

LAURA FELDMANIS

Süüteokatsesest loobumise instituudi
põhjendus ja kohaldatavuse piirid
kuritegelikule eeltegevusele



LAURA FELDMANIS

Süüteokatsest loobumise instituudi
põhjendus ja kohaldatavuse piirid
kuritegelikule eeltegevusele



TARTU ÜLIKOOL
kirjastus

Tartu Ülikooli õigusteaduskond

TÜ õigusteaduskonna nõukogu 11. septembri 2017 otsusega on Laura Feldmanise väitekirjale lubatud kaitsmisele filosoofiadoktori (PhD) (õigusteadus) kraadi taotlemiseks TÜ õigusteaduskonna doktorikraadide kaitsmise komisjonis

Juhendaja: Prof. Jaan Sootak

Oponendid: Prof. Dr. Uwe Murmann, Göttingeni Ülikool

Dr.iur. Priit Pikamäe, Riigikohus

Kaitsmine: 6. novembril kell 11.00 Kaarli pst. 3 aud. 401, Tallinn

ISSN 1406-6394

ISBN 978-9949-77-561-3 (trükis)

ISBN 978-9949-77-562-0 (pdf)

Autoriõigus: Laura Feldmanis, 2017

Tartu Ülikooli Kirjastus

www.tyk.ee

SISUKORD

SISSEJUHATUS.....	8
I SÜÜTEOKATSE KARISTATAVUSE ALUSED	16
1.1. Süüteokatse ja selle liigid	16
1.2. Süüteokatse põhjendatuse teooriate eesmärgid	18
1.3. Süüteokatse põhjendatuse teooriad.....	20
1.3.1. Objektiivne teooria.....	20
1.3.2. Subjektiivne teooria.....	21
1.3.3. Muljeteeoria	24
1.3.4. Süüteokatse kui ekspressiivne ja koosseisulähedane normi rikkumine	26
1.3.5. Ühendteooria	27
1.3.6. Usaldussuhte rikkumise teooria	30
1.4. Vahekokkuvõtte süüteokatse karistatavuse põhjendustest	32
1.5. Autori seisukoht süüteokatse karistamisväärsuses osas	35
II SÜÜTEOKATSEST LOOBUMINE.....	39
2.1. Süüteokatsest loobumise põhjendatuse teooriate eesmärgid	39
2.2. Süüteokatsest loobumise põhjendatuse teooriad	41
2.2.1. Kaitstav õigushüve ja kannatanu huvid kui süüteokatsest loobumise lähtealus	41
2.2.1.1. Kriminaalpoliitiline teooria	41
2.2.1.2. Ohvrikaitse põhimõte	44
2.2.2. Loobumise argumenteerimine karistuse kohaldamise põhjendatuse ja vajalikkuse kaudu.....	46
2.2.2.1. Tasu- ja armuteooriad.....	46
2.2.2.2. Karistuseesmärgi teooria	48
2.2.2.3. Kohustuse täitmise teooria	52
2.2.3. Katsespetsiifilised loobumise põhjendatuse teooriad.....	54
2.2.3.1. Ühtsusteooria.....	54
2.2.3.2. Ohu ümberpöörämisteooria	57
2.2.3.3. Teomuutmisteooria.....	59
2.3.3. Kombinatsiooniteooriad	62
2.4. Vahekokkuvõtte süüteokatsest loobumise põhjendustest	64
2.5. Töö autori seisukoht süüteokatsest loobumise põhjenduste kohta	66
2.5.1. Karistusõigusliku sekkumise alus ja eesmärk	67
2.5.2. Süüteokatsest loobumise instituudi põhjendus.....	67
2.5.2.1. Põhiseisukohad.....	67
2.5.2.2. Süüteokatsest loobumisteo erinevus positiivsest järeleost	69
2.5.2.3. Süüteokatsest loobumise mõju ja tähendus	70
2.5.2.3.1. Loobumine kui konkreetse koosseisu lõpule viimata jätmine.....	70

2.5.2.3.2. Süüteokatsest loobumine kui normatiivsete ootuste taastamine	72
2.5.2.3.3. Loobumine lõpetamata ja lõpetatud katsest.	75
2.5.2.3.4. Süüteokatsest loobumine kui toimepanijale antav võimalus	76
2.5.2.3.5. Loobumise mõju karistamisväärsusele ja karistamistarvidusele	77
III SÜÜTEOKATSEST LOOBUMISE TINGIMUSED	
KARISTUSSEADUSTIKU REGULATSIOONI KOHASELT	80
3.1. Ülevaade süüteokatsest loobumise tingimustest.....	80
3.2. Loobumistegu	80
3.2.1. Tegu, millest saab loobuda, ehk teo tähendus süüteokatsest loobumise kontekstis	81
3.2.2. Lõpetamata ja lõpetatud katse eristamine	83
3.2.3. Loobumistegu lõpetamata katse korral.....	85
3.2.4. Loobumistegu lõpetatud süüteokatsel	87
3.2.4.1. Tagajärje ärahoidmine kui loobumistegu lõpetatud katse korral	87
3.2.4.2. Tõsimeelne püüdmine kui loobumistegu lõpetatud katsel.....	91
3.2.5. Loobumistegu tegevusetusdelikti korral	93
3.2.6. Loobumistegu mitme toimepanija korral	95
3.2.7. Loobumistego subjektiivsed tunnused	98
3.3. Vabatahtlikkus kui süüteokatsest loobumise element	99
3.3.1. Vabatahtlikkuse määramise kriteeriumid	100
3.3.1.1. Psühholoogiline käsitlusviis – toimepanija on oma otsuse isand.....	100
3.3.1.2. Normatiivne tahtevabaduse kontseptsioon – tagasipöördumine nn õiguse rongile.....	102
3.3.1.3. Kokkuvõtte psühholoogilisest ja normatiivsest kontseptsioonist	104
3.3.2. Isiku tahtevabadust välistava sunni määramine	104
3.3.3. Konkreetsete asjaolude mõju toimepanija otsuse vabatahtlikkusele ja piiritlemisele nurjunud katsest.....	106
3.4. Vahekokkuvõtte süüteokatsest loobumise tingimustest ja autori seisukoht ning ettepanek <i>de lege ferenda</i>	110
IV SÜÜTEOKATSEST LOOBUMISE DOGMAATILINE ASEND	112
4.1. Süüteokatsest loobumise dogmaatilise asendi tähendus ja seda mõjutavad asjaolud	112
4.2. Süüteokatse ja sellest loobumise seos	114
4.2.1. Süüteokatse ja sellest loobumise käsitlemine eraldusmudeli järgi	115
4.2.2. Süüteokatse ja loobumise koos käsitlemine	116
4.2.3. Vahekokkuvõtte süüteokatse ja loobumise seosest	120

