenüber ein geringerer Vorwurf zu erheben, weshalb er mit einer niedrigeren Strafe zu belegen ist. Führt der Affekt zu Anwendung einer verminderten Schuldfähigkeit, so hat sich diese strafmildernd und -mindernd auszuwirken. Gleiches gilt für die Strafmilderung im Sinne von Art. 48

lit. c StGB. Mit dieser Bestimmung wurde der Affekt zum universellen Strafmilderungsgrund erhoben. Selbst wenn keine Strafmilderungsvorschriften einschlägig sind, ist der Affekt zumindest im Rahmen der konkreten Strafzumessung schuld mindernd zu berücksichtigen.

Dogmatisch unsauber, aber durch historische Entwicklungen bedingt, wird der Affekt für bestimmte Fälle direkt im Besonderen Teil des StGB berücksichtigt. Damit wird ein Strafzumessungskriterium in den Tatbestand eines Delikts aufgenommen. Der entschuldbare Affekt führt dazu, dass eine Tötung als Totschlag klassifiziert wird. Der vermutungsweise schuld mindernd wirkende Gemütszustand einer Gebärenden führt zur Anwendung der Kindestötung, wenn sie ihr Kind während dem Geburtsvorgang tötet. Im Rahmen der Ehrverletzungsdelikte kann die provozierte oder die direkt erwiderte Beschimpfung straflos bleiben, wenn der Beschimpfer in einem Affekt handelte. Ganz vereinzelt können gewisse Gefühlszustände auch strafscharfend beziehungsweise strafbegründend wirken; so können etwa Tötungen aus Hass oder Eifersucht als Hinweis auf eine besondere Skrupellosigkeit im Sinne von Art. 112 StGB beigezogen werden.²¹⁶⁵ Die Berücksichtigung des Affekts im Besonderen Teil ist an sich unnötig. Durch die klaren Regelungen im Allgemeinen Teil könnte der Affekt bei allen Delikten angemessen berücksichtigt werden. Dennoch wird aus historischer Tradition an den einzelnen Delikten festgehalten.

Die strafrechtliche Berücksichtigung des Affekts steht vor dem Problem der Feststellbarkeit.²¹⁶⁶ Die Gemütslage des Täters zum Tatzeitpunkt muss retrospektiv bewertet werden. Dabei fehlt dem Gericht in der Regel die nötige Fachkompetenz, um die notwendige psychopathologische Analyse durchzuführen. Deswegen hat grundsätzlich eine *Begutachtung* durch eine Fachperson zu ergehen. Wenn ausschliesslich Aussagen über den Affekt getätigt werden müssen, erfüllt auch eine psychologisch geschulte Fachperson die Anforderungen an die Qualifizierung des Gutachters; es bedarf nicht zwingend eines Facharzts für Psychiatrie. Im Gutachten ist darüber Auskunft zu geben, wie sich das emotionale Befinden des Täters auf seine Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat. Die rechtliche Würdigung hat indes nur durch das Gericht zu erfolgen; der Gutachter soll sich nicht dazu äussern.

Eine Problematik der strafrechtlichen Behandlung von Affektdelikten liegt in deren Uneinheitlichkeit. Es wurde gezeigt, dass zwar immer der Grundannahme gefolgt wird, dass die heftige Gemütsbewegung die Beherrschungsfähig-

²¹⁶⁵ So BERNSMANN, NStZ 1989, 160, für das deutsche Recht.

²¹⁶⁶ Statt vieler RYSER BÜSCHI, 230; SALGER, FS-Tröndle, 206.

keit des Täters beeinträchtigen kann. Der Kontrollverlust wird jedoch mit unterschiedlicher Begrifflichkeiten, verschiedenen Massstäben und daher im Endeffekt auch mit divergenten Ergebnissen berücksichtigt. Es kommt im Einzelfall vor allem darauf an, was für ein Delikt in welcher Art und Weise im Affekt begangen wurde. Handelt es sich um eine Tötung oder eine Beschimpfung, so ist bereits im Besonderen Teil eine klare Berücksichtigung des Affekts vorgesehen. Bei anderen Taten ist auf die Regeln des Allgemeinen Teils zurückzugreifen. Dabei hängt es wiederum von der Fallkonstellation ab, ob der Affekt als verminderte Schuldfähigkeit, im Rahmen der entschuldbaren Notwehr oder erst bei der Strafzumessung berücksichtigt wird. Richtigerweise ist ein etwaiger Kontrollverlust aufgrund eines Zustands heftiger Emotionalität allerdings mehr personen- und umstandsabhängig, denn durch das in diesem Zustand begangene Delikt beeinflusst. Die Tat wurde dadurch ermöglicht, kann eine Einschränkung der Beherrschungsfähigkeit jedoch nicht begründen. Dementsprechend wäre der Affekt für jegliches Delikt in gleicher Weise zu beachten. Diese Möglichkeiten finden sich im Allgemeinen Teil mit der verminderten Schuldfähigkeit und der Strafmilderung und -minderung bei Vorliegen einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung. Diese beiden Rechtsinstitute entsprechen dem Charakter des Affekts, der eine Schuldproblematik darstellt und daher grundsätzlich dem Allgemeinen Teil zuzurechnen ist. Konsequenterweise wäre daher die Streichung von Art. 113 und Art. 177 Abs. 2 StGB zu fordern. Da eine solche Änderung des Gesetzes in absehbarer Zukunft kaum realistisch erscheint, ist zumindest anzustreben, dass die Anwendung und Auslegung der verschiedenen Institute harmonisiert wird. Es sollte jeweils vom gleichen Affektbegriff ausgegangen werden und die Voraussetzungen für dessen Berücksichtigung sollten sich entsprechen. In diesem Sinne wurde im Rahmen der vorliegenden Arbeit versucht, die einzelnen Anforderungen aufeinander abzustimmen. Ausserdem ist eine einheitliche Behandlung von Affektdelikten nur dann möglich, wenn auch für weniger schwere Delikte ein Affekt geprüft wird, wenn entsprechende Anzeichen erkennbar sind. Dies lässt die Praxis momentan vermissen. Allerdings zeigt gerade die Schaffung von Art. 48 lit. c StGB als allgemeinen Strafmilderungsgrund für Affektdelikte den diesbezüglichen Willen des Gesetzgebers.

In seinem Aufsatz von 1965 forderte WALDER die Einführung eines neuen Tatbestands, welcher die Probleme der Affekte im Zusammenhang mit der Frage der Schuldfähigkeit lösen sollte.²¹⁶⁷ Meines Erachtens ist diese Forderung nicht mehr notwendig. Der Affekt ist klarerweise als Schuldproblematik

²¹⁶⁷ WALDER, ZStR 1965, 57.

anerkannt und entsprechend berücksichtigt. Allerdings kommt es an verschiedenen Stellen zu Divergenzen in der Affektbeachtung. Diese nicht sachgerechte Differenzierung sollte vermieden werden oder zumindest die jeweiligen Rechtsfolgen sollten aufeinander abgestimmt werden.

Auch wenn die affektiven Auswirkungen auf die Beherrschungsfähigkeit des Täters dem Grundsatz nach anerkannt sind, ist die strafrechtliche Berücksichtigung des Affekts von einer entscheidenden Einschränkung geprägt. Die heftige Gemütsbewegung wird nur beachtet, wenn sie im Rahmen einer *normativen Betrachtung* nachvollziehbar erscheint. Dafür verwendet das Gesetz mehrheitlich den Terminus der Entschuldbarkeit. Nur wenn angenommen werden kann, dass auch eine durchschnittliche Drittperson, welche dem Täter nach Herkunft, Erziehung und täglicher Lebensführung entspricht, unter den gleichen Umständen ebenfalls in eine heftige Gemütsbewegung geraten wäre, ist der Affekt einschlägig. Ansonsten wird der Täter behandelt, als ob er zum Tatzeitpunkt nicht in einer heftigen Gemütsbewegung gestanden hätte.

Die normative Einschränkung der Affektberücksichtigung beruht wohl hauptsächlich auf kriminalpolitischen Überlegungen. Es besteht die Befürchtung einer zu grossen exkulpierenden Wirkung des Affekts, wenn keine normative Korrektur vorgenommen würde. Diese Einschränkungsbestrebungen führen ebenfalls zu einer uneinheitlichen Beachtung von heftigen Gemütsbewegungen, da die normative Nachvollziehbarkeit je nach Fallkonstellation unterschiedlich bewertet wird. So beschreibt BLAU für Deutschland, dass der Affekt dort praktisch nur in Situationen berücksichtigt wird, in denen der affektiv aufgeladene Täter seine Aggressionen gegen die Person, welche ihn provoziert hat, und nicht gegen unbeteiligte Dritte oder Sachen richtet. Ansonsten wird auch ein Affekttäter von der ganzen Härte des Gesetzes betroffen, „obwohl sich Qualität und Intensität des Affekts in beiden Fällen nicht unterscheiden.“²¹⁶⁸ Die Berücksichtigung der heftigen Gemütsbewegung hat dementsprechend oft mit den tatsächlichen Ausprägungen des Sachverhalts zu tun. Je nach Umständen und Tatausführung kann ein Fall ein enormes Unverständnis hervorrufen, obwohl er sich von der Qualität des Affekts her nicht von anderen Konstellationen unterscheidet.²¹⁶⁹ Dieser intuitive Wertungsunterschied fließt durch Elemente wie die Entschuldbarkeit in die juristische Beurteilung ein. Dementsprechend wird etwa bei einem „bemitleidenswerten Täter“ häufiger

²¹⁶⁸ BLAU, FS-Tröndle, 113.