4.3. Süüteokatsest loobumine ja deliktistruktuuri elemendid	122
4.3.1. Süüteokatsest loobumine kui süüteokoosseisu või õigusvastasust välistav asjaolu	123
4.3.2. Süüteokatsest loobumine kui süüd välistav asjaolu.....	125
4.3.3. Süüteokatsest loobumine kui karistust välistav asjaolu.....	131
4.3.4. Süüteokatsest loobumine kui deliktistruktuuri neljandat elementi välistav asjaolu	136
4.3.5. Süüteokatsest loobumine kui alus karistusest vabastada või karistust kergendada	139
4.4. Vahekokkuvõtte süüteokatsest loobumise dogmaatilise asendi kohta	143
4.5. Autori seisukoht süüteokatsest loobumise dogmaatilise asendi osas...	144
V SÜÜTEOKATSEST LOOBUMINE JA ERINEVAD DELIKTITÜÜBID	146
5.1. Modernne karistusõigus, sellest lähtuvad deliktitüübid ja loobumisregulatsioon	146
5.2. Konkreetne ohudelikt	150
5.2.1. Konkreetse ohudelikti karistamisväärsus ja võrdlus süüteokatsega	150
5.2.2. Loobumisregulatsioon ja konkreetne ohudelikt	154
5.3. Abstraktne ohudelikt	158
5.3.1. Abstraktse ohudelikti karistamisväärsus ja võrdlus süüteokatsega	158
5.3.2. Abstraktne ohudelikt ja süüteokatsest loobumise regulatsioon	164
5.4. Ettevõtmisdelikt.....	169
5.4.1. Ettevõtmisdelikti karistamisväärsus ja võrdlus süüteokatsega	169
5.4.2. Ettevõtmisdelikt ja süüteokatsest loobumise regulatsioon	171
5.5. Vahekokkuvõtte kuritegelikust eeltegevusest ja loobumise regulatsioonist.....	174
5.6. Eesti karistusseadustiku regulatsioon ja kuritegelik eeltegevus	178
5.6.1. Karistusseadustiku § 60 ¹ kohaldumisala	179
5.6.2. Karistusseadustiku § 60 ¹ regulatsiooni põhjendatus	183
5.6.3. Ettepanekud <i>de lege ferenda</i>	188
VI KOKKUVÕTE.....	197
ZUSSAMENFASSUNG	202
KASUTATUD LÜHENDID	277
KASUTATUD KIRJANDUS	278
KASUTATUD KOHTULAHENDID	283
KASUTATUD ÕIGUSAKTID	284
ELULOOKIRJELDUS.....	285
CURRICULUM VITAE	287

SISSEJUHATUS

A. Uurimisteema valiku põhjendatus

Karistusõigus täidab oma ülesannet õigushüvede kaitsmisel eelkõige karistusõigusliku sekkumise – karistamise – kaudu, mis järgneb toimepanija poolt loodud ebaõigusele. Nimetatule viitab ka karistusõiguse mõiste, mis väljendab, et see on õigus, mille alusel karistatakse.

Karistamine seisneb toimepanijale negatiivsete õigusjärelmite kohaldamises. Kui isik on astunud üle piiri, mida õiguskord ei luba, s.o asunud kuriteokoosseisu realiseerima, on ta sellega väljendanud, et normid, mis tegu keelavad, ei kehti. Karistuse kohaldamisega näidatakse, et isik on eksinud, ta on teinud seda, mida poleks tohtinud, ja norm, mida ta rikkus, kehtib. Karistuse eesmärk on taastada usk õigusnormi kehtivusse ja tagada õigushüvede kaitse.

Karistamine ei ole ainus viis, kuidas ebaõigusele reageerida: karistusõigus tunneb ka karistamise vastandkategoriat – andestamist. Tuvastades, et tegija on toime pannud teo, mida õiguskord ei aktsepteeri – kuriteo, jäetakse riigi range reaktsioon teatud juhtudel ära ehk andestatakse toimepanijale.

Andestamise üks avaldumismvorm on süüteokatses ja selle ettevalmistamisest loobumine (KarS §-de 40–43 ja 43¹). Lisaks on karistusseadustikus veel järgmised sätted: kõlbmatu katse korral karistusest vabastamine (§ 26), tegevkahetsus, mille korral on võimalik karistust kergendada või isik karistusest vabastada (§ 60¹), samuti võib siia liigitada karistust kergendavad asjaolud (§ 57). Täiendavalt on veel peatükk 5, mis näeb ette karistusest vabastamise eri alused, sh on §-des 73, 74, 76, 77 reguleeritud tingimisi karistusest vabastamise alused, §-s 75¹ on määratud elektrooniline valve, §-s 79 karistuse kandmisest vabastamine isiku parandamatu haiguse tõttu ja §-s 80 karistusest vabastamine, kui isik on kuriteo tagajärjel raskelt kannatanud. Lisaks on KrMS §-des 199 ning 202–205¹ sätted, mis näevad ette võimaluse kuriteo toimepannud isiku suhtes kriminaalmenetlus lõpetada ja jätta karistus kohaldamata. Alused on KrMS kohaselt kokkuvõtvalt järgmised: süü väiksus ja avaliku menetlushuvi puudumine, karistuse eesmärgi täidetud, isiku abi, et välja selgitada süüteo toimepanemise asjaolud või tulirelvade ja laskemoona üleandmine, samuti raske haigus. Nimetatutest on tähtis esile tuua süüteokatses loobumine, tegevkahetsus ning karistust kergendavate asjaoludena kahjulike tagajärgede ärahoidmine, abi andmine kannatanule ja kahju vabatahtlik hüvitamine ning tulirelvade ja laskemoona üleandmine – kõik need asjaolud on seotud juba loodud halva heastamisega, nii õigushüve kahjustamise ärahoidmise, edaspidise ohtlikkuse või tagajärje vältimise kui ka kahju heastamisega. Loetletud asjaoludel on oluline tähendus isikule karistusõiguslike järelmite kohaldamisel ja otsustamisel, kas ja millisel määral saab toimepanijale andeks anda.

Süüteokatses loobumine välistab KarS § 40 alusel toimepanija süü. Ükski teine andestamise vorm süüd ei välista, vaid võimaldab toimepanija karistust üksnes kergendada, ta karistusest vabastada või jätta karistamata. Järelikult annab süüteokatses loobumine Eesti karistusõiguse kohaselt olulise tähenduse

toimepanija teole, mis on suunatud kuriteokoosseisu lõpuleviimise ära hoidmisele.

Loobumist tundis juba *Consitutio Criminalis Carolina* aastast 1532. Artiklis 178 oli ette nähtud vastutus kuriteokatse eest, samuti regulatsioon selle kohta, kui isik mõtleb ümber ja ei vii tegu lõpuni. Kuigi seejuures ei kasutatud süüteokatsest loobumise mõistet, vastas nimetatud regulatsioon sisuliselt süüteokatsest loobumisele.

Karolina kehtis Eestis aastani 1845. Ka seejärel kehtinud Vana Nuhtlusseadustik nägi ette sätte loobumise kohta ning samuti kohaldati 1935. aastast kehtinud Eesti Vabariigi kriminaalseadustiku alusel süüteokatsest loobumist. 1940. aastal kehtestati Eestis Vene NSFV 1926. aasta kriminaalkoodeks tagasiulatuvalt, mis kehtis kuni 1961. aastani, mil kehtestati ENSV Kriminaalkoodeks. Nõukogude kriminaalõigus põhinev kriminaalkoodeks (edaspidi KrK), mis kehtis aastatel 1961 kuni 2002, lähtus kuriteomõistest, mille järgi koosseis koosnes neljast elemendist – objektist, objektiivsest küljest, subjektist ja subjektiivsest küljest. Kuriteo üldkoosseis oli kriminaalvastutuse alus. Lähtuti psühholoogilisest süümõistest, mille kohaselt süü väljendus isiku psüühilises suhtumises teosse ja tagajärge.¹ Loobumine oli KrK §-s 16 määratletud kui kriminaalvastutust välistav asjaolu. 2002. aastal jõustus Eesti Vabariigi karistusseadustik, millega mindi üle kolmeastmelisele neoklassikalisele kuriteomõistele: koosseis (hõlmates objektiivset koosseisu tegu, tagajärje, põhjusliku seoste ning subjektiivset poolt tahtluse ja ettevaatamatusena), õigusvastasuses ja süü. Oluline muudatus toimus süü tasandil, sest süü ei olnud enam isiku psüühiline suhtumine oma teosse, vaid etteheide. Aluseks oli võetud normatiivne süümõiste, mille kohaselt süü tasandil tuvastatakse, kas isikule on alust ette heita õigusvastast tegu.² Karistusseadustikus on loobumine reguleeritud §-des 40–43¹ kui süüd välistav asjaolu.

Nii nagu Eesti karistusõiguses, on enamiku riikide karistusseadustikes sätted süüteokatsest loobumise kohta. Riigiti on loobumisel karistusseadustikus erinev tähendus. Erinevalt Eesti regulatsioonist Saksa karistusseadutiku³ järgi isikut ei karistata, Prantsuse karistuseaduse⁴ kohaselt välistab loobumine süüteokatse koosseisu.

Süüteokatsest loobumise regulatsioon on sätestatud ka rahvusvahelises õiguses. Rahvusvahelise Kriminaalkohtu Rooma statuudi artikli 25 p 3(f) kohaselt on isik kriminaalkorras vastutav, kui ta teeb katse toime panna kuritegu tegevusega, mille toimepanemist alustatakse olulise sammuga, kuid kuritegu ei suudeta lõpule viia asjaolude tõttu, mis ei sõltu isiku kavatsustest.⁵ Statuudi

¹ J. Sootak. Grundlelemente der subjektiven Verantwortlichkeit in estnischen Strafrecht. – A. Eser, J. Arnold, J. Trappe (Hrsg). Strafrechtsentwicklung in Osteuropa. Zwischen Bewältigung und neuen Herausforderungen. Berlin: Duncker&Humbolt 2005, lk 224–225.

² J. Sootak. Grundlelemente der subjektiven Verantwortlichkeit in estnischen Strafrecht, lk 226–227.

³ Arvutivõrgus: www.gesetze-im-internet.de/stgb/.

⁴ Arvutivõrgus: www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30.

⁵ Arvutivõrgus: <https://www.riigiteataja.ee/akt/78574>.

kohaselt ei karistata kuriteokatse eest isikut, kes loobub kuriteo toimepanemisest või muul moel takistab kuriteo toimepanemist, kui ta täielikult ja vaba-tahtlikult loobus kriminaalsetest kavatsustest.

Süüteokatsest loobumise regulatsioon lähtub traditsioonilisest karistusõigusest, mille kohaselt on etteheite aluseks õigushüve reaalne kahjustamine. Süüteokatsest loobumist põhistab üldistatult kuriteo lõpule viimata jätmine ja kahjuliku tagajärje ärahoidmine. Õigushüvele tagati kaitse toimepanija teo tulemusel ja karistusõiguslik sekkumine ei ole vajalik. Loobuda on võimalik üksnes süüteokatsest ja ajani, kuni kuritegu ei ole lõpule viidud.

Erinevate riikide seadustikes ning rahvusvahelises õiguses on küll sätted süüteokatsest loobumise kohta, kuid käsitluste mitmekesisus dogmaatilise asendi osas näitab, et puudub ühene arusaam süüteokatsest loobumise instituudi kohta. Võib väita, et probleemiks ei ole süüteokatsest loobumise vajalikkus karistusõiguses, kuid vaidlusi tekitavad süüteokatsest loobumist põhistavad teooriad. Kuigi neid on välja töötatud palju, puudub vastuoludeta lahendus, mis viibki küsimuseni, milline tähendus anda toimepanija teole, mis on toime pandud peale katse alustamist ning on suunatud õigushüve kaitsmisele.⁶

Tänapäeva karistusõigus liigub üha enam selle poole, et laiendada kuritegeliku eeltegevuse kriminaliseerimist. Võimalused, mida pakub nüüdisaegse tehnoloogia, toovad kaasa ühiskonna protsesside kiire ja samas kontrollimatu arengu, mis avaldub ka kuritegude toimepanemises. Lisaks tuleb arvestada tänapäeva ühiskonna ohtusid, nagu terrorism, küberkuriteod ja kuritegelike ühenduste tegevus, mis ei tunne riigipiire. Õigushüvede efektiivne kaitse on võimalik tagada üksnes juhul, kui karistusõiguslikult reageerida kuritegelikule eeltegevusele võimalikult varajaselt. Isegi kui sekkuda õigushüve konkreetse ohustamise staadiumis, võidakse jääda hiljaks vältimaks sündmuste arengut, mis võivad viia õigushüve kahjustamiseni, mistõttu on karistusõiguslik reageerimine põhjendatud juba kuriteo tingimuste loomisel, st ettevalmistavas staadiumis. Eeltoodu avaldub mõju koosseisude konstrueerimisel. Karistusõiguse eriosas on üha rohkem deliktitüüpe, mille lõpule viimise eeldusena ei ole kahjuliku tagajärje saabumist ega isegi mitte õigushüve kahjustamist vaja: näiteks § 216¹ (arvutikuriteo ettevalmistamine), § 340 (raha, pangakaardi ja muu maksevahendi, väärtpaberi, maksumärgi, postimaksevahendi ja selle jäljendi ning proovijärelevalve märgise võltsimise ettevalmistamine) ning § 394¹ (kokkulepe rahapesu toimepanemiseks). Ühegi loetletud teoga õigushüve ei kahjustata, vaid luuakse selleks üksnes tingimused. Kui toimepanija nimetatud koosseisude korral loob küll tingimused õigushüvede kahjustamiseks, kuid katkestab oma kuritegeliku käitumise ja hoiab ära õigushüve kahjustamise, siis loobumisregulatsioon ei kohaldu, sest tegemist on lõpuleviidud teoga, mitte süüteokatsega. Sellisel juhul on võimalik rakendada üksnes tegevkahetsuse sätteid (§-d 57 lg 2 p 1 ja 60¹).

⁶ G. Grünwald. Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht. – Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974. Berlin: De Gruyter 1974, lk 701.

Eesti karistusseadustikus on tegevkahetsuse instituut leidnud väljenduse kahes erinevas paragrahvis. Sisuliselt tegevkahetsusena on käsitletav karistust kergendavad asjaolud KarS § 57 lg 1 p 1 ja 2 tähenduses, milleks on süüteo kahjulike tagajärgede ärahoidmine, samuti abi andmine kannatanule vahetult pärast süüteo toimepanemist ning kahju vabatahtlik hüvitamine, mille tulemusena saab kohus tegijale mõistetavat karistust kergendada. 01.01.2015 jõustunud muudatuste kohaselt täiendati karistusseadustikku §-ga 60¹, mis näeb ette regulatsiooni tegevkahetsuse osas juhul, kui toimepanija on küll teo lõpuni viinud, kuid loobub vabatahtlikult teo edasisest toimepanemisest või kõrvaldab muul viisil ohu. Kohtul on võimalus toimepanija karistust kergendada või ta karistusest vabastada.

Saksa karistusseadustiku regulatsioon tegevkahetsuse osas on erinev Eesti regulatsioonist. Saksa karistusseadustikus on tegevkahetsuse sätted karistusseadustiku üldosa §-des 46, 46a ning lisaks eriosas konkreetsete koosseisude juures. Saksa karistusseadustiku järgi on tegevkahetsuse õiguslikud järelmid astmestatud: lisaks karistuse kergendamisele on võimalik toimepanija karistusest vabastada ning samuti mitte karistada, mis järgneb ka süüteokatsest loobumisele.⁷ Samas puudub Saksa karistusseadustikus süsteem, milliste eriosa koosseisude juurde on sätestatud eraldi tegevkahetsuse regulatsioon.⁸

Eesti karistusõiguse kohaselt on tegevkahetsusel ja loobumisel märkimisväärselt erinevad tagajärjed isiku vastutuse määramisel. Loobumine välistab süü, kuid tegevkahetsus saab olla üksnes aluseks, et karistusest vabastada või seda kergendada. Saksa karistusõiguse kohaselt süüteokatsest loobumisel ja tegevkahetsusel sellist erinevust ei ole, mõlemal juhul on võimalik toimepanija mittekaristamine. Järelikult on õigushüve kaitsval teol oluliselt erinev tähendus olenevalt asjaolust, kas see on toime pandud realiseerides süüteokatset või lõpuleviidud delikti karistusseadustiku eriosa tähenduses. Samas ei sõltu vastus küsimusele, kas tegemist on lõpuleviidud deliktiga või mitte, õigushüve kahjustamise faktist. Kuritegelik eeltegevus on loetud karistatavaks nii karistusseadustiku üldosa kui ka eriosa kaudu. Loobumise regulatsioon kohaldub ainult üldosas sätestatud kuritegelikule eeltegevusele.