²¹⁶⁹ Vgl. dazu auch PRITZWITZ, GA 1994, 460 f., der diesen Umstand mit drei unterschiedlichen Fällen gut illustriert.

auf die Beachtlichkeit des Affekts geschlossen.²¹⁷⁰ NEDOPIL/MÜLLER führen dazu aus: „In der Praxis zeigt sich, dass ein Gericht weitaus eher bereit ist, eine tief greifende Bewusstseinsstörung zu akzeptieren, wenn das Tatopfer durch chronisches Fehlverhalten, z.B. durch Quälerei oder Tyrannei, eine "laien-psychologisch" verständliche Wut und Verzweiflung auf sich gezogen hat, als wenn ein Täter durch besondere persönliche, lebensgeschichtlich begründete Betroffenheit in einen Affektsturm gerät.“²¹⁷¹ Ausserdem kann der Affekt im Bagatellbereich zur Strafflosigkeit führen, während diese Rechtsfolge bei anderen Taten nicht vorgesehen ist.²¹⁷² Bei der entschuldigenden Wirkung des Notwehrexzesses im Affekt kommt es aufgrund der Befürchtungen vor zu vielen Freisprüchen zu einer sehr restriktiven Anwendung der Norm.²¹⁷³ Die Affektbeurteilung zeichnet sich daher durch eine grosse Subjektivität aus.²¹⁷⁴ Teilweise wird sogar von problematischen Gesetzesanwendungstendenzen gesprochen.²¹⁷⁵

Um die unterschiedliche Handhabung des Affekts zu vereinheitlichen, stehen verschiedene Konzepte zur Verfügung. Es könnte einerseits der früher oft angerufenen These gefolgt werden: Der Mensch muss seine Triebe und Gefühle beherrschen können.²¹⁷⁶ Der Affekt kann dann nur im Extremfall für die strafrechtliche Beurteilung eines Delikts beigezogen werden, da eine heftige Gemütsbewegung die Tatbewertung in der Regel nicht beeinflusst. Auf der anderen Seite könnte man davon ausgehen, dass der Affekt die Beherrschungsfähigkeit des Täters beeinflusst und daher im Schuldstrafrecht zu berücksichtigen ist. Demnach wäre insbesondere die Entschuldbarkeit zurückhaltend zu verneinen und dem Affekt müsste regelmässig exkulpierende Wirkung zukommen. Im geltenden Strafrecht wird eine Mischform angewendet.²¹⁷⁷ Mit

²¹⁷⁰ Dies gilt auch in Deutschland; dort führen solche Konstellationen häufiger zur Annahme eines schuldausschliessenden Affekts; vgl. BERNSMANN, NStZ 1989, 163 f., der dies mit Hinweisen auf verschiedene Urteile belegt.

²¹⁷¹ NEDOPIL/MÜLLER, 280 f.

²¹⁷² Vgl. dazu vorne Zweiter Teil 2. Kap. B. II. 1. d).

²¹⁷³ Dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. b) cc).

²¹⁷⁴ Für Deutschland ebenso BERNSMANN, NStZ 1989, 165.

²¹⁷⁵ So in GREUEL, Schuldfähigkeitsbegutachtung, 109 f., für die deutsche Lehre.

²¹⁷⁶ Vgl. KÖHLER, 10; dies wird bis heute vertreten, v.a. in der deutschen Literatur; vgl. BLAU, FS-Tröndle, 118 f.; SSW StGB-KASPAR, § 20 N 59.

²¹⁷⁷ Eine nochmals andere Konzeption wird in der österreichischen Lehre von SbgK-VELTEN, § 76 N 26, vorgeschlagen. Demnach führe die Entschuldbarkeit des Affekts zur Unbeachtlichkeit der schuld mindernden Wirkung. Dies könne nicht hingenommen werden, weshalb die Kriterien unterschieden und kumulativ angewendet werden müssen. So könne „ein Weniger an Gefühlsbewegung durch gesteigerte Unzumutbarkeit

der Einführung von Art. 48 lit. c StGB wurde die heftige Gemütsbewegung zum universellen Strafmilderungsgrund. Der Affekt muss jedoch entschuldbar sein, was in der Praxis nur sehr zurückhaltend angenommen wird. Soweit im Rahmen einer normativen Bewertung nicht davon ausgegangen werden kann, dass auch eine andere Person in einen Affekt geraten wäre, wird vom Täter also weiterhin verlangt, seine Gefühle kontrollieren zu können.²¹⁷⁸