Nii kuritegeliku eeltegevuse karistatavaks lugemine eriosas kui ka loobumisregulatsioon on kantud eesmärgist tagada õigushüvede tõhus kaitse. Traditsioonilisel karistusõigusel põhinev loobumine on andnud toimepanijale võimaluse pääseda karistusõiguslikest järelmitest, kuni kahjulike tagajärgede saabumist on võimalik veel ära hoida. Moodne karistusõigus on valinud tõhusaks meetodiks toimepanija karistamise kuritegeliku eeltegevuse võimalikult varajases staadiumis, seega ajal, kui õigushüve ei pruugi olla reaalses ohus. Eeltoodu tõstatab küsimuse, kas moodsate karistusõiguslike meetodite ja traditsioonilise karistusõiguse vahel ei teki vastuolu. Probleemiks ei ole mitte tuua

⁷ A. Schönke, H. Schröder. Strafgesetzbuch: StGB. Kommentar. 29. Aufl. München: Beck 2014, § 24/117-118.

⁸ M. Blöcker. Die Tätige Reue. Baden-Baden: Nomos- 2000, lk 11.

karistatavuse piir karistusõiguse eriosas ettepoole, vaid mis tähendus anda toimepanija teole, mis on suunatud õigushüve kahjustamise vältimisele.

Toimepanija õigushüve kaitsvale teole tähenduse andmisel tuleks lähtuda ühtedest ja samadest kriteeriumitest. Vaheteo alus ei tohiks olla üksnes formaalne kriteerium, mille kohaselt ühtedel juhtudel on kuritegelik eeltegevus reguleeritud karistusõiguse üldosas ning kahjustust ärahoidval teol on süüd välistav tähendus, kui aga eeltegevus on karistatav eriosa kaudu, siis loobumine ei kohaldu, sest tegemist on lõpuleviidud deliktiga.

Käitumismõrni rikkumisele reageerimine ei ole riigi suvaline otsus, vaid kohaldub konkreetsetel printsiipidel. Karistusõiguslik reageerimine on põhjendatud ainult õigushüvede kaitseks. Karistusõigus toimib õigushüvede kaitsel subsidiaarselt. Karistamisega kui riigi rangeima sunnivahendiga reageerimine on põhjendatud üksnes siis, kui muud viisid ei taga piisavalt õigushüvede kaitset, arvestades karistamisväärsust ja karistustarvidust.⁹ Järelikult on õigushüvede kaitse nurgakivi, mis annab aluse tegu kuriteona käsitleda ning sellele karistusõiguslikult reageerida, kuid üksnes siis, kui see on *ultima ratio* aspektist põhjendatud ja vajalik. Oluline on kindlaks teha, milline tähendus on toimepanija õigushüve kaitsval teol kuritegeliku eeltegevuse staadiumis. Eesmärk on süsteemsus ja lähtumine ühtedest ja samadest kriteeriumitest, mis tagab isikute võrdse kohtlemise ning õiguse rakendamise arusaadavuse, mis on oluline efektiivsuse aspektist.

B. Uurimistöö põhieesmärgid ja uurimisküsimused

Eelkirjeldatu tõstatab olulise teadusliku probleemi: miks osa juhtudel on toimepanija käitumisel, mis on suunatud sellele, et hoida ära õigushüve kahjustamine, süüd välistav tähendus, kuid teistel juhtudel mitte. Seejuures on oluline, et üha rohkem kriminaliseeritakse käitumisakte, mis kuuluvad kuritegeliku eeltegevuse staadiumisse ning toimepanija teo tulemusel on võimalik hoida ära õigushüve kahjustamine.

Käesoleva töö eesmärk on analüüsida, milline tähendus on süüteokatses loobumisel ja kas ning millises ulatuses tuleks süüteokatses loobumise regulatsiooni argumentatsiooni arvestada kuritegeliku eeltegevuse puhul eriosas, kui toimepanija realiseerib õigushüve kaitsele suunatud teo. Oluline on leida tasakaal, millal on vajalik toimepanija karistamine ning millal on põhjendatud andestamine, arvestades, et karistusõiguslik ressurss on napp ning seda tohib kasutada üksnes õigushüvede kaitseks, järgides *ultima ratio* põhimõtet. Loobumise kui kõige ulatuslikumalt õigushüve kaitsele suunatud teole tähendust andva instituudi lähtepunktiks võtmine aitab luua süsteemse käsitluse.¹⁰ Siiski

⁹ V. Krey, R. Esser. Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Stuttgart: Kohlhammer 2012, lk 6–8.

¹⁰ U. Murmann. Strafzumessung und Strafverfahren. – G. Freund, U. Murmann, R. Bloy, W. Perron (Hrsg). Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot 2013, lk 1145–1146.

ei tähenda eelnev, et kuritegeliku eeltegevuse puhul ei võiks arvestada veel täiendavaid kriteeriume lisaks nendele, millest on lähtutud süüteokatsest loobumisel, kuid nende käsitlemine jääb väljapoole käesoleva töö teemat.

Töö esimene uurimisprobleem on süüteokatsest loobumise regulatsiooni põhjendus. Selleks analüüsitakse süüteokatse kui ühe kuritegeliku eeltegevuse vormi karistatavuse põhjendusi, seejärel loobumise ja süüteokatse seost ning järgnevalt, millest lähtuvalt on süüteokatsest loobumine põhjendatud.

Seoses süüteokatsest loobumise põhjendatusega püstitab autor järgmised hüpoteesid:

- Õigushüve säilimisele täiendava kaitse andmine toimepanija teo tulemusel on oluline kriteerium süüteokatsest loobumise põhjendamisel, kuid üksnes see ei näita, et karistusõiguslik reageerimine ei ole vajalik ega põhjendatud.
- Süüteokatsest loobumist põhjustab toimepanija poolt süüteokatse karistamisväärsust näitavate asjaolude äramuutmine, s.t toimepanija muudab ära süüteokatsest tulenevad negatiivsed mõjud, tagades nii õigushüve kaitse kui ka kinnitades usalduskorra kehtivust. Süüteokatsest tulenevate kahjulike mõjude muutmine on võimalik seni, kuni kuriteo sündmused on toimepanija kontrolli all, s.t tal on veel võimalik otsustada, kas ta realiseerib koosseisu lõpuni või mitte.

Teine uurimisprobleem on küsimus, millisel määral on põhjendatud süüteokatsest loobumiseregulatsiooni kohaldamine eriosalisele kuritegelikule eeltegevusele. Selleks uuritakse erinevaid kuritegeliku eeltegevuse avaldumise vorme karistusseadustiku eriosas ning analüüsitakse, milline tähendus saab sellisel juhul olla toimepanija õigushüve kaitsele suunatud teol ning kas täidetud on süüteokatsest loobumise eeldused. Seoses nimetatud uurimisküsimusega tõstatab töö autor järgmised hüpoteesid:

- Kuritegelik eeltegevus karistusõiguse üld- ja eriosas on reeglina karistamisväärne erinevate kriteeriumite alusel.
- Eriosalisele kuritegelikule eeltegevusele on põhjendatud süüteokatsest loobumisele samaväärsete tagajärgede kohaldamine, kui on täidetud samad eeldused, mis süüteokatsest loobumisel. Kui nimetatud eeldused täidetud ei ole, siis ei ole põhjendatud loobumisele samaväärsete tagajärgede ettenägemine. Samas tuleb karistusõiguslikul reageerimisel arvestada toimepanija tegu, mille tulemusel on tagatud õigushüve kaitse.