Unter Berücksichtigung der empirisch belegten Wirkungen einer heftigen Emotionalität auf die Beherrschungsfähigkeit einer Person kann man durchaus Zweifel an der Angemessenheit der Entschuldbarkeitsprüfung erheben. Ist es sachgerecht, den Affekt einem Vergleich mit einer durchschnittlichen Drittperson zu unterziehen? Wie die Praxis zeigt, ist die heutige Konzeption der Entschuldbarkeit sehr wertungsanfällig. Es kommt häufig zu einer Vermischung der Bewertung der heftigen Gemütsbewegung und derjenigen der Tat. So unterliegt ein psychologischer Laie oft der Versuchung, den Affekt aus dem eigenen Erfahrungswissen heraus zu interpretieren. Richtigerweise lässt sich dieser ausschliesslich mit psychologisch-psychiatrischer Kenntnis der Täterpersönlichkeit beurteilen.²¹⁷⁹ Die Wertung der Entschuldbarkeit ist eine rein normative. Einzig durch ein sachverständiges Gutachten kann hingegen festgestellt werden, ob der Affekt im betreffenden Fall in Anbetracht des Persönlichkeitsbilds des Täters und in Übereinstimmung mit dem psychopathologischen Wissen über akute Belastungsstörungen zu Einbussen der Einsichts- und/oder der Steuerungsfähigkeit geführt hat.²¹⁸⁰ Wird dies bejaht, fragt sich, ob der Vergleich mit einer Durchschnittsperson angebracht ist. Das Hauptproblem dabei ist, dass für den Vergleich mit der Durchschnittsperson kaum klare Voraussetzungen umrissen werden. Dies führt im Ergebnis dazu, dass den Gerichten für die Bewertung der Entschuldbarkeit ein zu grosser Ermessensspielraum verbleibt, was eine uneinheitliche Handhabung begünstigt.

Sachgerechter erscheint es, wenn der Affekt nach den allgemeinen Prinzipien des Verschuldensstrafrechts und der psychologischen Erkenntnisse beurteilt würde. Dementsprechend ist die Entschuldbarkeit an den Grundsätzen der *actio libera in causa* und dem Wissen über die Emotionsregulation auszurichten. So ist zu untersuchen, ob die betreffende Person die Affektentstehung zu verschulden hat. Dies ist regelmässig zu bejahen, wenn der Täter den affekt-

ausgeglichen werden (bewegliches System).“ Bei einem starken Affekt sei die Entschuldbarkeit also weniger stark zu beachten.

²¹⁷⁸ Vgl. auch SSW StGB-KASPAR, § 20 N 59, für das deutsche Recht.

²¹⁷⁹ NEDOPIL/MÜLLER, 280.

²¹⁸⁰ Ebenso NEDOPIL/MÜLLER, 281.

auslösenden Konflikt selber hauptsächlich mitverursachte. Daneben sind die verschiedenen Strategien der Emotionsregulation zu überprüfen: Es ist zu untersuchen, ob der Täter eine Situationswahl treffen konnte, ihm die Modifikation der Situation möglich gewesen wäre, er seine Aufmerksamkeit auf andere, als die affektauslösenden Ereignisse hätte fokussieren können, er die Umstände hätte Neubewerten können oder er seine emotional bedingte Reaktion hätte steuern können. Stand keine dieser Möglichkeiten offen, wäre auch einer Drittperson die Kontrolle des eigenen Emotionserlebens nicht möglich gewesen. Ausserdem ist zu untersuchen, ob bestimmte Einflussfaktoren vorliegen, welche die Emotionskontrolle vereinfacht oder erschwert hätten. Bereits heute werden verschiedene dieser Regulationsstrategien im Rahmen der Entschuldigkeitsprüfung berücksichtigt. So ist für die Entschuldigkeitsprüfung vielfach entscheidend, ob der Täter von der Ausgangssituation überrascht worden ist.²¹⁸¹ In diesem Fall sind ihm die Wahl und die Modifikation der Umstände regelmässig nicht möglich. Ausserdem hat das Bundesgericht etwa darauf verwiesen, dass der Täter die Örtlichkeit hätte verlassen können.²¹⁸² Auch dies entspricht der Wahl der Situation. Indem die Prüfung der Entschuldigkeitsprüfung vermehrt an den Anforderungen der *actio libera in causa* und den Erkenntnissen über die Emotionskontrolle ausgerichtet wird, kann eine einheitliche Berücksichtigung des Affekts sichergestellt werden, da die unterschiedlichen Begrifflichkeiten und Konzepte an den gleichen Voraussetzungen orientiert werden.

Schliesslich ist anzuregen, die wissenschaftliche Entwicklung in den Bereichen der Psychologie und der Psychiatrie weithin genau zu beobachten, um daraus gegebenenfalls Möglichkeiten für die Strafrechtswissenschaften zu erkennen. Sollte es – beispielsweise durch neue Methoden in der neurologischen Begutachtung – in Zukunft möglich sein, nachzuweisen, dass ein Täter zum Tatzeitpunkt in einem Affekt, der seine Einsichts- und/oder Steuerungsfähigkeit ausgeschlossen hat, gehandelt hat, so sollte dies für die strafrechtliche Bewertung massgeblich sein. Dem Täter kann kein Schuldvorwurf gemacht werden. In diesem Sinne müsste sich dann von generellen Massstäben – etwa bei der Beurteilung von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit – gelöst werden und man könnte eine dem Schuldprinzip am besten entsprechende individuelle Beurteilung vornehmen. Dies wiederum würde gewisse Fragen für die heute oft vertretene soziale Schuldkonzeption mit sich bringen. Lediglich über die

²¹⁸¹ Vgl. dazu vorne Zweiter Teil 1. Kap. A. III. 3. b) cc) (2) und Zweiter Teil 2. Kap. A. II. 3. a) bb) (2).