C. Töö struktuur

Esitatud uurimisprobleemide analüüsiks ja hüpoteeside kontrollimiseks on disertatsioon jaotatud viide peatükki.

Esimeses peatükis on käsitletud süüteokatse karistatavuse põhjendusi. Katse karistatavuse määramine on oluline, kuna loobuda saab üksnes süüteokatsest. Järelikult on süüteokatse karistamisväärsus lähtepunkt süüteokatsest loobumise põhjendamisel. Kuna eestikeelses õiguskirjanduses pole neid teemasid põhjalikult

analüüsitud, on siinses töös süüteokatse põhjendatuse teooriaid üksikasjalikult uuritud. Seejärel on välja toodud autori käsitus.

Teine peatükk on pühendatud loobumise instituudi dogmaatiliste aluste analüüsimisele, mis annab kogu edasise töö lähtealuse. Esiteks on välja toodud üldised kriteeriumid, millele peavad loobumist põhistavad teooriad vastama, määrates alused, millele tuginedes süüteost loobumist analüüsida. Seejärel on käsitletud õiguskirjanduses esitatud teooriaid süüteokatsest loobumise regulatsiooni põhjendatuse kohta, analüüsides, kas ja kuivõrd suudavad olemasolevad teooriad pakkuda lahendusi loobumisregulatsiooni põhjendatuse kohta. Loobumise põhjendatuse teooriaid on üksikasjalikult analüüsitud, sest eestikeelses õiguskirjanduses ei ole nende põhjalikku käsitlust. Teooriate analüüs võimaldab määrata, missugune on teadusliku diskussiooni hetkeseis loobumise põhjendatuse teooriate kohta. Seejärel on esitatud autori käsitus süüteokatsest loobumise alustest, arendades edasi juba olemasolevaid seisukohti.

Kolmas peatükk on pühendatud karistusseadustikus sätestatud süüteokatsest loobumise elementide – tagajärje ärahoidmine või selle tõsimeelne vältimine püüe ja vabatahtlikkus – määramisele. Samuti on vaadeldud nende tunnuste kooskõla süüteokatsest loobumise dogmaatiliste alustega.

Neljandas peatükis on uuritud, milline tähendus on loobumisel toimepanija süüteokatse tunnustele vastavale käitumisele ja kas see on õigusvastane või süüd välistav või hoopis karistust välistav või kergendav. Teisisõnu on püütud leida vastus süüteokatsest loobumise dogmaatilisele asendile.

Viimas peatükis on analüüsitud konkreetseid deliktitüüpe, nagu ohudeliktid ja ettevõtmisdeliktid, ning esile toodud nende karistamisväärsus, kõrvutades neid süüteokatsest loobumise aspektist süüteokatse karistamise alustega. Seejärel on analüüsitud õigushüve kaitsmisele suunatud teo tähendust kummagi deliktitüübi korral ja võrreldud neid süüteokatsest loobumise alustega. Järgnevalt on käsitletud Eesti karistusseadustiku tegevkahetsuse sätteid ja seda, kas ohudelikti ja ettevõtmisdelikti korral on regulatsioon piisav ning kooskõlas süüteokatsest loobumise regulatsiooniga. Lisaks on esitatud ettepanekud Eesti karistusseadustiku täiendamiseks.

D. Valdkonna uurimise hetkeseis, kasutatud allikad ja metoodika.

Eesti õiguskirjanduses puuduvad põhjalikud käsitlused loobumisregulatsioonist ning kuritegeliku eeltegevuse puhul õigushüve kahjustamise vältimisele suunatud teo tähendusest. Loobumisregulatsiooni ning kuritegeliku eeltegevuse puhul õigushüve kaitsele suunatud teole tähenduse andmist on käsitletud õppekirjanduses, KarS kommenteeritud väljaandes ning mõnes Eesti õigusajakirjas *Juridica* ilmunud artiklis.¹¹ Samuti on nimetatud teemasid lühidalt kajastatud

¹¹ J. Sootak (koost). *Karistusõigus. Üldosa*. Tallinn: Juura 2010; *Karistusseadustik. Komm vlj.* Koost J. Sootak, P. Pikamäe. 4. vlj. Tallinn: Juura 2015; P. Pikamäe. *Süüteokatse ja loobumine süüteokatsest karistusseadustiku järgi*. – *Juridica* 2001/ VII, lk 464–474; M. Möttus.

E. Samsoni ja K. Kühli eesti keeles avaldatud tõlkeõpikutes karistusõiguse üldosa kohta.¹²

Saksakeelses õiguskirjanduses on süüteokatsest loobumise teooriad põhjalikult käsitletud nii õpikutes, monograafiates kui ka artiklites. Samas puudub vastuoludeta ja süsteemne käsitus ning tegemist on jätkuvalt diskussioonide objektiks oleva teemaga. Samuti nagu Eesti karistusõiguses, on ka Saksa karistusõiguses üha rohkem kriminaliseeritud kuritegeliku eelstaadiumis olevaid tegusid, millest lähtuvalt on aktuaalne küsimus, milline tähendus on õigushüve kaitsval teol. Saksa õiguskirjanduses otsitakse sellele küsimusele vastuseid, ja kuigi on kirjutatud ka doktoritöid, ei saa siiski väita, et oleks jõutud vastuoludeta lahenduseni. Seda näitab Saksa karistusseadustik, kus puudub nimetatud küsimuse süsteemne lahendus.

Lähtuvalt eeltoodust on väitekirja kirjutamisel ning teemade analüüsimisel tuginetud eelkõige saksakeelsele õiguskirjandusele. Oluline on märkida, et Eesti karistusõigusdogmaatika on karistusõiguse lähtealusena omaks võtnud Saksa karistusõiguse. Kasutatud on ka teemasse puutuvaid eestikeelseid allikaid, kuid kahjuks on nimetatuid vähe, nagu eelnevalt on juba nimetatud.

Väitekirja kirjutamisel on kasutatud võrdlevat ja dogmaatilist meetodit ning kohtupraktika empiirilist analüüsi. Dogmaatilise meetodiga on analüüsitud nii karistusseaduste tekste kui ka õigusteoreetilisi käsitusi, püüdes nende sisu selgitamisega iseloomustada praegust olukorda ning leida vajalik lähtekoht omapoolseteks edasiarendusteks. Võrdleva meetodiga kõrvutan kehtivat karistusseadustiku regulatsiooni eelkõige Saksa regulatsiooniga, kuid lisaks on töös välja toodud veel teiste riikide, nagu Prantsusmaa, Poola, Austria, Korea, Ungari ja Soome lahendused, mille kaudu analüüsin Eesti regulatsiooni seoses teiste võimalike lahendusvariantidega. Kohtupraktika empiiriliseks analüüsiks kasutan nii Riigikohtu kui ka Saksamaa Liidukohtu lahendeid, mille kaudu on võimalik hinnata, kas ja kuidas on teoreetilisi lahendusi kasutatud praktikas. Samas on nimetatud küsimustes kohtupraktika napp.

Töös kasutatakse lühendatud viitamist: pärast esmakordset viite väljatoomist on järgmised viited lühendatud.

Riigikohtu kriminaalkolleegiumi 24. aprilli 2009. a otsus kriminaalasjas 3-1-1-10-09. – Juridica 2009/IV 4, lk 258–261.

¹² E. Samson. Kriminaalõiguse üldosa. Tallinn: Justiitsministeerium 2001; K. Kühli. Karistusõigus. Üldosa. Tallinn: Juura 2002.