²¹⁸² BGer, Urteil vom 23. Januar 2015, 6B_600/2014, E. 3.2.

Voraussetzungen der *actio libera in causa* könnte eine normative Einschränkung der Affektberücksichtigung ergehen.

Bis die wissenschaftliche Entwicklung zu einer Überdenkung der geltenden Konzepte drängt, sind weiter die heutigen Regeln massgebend. Für Affektdelikte bedeutet dies, dass die Bestimmungen, welche eine Berücksichtigung der heftigen Emotionalität ermöglichen, konsequenter als zurzeit angewendet werden, um eine dem Schuldprinzip angemessene Beurteilung zu gewährleisten. Wie in der vorliegenden Arbeit aufgezeigt, werden an die Berücksichtigung des Affekts im Rahmen von Art. 19 Abs. 2, Art. 48 lit. c StGB, bei der konkreten Strafzumessung oder den besonderen Tatbeständen hohe Anforderungen gestellt. Daher muss in keinem Fall befürchtet werden, dass eine konsequente Anwendung der aufgezeigten Möglichkeiten auf jegliche Affektdelikte zu überaus vielen, mildereren Urteilen führen würde. Ein emotionaler Zustand bei der Tatbegehung, der als strafrechtlich beachtlicher Affekt gilt, wird weiterhin die Ausnahme sein. Soweit ist der Einschätzung von SAB zuzustimmen: „Affektdelikte stellen ein Ausnahmegeschehen in menschlichen Extremsituationen dar.“²¹⁸³

²¹⁸³ SAB, Tiefgreifende Bewusstseinsstörung, 367.

Stichwortverzeichnis

A

actio libera in causa 128, 157, 173
 bei der Affekttat 166
 fahrlässig vorverschuldeter Affekt 169
 fahrlässige 160, 162, 163, 170
 Kenntnisse über den Kausalverlauf 161
 Rechtsfolgen 161, 163
 vorsätzlich vorverschuldeter Affekt 167
 vorsätzliche 158, 159, 161
 Affekt 29, 32, 46, 47, 81, 131
 als heftige Gemütsbewegung *siehe* heftige Gemütsbewegung
 als Schuldmerkmal 298
 als schwere Bewusstseinsstörung 122, 123
 als tiefgreifende Bewusstseinsstörung 123
 Arbeitsdefinition 27, 48
 asthenischer 119, 120, 141, 214
 bei der Beschimpfung 288, 292, 300
 bei der Kindestötung 274, 277, 278, 280
 Feststellbarkeit 205
 forensisches Begriffsverständnis 44
 Intensität 22
 Notwehrexzess *siehe* Notwehrexzess im Affekt
 psychologisches Begriffsverständnis 17, 22, 45
 Schreckensaffekt *siehe* Schreckensaffekt
 sthenischer 119, 141, 214
 Strafmilderung *siehe* Strafmilderung strafrechtliches Begriffsverständnis 13
 vorverschuldeter 165, 171, 233
 zeitliche Voraussetzung 23
 Affektdelikt *siehe* Affekttat
 Affektgutachten 205, 346, 351, 357
 gerichtliche Würdigung 354
 Gutachtensauftrag 346
 Inhalt 352
 Methodik 347, 350, 352

Qualifikation des Gutachters 351
 affektive Störung 26
 Affektstupor 79, 127
 Affekttat 28, 43, 79, 85, 87, 128
 Affekttat i.e.S. 32
 als rechtlich relevante Handlung *siehe* rechtlich relevante Handlung, bei der Affekttat
 Arbeitsdefinition 48
 Begriffsverständnis 28, 29, 30
 Begutachtung *siehe* Affektgutachten
 Merkmale 34
 Schuldfähigkeit *siehe* Schuldfähigkeit
 Affekttötung 207, 246
 Aggression 39, 56, 57, 58, 59
 Alter 71, 73, 239
 Amnesie 31, 41, 220
 Amygdala 68, 69, 70, 71, 72, 74, 76, 77, 125
 Angriff 230
 Ärger 56, 57
 AT-Revision 110, 111, 113, 176, 180, 185, 204
 Aufmerksamkeit 61, 72, 78
 Auseinandersetzung 216, 226
 in einer Familie 227

B

Begründungspflicht 185, 195, 202
 Begutachtung 307
 Anordnung 318
 Begutachtungsauftrag 324
 der Affekttat *siehe* Affektgutachten
 der Entschuldbarkeit 254, 353
 Durchführung 327
 Fragenkatalog 328
 Methodik 328
 Pflicht *siehe* Begutachtungspflicht
 Schuldfähigkeitsbegutachtung 113, 327, 333, 335, 339
 Verhältnismässigkeit 329
 Begutachtungspflicht 307
 Ausnahmen 310
 bei der Affekttat 343, 344
 fehlende Fachkenntnisse 313, 314

nach StPO 313
 Beherrschungsfähigkeit 45, 126,
 151, 153, 309
 Beleidigung 231
 Beschimpfung 231, 281
 als Auffangtatbestand 281, 282
 Ehre *siehe* Ehre
 Entlastungsbeweise *siehe*
 Entlastungsbeweise
 Erfolg 283
 Provokation *siehe* Provokation
 Retorsion *siehe* Retorsion
 Strafantrag 288
 Strafbefreiung *siehe* Provokation,
 Retorsion
 Tatsache *siehe* Tatsache
 Werturteil *siehe* Werturteil
 Beweggründe 188, 191, 315
 Bewusstseinsengung 31, 41, 47,
 80, 123, 124, 220, 351
 Bewusstseinsstörung 15
 Beziehungsdelikt 33, 34, 45
 Beziehungsprobleme 227, 228, 234
 Trennung 227, 228, 235
 Bluttausch 127, 252

C

Constitutio Criminalis Carolina 2,
 261
 Coping 31, 63, 348

D

Dammbruch 130
 Dembo-Versuch 57, 79
 Doppelterwertungsverbot 186, 270,
 280
 bei der Kindesötung 279
 bei der Strafzumessung 186, 195, 196
 beim Totschlag 270
 Drohung 231, 234

E

Ehre 283
 normativer Ehrbegriff 283

Einsichtsfähigkeit 115, 116, 117,
 124
 bei der Affekttat 124, 125
 herabgesetzte 151
 Emotion 17, 28, 59, 62
 Arbeitsdefinition 27
 Ärger *siehe* Ärger
 Basisemotionen 68
 Definition 18
 Handlungsimpulse 53, 60, 70, 126
 Intensität 40, 66
 motivierende Funktion 51, 60, 69
 Emotionskontrolle *siehe*
 Emotionsregulation
 Emotionspsychologie 17, 50, 51
 Emotionsregulation 63, 65, 71, 126
 Regulationsstrategien 64, 65, 72, 362
 Emotionstheorien 50
 Emotionswirkungsforschung 49
 Entlastungsbeweise 284
 dogmatische Einordnung 285
 Gutgläubensbeweis 285, 287
 Wahrheitsbeweis 285, 286
 Entscheidungsfähigkeit 201
 Entscheidungsfreiheit 199
 Entschuldbarkeit 222, 299
 Abstellen auf eine
 Durchschnittsperson 181, 223
 als Ermessensfrage 144
 als Gesamtbeurteilung 232
 als normative Bewertung 222, 224,
 241, 359
 als Rechtsfrage *siehe* Rechtsfrage
 Ausgangssituation 225, 232, 234
 bei der Strafmilderung 181, 182
 beim Notwehrzess im Affekt 143
 Beispielfälle 247
 Beziehungsprobleme *siehe*
 Beziehungsprobleme
 der grossen seelischen Belastung 259
 des Affekts und nicht der Tat 146,
 243
 Individualisierung 239, 242
 kulturelle Besonderheiten 235, 238
 Persönlichkeitsmerkmale 240
 Verhältnismässigkeit 145, 245
 Eventualvorsatz 96, 99, 190

F

fahrlässige Tötung 207
Fahrlässigkeit 100
 bei der *actio libera in causa* *siehe*
 actio libera in causa, fahrlässige
 bei der Affekttat 101, 103
 Sorgfaltspflicht *siehe* Sorgfaltspflicht
finale Handlungslehre 91, 107
forensische Psychiatrie 27, 45, 80
freie Beweiswürdigung 317
 bei Gutachten 338
Furcht 75, 77

G

Geburtsvorgang 272, 274, 277
 Beginn 274
Gefühl 24, 66
Gehirn 67, 73
Geisteskrankheit 110, 111, 121
Gemütsbewegung 211
 heftige *siehe* heftige
 Gemütsbewegung
Geschlecht 58, 62, 66, 71, 239
Gesinnung 86, 243
grosse seelische Belastung 47, 178,
 215, 257
 Entschuldbarkeit *siehe*
 Entschuldbarkeit
Gutachten 128, 201, 307, 315, 334
 Affektgutachten *siehe*
 Affektgutachten
 Aktengutachten 330
 Begutachtung *siehe* Begutachtung
 beim Totschlag 253
 Form 331
 freie Beweiswürdigung *siehe* freie
 Beweiswürdigung
 gerichtliche Abweichung 339
 Inhalt 333, 337
 Mängel 331, 333
 Pflicht *siehe* Begutachtungspflicht
 Privatgutachten *siehe* Privatgutachten
 Qualitätsstandards 328, 337
 Schuldfähigkeitsgutachten 309
Gutachter 43, 45, 113, 127, 152, 173,
 315, 318
 Auswahl 326

Kenntnisse und Fähigkeiten 318
Mangel 312
Parteigutachter 317
Privatgutachter 323
Psychiater *siehe* Psychiater
Qualifikation 321, 322
Verhältnis zum Richter 332, 343
Wahrheitspflicht 337

H

hedonistische Motivationstheorie 52,
 69
heftige Gemütsbewegung 15, 44, 48,
 141, 211, 212, 218, 280
 Entschuldbarkeit *siehe*
 Entschuldbarkeit
 Indikatoren 219
 Strafmilderung *siehe* Strafmilderung
Hypothalamus 68, 76