I SÜÜTEOKATSE KARISTATAVUSE ALUSED

1.1. Süüteokatse ja selle liigid

Süüteokatse on KarS-i üldosas reguleeritud §-des 25 ja 26. Paragrahvis 25 määratletakse katse mõiste (§ 25 lg-d 1 ja 2) ja sätestatakse katse algusmoment süüteo eri toimepanemisviiside korral (§ 25 lg-d 3–5). Paragrahvis 26 on aga reguleeritud kõlbmatu süüteokatsega seonduv: on esitatud kõlbmatu süüteokatse legaaldefinitsioon (§ 26 lg 1) ja näidatud kõlbmatu süüteokatse karistamise tingimused (§ 26 lg 2). Samamoodi nagu Eesti karistusõiguses on süüteokatse defineeritud Saksa karistusseadustiku §-s 22, mille kohaselt on kuriteokatsega tegemist juhul, kui toimepanija vastavalt oma ettekujutusele alustas süüteo toimepanemist. Sama seadustiku § 23 lg-s 3 on ette nähtud võimalus kõlbmatu katse korral toimepanija karistust kergendada või vastutusest vabastada.¹³

Karistusseadustiku § 25 lg 1 järgi on süüteokatse tahtlik tegu, mis on suunatud süüteo toimepanemisele. Süüteokatse on põhidelikti, s.o tahtliku lõpuleviidud teo tuletis, mis tähendab, et süüteokatse on iseseisev süütegu, s.t ka süüteokatse karistamiseks tuleb tuvastada süüteo koosseis, õigusvastasus ja süü, kuid lõpuleviidud tahtliku süüteoga võrreldes on katse puhul teatud erinevused kõigil kolmel astmel.¹⁴ Eeltoodust tuleneb, et süüteokatse on vahetult seotud karistusseadustiku eriosas kirjeldatud teoga, sest peab olema suunatud konkreetse koosseisu realiseerimisele.

Erinevus süüteokatse ja lõpuleviidud teo vahel seisneb kummagi teo objektiivses koosseisus: süüteokatse korral on mõni lõpuleviidud objektiivse koosseisu element puudu ja toimepanija käitumine on suunatud üksnes konkreetsele, karistusseadustiku eriosas kirjeldatud koosseisu realiseerimisele. Järelikult laieneb süüteokatsega eriosas kirjeldatud koosseisude järgi etteheidetavate tegude eest vastusele võtmise ala, sest ei ole vajalik, et toimepanija oleks realiseerinud koosseisu kõik tunnused, vaid piisab juba neile suunatud teost. Kõik eriosas koosseisu realiseerimiseks loetletud subjektiivsed tunnused peavad süüteokatse korral olema täidetud, sest nende kaudu on näha toimepanija teo suunatus karistusseadustiku eriosas kirjeldatud konkreetsele koosseisule. Erinevus võrreldes lõpuleviidud süüteoga, avaldub ka õigusvastasuse tasandil, sest süüteokatse korral on tähtis toimepanija teadlikkus õigusvastasust välistavatest asjaoludest, mitte nende objektiivne esinemine, mis tuleneb KarS-i § 31 lg-st 2.¹⁵

Süüteokatse oluline erinevus võrreldes lõpuleviidud süüteoga avaldub ka süü tasandil. Lisaks süü üldisele regulatsioonile on süüteokatse korral olemas süüd välistav lisaasjaolu – loobumine süüteokatsest –, mis on reguleeritud KarS-i §-des 40–43. Süüteokatsest loobumine seondub vahetult süüteokatse mitte-

¹³ Strafgesetzbuch. – Arvutivõrgus: www.gesetze-im-internet.de/stgb/ (vaadatud 10.02.2017).

¹⁴ P. Pikamäe. Süüteokatse ja loobumine süüteokatsest karistusseadustiku järgi. – Juridica 2001/VII, lk 467–468.

¹⁵ P. Pikamäe. Süüteokatse ja loobumine süüteokatsest karistusseadustiku järgi, lk 470–471.

tervikliku eriosa koosseisu realiseerimisega, millest lähtuvalt antakse toimepanijale võimalus veel enne teo lõpule viimist ümber mõelda ja loobuda kogu karistusseadustiku eriosas kirjeldatud ebaõiguse realiseerimisest, mille tulemusena vabaneda süüst.¹⁶

Et täpselt määrata süüteokatse eest selle toimepanijale etteheite sisu, saab KarS-i regulatsiooni ja karistusõigusdogmaatika alusel eristada järgmisi süüteokatse liike: lõpetamata ja lõpetatud katse, kõlblik ja kõlbmatu katse ja viimase alaliigina ebarealistlik katse ning lisaks veel nurjunud katse.

Lõpetatud ja lõpetamata katse eristamise aluseks on toimepanija hinnang selle kohta, kas ta on teinud kõik, et saabuks koosseisus ettenähtud tagajärg või mitte, mis tuleneb KarS-i §-dest 41 ja 42. Kui lõpetatud katse korral on toimepanija teinud kõik endast oleneva, et tagajärg saabuks, siis lõpetamata katsega on tegu siis, kui tegija on küll asunud teoplaani ellu viima, kuid peab enda arvates veel midagi tegema, et tagajärg saabuks.

Kõlbmatu katse mõiste on määratletud KarS-i § 26 lg-s 1, mille kohaselt kõlbmatu on selline katse, mida ei saa lõpule viia süüteo eseme, vahendi, teoviisi või subjekti kõlbmatuse tõttu. Kõlbmatu katse erijuhtumina on erialakirjanduses esile toodud ebarealistlik katse, mille korral on tegu ebauskliku tegevusega, mis katse ebareaalsuse tõttu ei ole loodusseaduste tõttu võimalik. Karistusseadustiku tähenduses on ebarealistliku katse korral tegu siiski kõlbmatu katsega, sest karistusseadustik ei tee vahet, milles seisneb vaimne küündimatus ega nõua selle küündimatuse liigitamist ega astmestamist.¹⁷ Kõlblik katse on nn tavaline katse, mille puhul toimepanija tegu, mis on suunatud eriosa koosseisu realiseerimisele võiks selleni viia, kui ei tekiks takistavat asjaolu ning tegu jääb katsestaadiumi.

Erinevus eri riikide karistusseadustiku süüteokatse regulatsioonides avaldub küsimuses, kas kõlbmatu katse on karistatav. Näiteks Hollandis, Austrias ja Itaalias ei ole kõlbmatu katse karistatav, seevastu Saksamaal ja Hispaanias karistatakse ka kõlbmatu katse eest.¹⁸

Nurjunud katse mõistet ei tunne ei Eesti ega Saksa karistusseadustik, kuid karistus-õigusdogmaatika peab seda iseseisvaks katseliigiks.¹⁹ Nurjunud ehk ebaõnnestunud katsega on tegu juhul, kui isik mõistab edasise tegutsemise mõttetust, selle tagajärjetust: plaanitud teoga ei ole üldse võimalik eesmärki saavutada või eesmärk oleks võrreldes loodetuga mõttetu. Nurjunud katset eristab kõlbmatust katsest asjaolu, et nurjunud katse korral pole oluline jätkamise objektiivne võimatus, mis on iseloomulik kõlbmatule katsele, vaid konkreetse isiku suutmatus midagi ette võtta, et soovitud tagajärg saavutada.²⁰

¹⁶ P. Pikamäe. Süüteokatse ja loobumine süüteokatsest karistusseadustiku järgi, lk 471.

¹⁷ J. Sootak Karistusõigus, lk 491-492.

¹⁸ S. Mir Puig. Untauglicher Versuch und statistische Gefährlichkeit im neuen spanischen Strafgesetzbuch. – Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001. Berlin: de Gruyter 2001, lk 729.

¹⁹ J. Sootak. Karistusõigus, lk 489.

²⁰ J. Sootak. Karistusõigus, lk 488.