I

ICD-10 31, 32, 44, 121, 122, 334
Impulstat 33
in dubio pro reo 256, 286

K

Kausalität 90
 zwischen Tötung und Affekt 218
Kindestötung 272, 275, 279, 280
 Affekt *siehe* Affekt
 als Strafzumessungsnorm 276, 280
 de lege ferenda 278
 Geburtsvorgang *siehe*
 Geburtsvorgang
 Konkurrenzen 281
 Mutter *siehe* Mutter
 Privilegierung 272
 Tatbeteiligte 273
 Versuch 273
kognitive Prozesse 59, 60, 61, 73,
 76, 77, 81, 356
Kortex 70, 71, 72, 125
kriminalpolitische Überlegungen
 130, 131, 147, 173, 204, 306, 340,
 359
Kulturkonflikt 236

L

Leidenschaften 26
 limbisches System 67, 68, 74, 75

M

Mord 207, 267, 268
 Skrupellosigkeit *siehe*
 Skrupellosigkeit
 Mutter 272, 273, 275

N

Nachtatverhalten 40, 99, 192, 220,
 221, 348
 Neurowissenschaften 67, 69
 Notstand 132, 149, 184
 Notstandsexzess 149
 Notwehr
 Absichtsprovokation 136, 147
 Abwehrhandlung 132
 Abwehrwille 136
 beim Totschlag 264
 Notwehrexzess *siehe* Notwehrexzess
 Notwehrlage 132, 138
 Proportionalität der Abwehr 134
 rechtfertigende 131
 Subsidiarität der Abwehr 133, 134
 Notwehrexzess 137, 138, 145, 266
 beim Totschlag 266
 entschuldigender 142, 147
 extensiver 138
 im Affekt 139, 140, 142, 266, 300
 intensiver 138

O

objektive Strafbarkeitsbedingung
 165, 285
 Opportunitätsprinzip 297

P

Persönlichkeit 62, 70, 73, 240
 Persönlichkeitseigenschaften 25
 Persönlichkeitsfremdheit 42
 Persönlichkeitsstörung 39, 154, 241,
 242

Philosophie 46
 Privatgutachten 311, 316, 322
 Beweiskraft 316
 Provokation 298
 als Anlass zur Beschimpfung 290
 als Grund für die Entschuldbarkeit
 230
 als Schuldmerkmal 293
 bei der Beschimpfung 289
 Strafbefreiung *siehe* Strafbefreiung
 Ungebührlichkeit 290
 Unmittelbarkeit 291
 zeitliche Grenze 292
 Psychiater 319, 320, 321, 351
 psychiatrische Gutachten *siehe*
 Gutachten
 Psychologe 321, 351

R

Rechtfertigungsgründe 104
 rechtlich relevante Handlung 86
 bei der Affekttat 87, 89
 Rechtsfrage 149, 254
 Rechtswidrigkeit 85, 104
 Reflexe 86, 87, 88, 89
 Retorsion 301
 als Privatrache 303
 bei einer Tötlichkeit 301
 Voraussetzung 302
 Wirkung 303
 Richter
 Abweichung vom Gutachten *siehe*
 Gutachten, gerichtliche
 Abweichung
 Verhältnis zum Gutachter *siehe*
 Gutachter, Verhältnis zum Richter

S

sachverständige Begutachtung *siehe*
 Begutachtung
 Sachverständiger *siehe* Gutachter
 SAB-Katalog 35, 42
 Schreckensaffekt 102
 Schuld 86, 91, 104, 106
 Ausschluss *siehe* Schuldunfähigkeit
 normative Zuschreibung 108

- normativer Schuldbegriff 107
- psychologischer Schuldbegriff 106
- psychologisch-normativer Schuldbegriff 107
- Schuldfähigkeit *siehe* Schuldfähigkeit
- Schuldunfähigkeit *siehe* Schuldunfähigkeit
- Steuerungsfähigkeit *siehe* Steuerungsfähigkeit
- verminderte Schuldfähigkeit *siehe* verminderte Schuldfähigkeit
- Schuldfähigkeit 108, 109, 113, 114, 118, 125
 - bei der Affekttat 118, 120, 127, 129
 - biologische Methode 110
 - biologisch-psychologische Methode 111, 112, 123, 333
 - Einsichtsfähigkeit *siehe* Einsichtsfähigkeit
 - intellektuelle Komponente *siehe* Einsichtsfähigkeit
 - psychologische Methode 110, 113
 - voluntative Komponente *siehe* Steuerungsfähigkeit
 - Zweifel 307, 308, 310, 312
- Schuldumilderung
 - beim Totschlag 261
- Schuldprinzip 157, 166, 173
- Schuldunfähigkeit 109, 110, 111, 114, 115, 163
 - bei der Affekttat 131, 171
 - bei der Kindestötung 279
 - beim Notwehrexzess 148
 - des Totschlägers 265
 - Relativität 115
- Schusswaffe 103, 134, 170
- schwere akute Belastungssituation 31, 32
- schwere Bewusstseinsstörung 121, 122
- schwere psychische Belastung 16
- schwere psychische Störung 111, 113, 121, 122
- Skrupellosigkeit 187, 268, 269, 357
- Sorgfaltspflicht 100, 101, 102, 276
 - bei der fahrlässigen actio libera in causa 170
 - Individualisierung 100
- Steuerungsfähigkeit 117, 126
 - bei der Affekttat 125, 126, 154
 - herabgesetzte 151
- Steuerungsunfähigkeit 118
- Stimmungen 26
- Strafbefehl 294
- Strafbefreiung 174, 175, 293, 295, 297
 - bei der Retorsion 303
 - fakultative 288, 289, 295, 301
 - Gründe 299
 - im Strafbefehl *siehe* Strafbefehl
 - Schuldpruch ohne Strafe 295, 296
 - Verfahrenseinstellung *siehe* Verfahrenseinstellung
- Strafbegründungsschuld 105
- Straferhöhung 175
- Strafmilderung 174, 175, 177, 183
 - bei der Affekttat 179
 - bei der Kindestötung 279
 - bei einer heftigen Gemütsbewegung 178
 - obligatorische 176
 - statt Strafbefreiung 299
 - Strafmilderungsgründe 177, 178, 191, 195
 - Wirkung 176
- Strafminderung 175
 - bei der Affekttat 200, 203
- Strafrahmen 177, 187
- Strafschärfung 174
- Strafverzichtsgründe 296
- Strafzumessung 174, 185, 193
 - bei der Affekttat 175, 199, 200, 202
 - Einsatzstrafe 193, 194
 - konkrete 187, 193
 - Straferhöhung *siehe* Straferhöhung
 - Strafmilderung *siehe* Strafmilderung
 - Strafminderung *siehe* Strafminderung
 - Strafschärfung *siehe* Strafschärfung
 - Täterkomponenten 191
 - Tatkomponenten 189
 - Verschulden *siehe* Verschulden
- Strafzumessungsschuld 105
- Streit *siehe* Auseinandersetzung
- subjektiver Tatbestand 91

T

- Tatbestandsmässigkeit 85, 86, 209, 285
 Täter-Opfer-Beziehung 33, 34, 37, 43, 44, 226
 Tatfrage 149, 254
 Tatsache 282
 Tatschwere 189, 190, 193, 194, 198, 201
 tiefgreifende Bewusstseinsstörung 31, 45, 123
 Totschlag 179, 207, 208, 267, 357
 als privilegierte Tötung 208
 als Strafzumessungsregel 207, 261, 263
 Auseinandersetzung *siehe*
 Auseinandersetzung
 Beweismass 256
 Beziehungsprobleme *siehe*
 Beziehungsprobleme
 Entstehung des Wortlauts 210
 grosse seelische Belastung *siehe*
 grosse seelische Belastung
 heftige Gemütsbewegung *siehe*
 heftige Gemütsbewegung
 Konkurrenzen 267
 Notwehrexzess *siehe* Notwehrexzess
 zeitliche Voraussetzung 215
 Zusammentreffen mit einer
 Strafmilderung 186
 Tötung 206, 209
 fahrlässige *siehe* fahrlässige Tötung
 im Affekt *siehe* Affekttötung
 vorsätzliche *siehe* vorsätzliche
 Tötung
 Tötungsdelikt 206, 207

U

- Unrechtsbewusstsein 108, 109, 116

V

- Verbrechensaufbau 85
 Verfahrenseinstellung 293
 durch das Gericht 295

- durch die Polizei 294
 durch die Staatsanwaltschaft 293
 verminderte Schuldfähigkeit 109, 150, 163, 191, 312
 bei der Affekttat 153, 155, 156, 171
 bei der Kindestötung 279
 beim Notwehrexzess 148
 beim Totschlag 213, 260, 265
 Grad der Verminderung 151
 Strafmilderung 178
 Strafminderung 197
 Verschulden 187, 188, 194
 bei der Affekttat 200, 204
 Vorgestalten 173
 Vorsatz 90
 bei der actio libera in causa *siehe*
 actio libera in causa, vorsätzliche
 beim Totschlag 209, 217
 Eventualvorsatz *siehe*
 Eventualvorsatz
 intellektuelle Komponente *siehe*
 Wissen
 voluntative Komponente *siehe* Wille
 Wille *siehe* Wille
 Wissen *siehe* Wissen
 vorsätzliche Tötung 207, 209, 272
 Vorverschulden 156, 173
 fahrlässiges 163, 171
 vorverschuldeter Affekt *siehe* Affekt,
 vorverschuldeter

W

- Wahrnehmung 61, 94
 Werturteil
 gemischtes 282
 reines 282
 Wille 96, 99
 bei der Affekttat 97, 99
 Wissen 91, 96
 bei der Affekttat 92, 94
 Mitbewusstsein 92, 94, 95

Z

- Zweifel
 an der Schuldfähigkeit *siehe*
 Schuldfähigkeit