1.2. Süüteokatse põhjendatuse teooriate eesmärgid

Kui võrrelda süüteokatses ja lõpuleviidud teos avalduvat ebaõigust, on see mõlemal juhul seotud käitumisnormi rikkumisega. Käitumisnormi kui määratlusnormi ülesanne on suunata inimeste tegusid käitumisjuhiseid andes. Kuna normi objekt on keeldu rikkunud tegu, mitte teoga põhjustatud tagajärg²¹, siis järelikult keelab norm toimepanijal karistusõiguse eriosas kirjeldatud koosseisude realiseerimisele suunatud tegu üldse toime panna.²² Käsitades õigusnormi määratlusnormina avaldub kogu ebaõigus teos.²³ Tagajärje saabumine või mitte-saabumine pole eeltoodud käsitluse järgi ebaõiguse seisukohast tähtis. Järelikult ei vajaks süüteokatse karistatavus täiendavat põhjustust võrreldes lõpuleviidud süüteoga, sest mõlemal juhul avaldub ebaõigus käitumisnormi rikkumises. Osa autoreid sellega ka nõustub.²⁴

Vaadates karistusseadustikku, on tagajärje ebaõiguse kindlakstegemisele antud iseseisev tähendus. Karistusseadustik näeb ette võimaluse kergendada süüteokatse korral isiku karistust § 25 lg 6 kohaselt või teatud juhtudel toimepanija isegi karistusest vabastada KarS § 26 lg 2 järgi. Seega üksnes koosseisu realiseerimisele suunatud teo toimepanemine ei ole võrdsustatud lõpuleviidud teoga, sh konkreetse teo objekti reaalse kahjustamisega. Lisaks on raske tagajärje põhjustamine käsitatav raskendava asjaoluna KarS-i § 58 p 8 tähenduses. Järelikult annab karistusseadustik tagajärjele iseseisva tähenduse ebaõiguse käsitluses. Süüteokatse korral ei ole realiseeritud kogu ebaõigussisu, mis on omane lõpuleviidud teole, kuna kõik eriosa koosseisulised tunnused pole täidetud.

Kui sisustada süüteokatse ebaõigus üksnes käitumisnormi rikkumise kaudu, tekib probleeme kõlbmatu katse puhul, sest sel juhul toimepanija tegu objektiivselt ei riku käitumisnormi ettekirjutust, vaid vastab sellele üksnes toimepanija arusaama järgi.

Süüteokatsega on laiendatud eriosas kirjeldatud süüteo koosseisu karistatavuse piire, mistõttu on vaja anda sellele põhjendus. Katseteooria peab andma vastuse küsimusele, miks isikut karistatakse teo eest, mida seadus (karistusseadustiku eriosa koosseis) vähemalt sellisel kujul süüteona ei kirjelda.²⁵

Karistusõiguse eesmärk on tagada õigushüvede kaitse. Efektiivne õigushüvede kaitse ei oleks võimalik, kui süüteokoosseisu realiseerimisele suunatud teod jääksid karistusesta. Sel juhul sõltuks toimepanija karistamine asjaolust, kas tal õnnestus oma kuritegelik plaan teoks teha või mitte. Samuti oleks piiratud õiguskaitseorganite tegevus ja nende sekkumine veel katsestaadiumis olevasse teosse ning võimalus hoida ära kahjulikke tagajärgi, sest tegu oleks mittekaristatava teoga, mille suhtes oleks keeruline rakendada kriminaalmenetlusele

²¹ E. Samson, lk 49.

²² E. Samson, lk 49.

²³ J. Sootak. Norm ja käitumine: Karistusõigusliku normiteooria paradokse. – Akadeemia 2005/5 (194), lk 1024.

²⁴ E. Samson, lk 50.

²⁵ J. Sootak. Norm ja käitumine, lk 1024.

omaseid põhiõigusi piiravaid meetmeid. Katsestaadiumi mittekaristatavus vähendaks eriosa koosseisude aluseks oleva konkreetse käitumisnormide tähendust ja kehtivust. Isikutele antaks märguande, et normi rikkumine ilma kahjuliku tagajärjeta, ei too veel kaasa karistusõiguslikku vastutust ning tegemist oleks justkui aktseptitava teoga. Samas on toimepanija konkreetsete käitumisaktide kaudu näidanud valmisolekut õigushüve ohustada. Kui jätta süüteokoosseisu realiseerimisele suunatud tegudele reageerimata, väheneks oluliselt võimalus õigushüvesid efektiivselt kaitsta. Lõpuleviidud katse ja süüteokatse eest karistamine seisneb õigushüvede kaitsmise aspektist ühisel alusel – tagada ühiskonnas oluliste huvide ja väärtuste kaitse.²⁶ Kirjeldatud argumentatsioon on kriminaalpoliitiline ja annab vastuse küsimusele, miks on süüteokatse eest vaja ette näha karistus. Kriminaalpoliitilised seisukohad ei väljenda, milles seisneb süüteokatse ebaõigus, mis põhistab konkreetset karistusotsust.²⁷ Eeltoodule peab vastuse andma süüteokatse karistamisväärsuse teooria.

Süüteokatse põhjendatuse teooriate eesmärk on vastata küsimusele, mis sugustel olemuslikel põhjustel on lisaks lõpuleviidud teole karistatav ka kuriteokatse.²⁸ Katseteooriad peavad näitama, milles seisneb süüteokatses avalduv ebaõigus ja mille põhjal on seda alust konkreetsele toimepanijale ette heita. Nimetatud põhjuste kaudu antakse süüteokatsele kui karistusõiguse dogmaatikafiguurile konkreetne ebaõigussisu ja seeläbi peaksid saama lahenduse olulised küsimused seoses süüteokatse karistatavuse määratlusega. Küsimused, millele süüteokatse põhjenduse teooriad peaksid lahenduse andma, on järgmised:

- 1) süüteokatse algusmomendi määramine ja selle piiritlemine ettevalmistusstaadiumist;
- 2) kas ja mis asjaoludel on karistatav kõlbmatu katse;
- 3) katse karistatavuse alused, millest lähtuvalt peaks saama tuletada, mis põhjustel ja eeldustel on võimalik kriminaalvastutusest vabastav loobumine.²⁹

Kokkuvõtvalt võib märkida, et süüteokatse põhjenduste teooriate eesmärk on anda argumenteeritud lähtepunktid süüteokatse karistatavuse määratlemisel.

Karistusõiguse teoorias on välja töötatud mitmeid süüteokatse karistatavuse käsitlusi. Tegemist on erialakirjanduses vaidlusi tekitava teemaga, sest ükski ei suuda vastuoludeta põhjendada süüteokatse karistatavust ja sellega seotud küsimusi, mis on eespool esitatud. Järgnevalt on antud ülevaade karistusõigusteoorias enam levinud süüteokatse karistatavuse põhjenduste seisukohad. Välja on toodud objektiivne-, subjektiivne-, mulje-, usalduserikkumise ja ühendteooria ning lisaks süüteokatse kui ekspressiivne ja koosseisu lähedane normirikkumine. Karistusõiguse erialakirjanduses leiab veel mitmeid käsitlusi, kuid arvestades siinse töö mahtu ja uuritavat probleemi, siis piisab juba eelnevalt

²⁶ W. Joecks, K. Miebach (Hrsg). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd. 1, §§1–37 StGB. 2. Aufl. München: Beck 2011 § 22/ 7.

²⁷ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt. Heidelberg: Müller 1999, lk 3.

²⁸ E. Samson, lk 259.

²⁹ E. Samson, lk 259.

nimetatutest, sest nende kaudu on näha, milles on põhilised seisukohad süüteo-
katse karistatavuse põhjendamisel ning samuti nähtuvad arengusuunad.

1.3. Süüteokatse põhjendatuse teooriad

1.3.1. Objektiivne teooria

Objektiivse teooria (sks *die objektive Versuchstheorie*) põhistab süüteokatse karistatavuse katseteos väljendunud ohuga konkreetse teobjekti või õigushüve suhtes.³⁰ Ohtu tuleks mõista kui tõenäosust, et katseteo tulemusena võiks õigushüve saada kahjustatud.³¹ Järelikult on süüteokatse karistamisväärsus tuvastatav välismaailmas objektiivselt ilmnevate asjaoludega. Samas ei ole objektiivse teooria seisukohalt tähtsusetud süüteo subjektiivsed koosseisutunnused, nagu tahtlus ja teoplaan, mille alusel määratakse, millise katseteoga on tegemist.³² Kui subjektiivseid tunnuseid ei tuvastata, pole sageli võimalik üldse kindlaks teha, mis objekti teo toimepanija ohustab ja millise intensiivsusega ta seda teeb.

Selle järgi, mil viisil õigushüve ohustamine tuvastatakse, jagatakse objektiivsed teooriad abstraktseks ja konkreetseks.³³ Vanema, abstraktse objektiivse teooria kohaselt tuleb tagantjärele ehk *ex post* tuvastada, kas toimepanija tegu põhjustas ohu. Samas ei andnud see teooria kriteeriume, mille alusel kindlaks teha, et õigushüve on ohus ega selgitanud, mida konkreetsetl tähendab oht õigushüvele. Lähtuti eeldusest, et osadel käitumisaktidel on ohtlikkus objektiivselt olemas ja nende põhjal sai üldistatult tuvastada teo ohtlikkuse.³⁴ Võttes aluseks eeltoodu, ei andnud abstraktne objektiivne teooria kriteeriumit, kuidas piiritleda ettevaatamatuse ja katse staadium, kuna mõlema korral esineb oht õigushüvele, kuigi eri määral. Küsimusega, milline peaks olema ohu määr, et tegu oleks katsestaadiumiga, see teooria ei tegelenud. Lisaks kritiseeritakse abstraktset objektiivset teooriat suutmatusega selgitada kõlbmatu katse karistatavust.³⁵ Kõlbmatu katse korral ohtu õigushüvele ei ole, mistõttu ei ole alust isikut karistada. Samas on nii Eesti kui ka Saksa karistusseadustik ette näinud vastutuse kõlbmatu katse eest ja see on igati põhjendatud, sest katse kõlbmatust sõltub toimepanija puudulikust teadmisest objektiivselt esinevate asjaolude kohta, kuigi tema konkreetsetes käitumisaktides väljendunud tahe on olnud suunatud õigushüve kahjustamisele.

³⁰ R. von Hippel. Deutsches Strafrecht. Bd. 2. Berlin: Springer 1930, lk 428.

³¹ J. Schmidt. Untersuchung zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad abstrakter Gefährdungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur Rechtsgutslehre. Marburg: Elwert 1999, lk 106.

³² C. Roxin. Über den Strafgrund des Versuchs. – A. Eser (Hrsg). Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag. Nomos: Baden-Baden 1998, lk 163.

³³ J. Schmidt, lk 106.

³⁴ A. Peter. Der untaugliche Versuch. Basel/Stuttgart: Helbing und Lichtenhahn 1973, lk 7; R. von Hippel, lk 417–418.

³⁵ A. Schönke, H. Schröder. Strafgesetzbuch: StGB. Kommentar. 29. Aufl. München: Beck 2014, Vorbemerkungen § 22/18.

Loetletud puuduste tõttu arendati objektiivset teooriat edasi ja töötati välja konkreetne objektiivne teooria, mille kohaselt tuleb oht õigushüvele tuvastada sündmuse ajal ehk *ex ante*. Ohu kindlaks tegemiseks tuleb menetlejal asetada end situatsiooni, milles oli toimepanija teo toimepanemise ajal, võtta arvesse kõiki sellel ajahetkel toimepanijale teada olla võinud asjaolusid ja selle põhjal otsustada, kas õigushüvele oli olemas konkreetne oht.³⁶ Eeltoodu alusel leiab C. Roxin, et konkreetset objektiivset teooriat oleks hoopis õigem nimetada ohustamisteooriaks.³⁷

Konkreetselt objektiivse teooria kohaselt on õigushüve ohus, kui on võimalik, et tagajärg saabub ja oht puudub, kui tagajärje saabumine on sama hästi kui võimatu. Oluline on seejuures teos olev võimalus õigushüve kahjustada, mida tuleb hinnata adekvaatsuspõhimõtte alusel. Seega on karistamise eeldused täidetud juhul, kus toimepanija oma teoplaani kohaselt ründab isikut, keda reaalselt sündmuskohal ei ole, nt tühja voodi tulistamine.³⁸ Juhtumitel aga, kus toimepanija teoga objektiivselt õigushüve ohustada ei saa (nt ajab toimepanija, üritades isikut tappa, arseeni segamini aspiriiniga), pole süüteokatse eeldused täidetud, sest aspiriini andmisega pole võimalik õigushüve ohustada. Järelikult ei suuda konkreetne objektiivne teooria põhistada katse karistatavust kõlbmatu katse juhtudel, mil valitud vahendi või teoviisi tõttu ei ole saanud koosseisuline tagajärg (kuigi karistusseadustiku järgi on ka need juhtumid karistatavad).

Kuivõrd eelkäsitletud teooriad sattusid raskustesse katse karistatavuse argumenteerimisel ohu kriteeriumi kaudu, on püütud süüteokatse karistatavust määratleda koosseisulise tagajärje puudumise läbi. See lähenemine aga ei too välja põhistusi ega anna legitimatsiooni süüteokatse karistamiseks.³⁹ Nimetatud käsitlus pigem kirjeldab katse ja lõpuleviidud teo erinevust ühel võimalikul juhul.

Kokkuvõtvalt võib väita, et objektiivsed teooriad süüteokatse karistatavuse põhistuste kohta ei ole kooskõlas karistusseadustiku regulatsiooniga kõlbmatu katse karistatavuse osas.⁴⁰ Samas annavad objektiivsed teooriad õigushüve ohustamise kaudu selge ja arusaadava kriteeriumi, miks oleks vajalik katsetegusid karistada.

1.3.2. Subjektiivne teooria

Subjektiivne teooria (sks *die subjektive Versuchstheorie*) kohaselt on katse karistamise alus toimepanija kuritegelik tahe, mis on tegevusse rakendunud. Subjektiivse käsitluse järgi ei ole oluline, kas katseteoga õigushüve objektiivselt ohtu asetati või mitte, sest kogu süüteokatses olev ebaõigus on avaldunud

³⁶ A. Heckler. Die Ermittlung der beim Rücktritt vom Versuch erforderlichen Rücktrittsleistung anhand der objektiven Vollendungsgefahr. Baden-Baden: Nomos 2002, lk 45.

³⁷ C. Roxin. Über den Strafgrund des Versuchs, lk 163.

³⁸ A. Heckler, lk 45–46.

³⁹ J. Schmidt, lk 108.

⁴⁰ A. Heckler, lk 47.

toimepanija õigusvaenulikus tahtes.⁴¹ Kuigi subjektiivse käsitle alusel on süüteokitse ebaõigus toimepanija tahtes, mitte tema tegude ohtlikkuses, peab toimepanija tahtlus avalduma välismaailmas konkreetse käitumisakti kaudu, millega toimepanija oma ettekujutuse kohaselt alustab süüteo toimepanemist. Seeläbi pole karistamise aluseks isiku mõtted, vaid õigusvaenulik tahe, mis on leidnud väljenduse konkreetsetes teos. Süüteokitse ebaõiguse kindlakstegemisel pole tähendust objektiivselt toimepandud teol ja selle võimalikul mõjul, vaid need näitavad toimepanija õigusvaenuliku tahte avaldumist.

Subjektiivse käsitle kohaselt ei ole järelikult oluline, kas ja milline mõju on toimepanija tahtest kantud tegudel ja kas seeläbi oleks üldse põhimõtteliselt võimalik tagajärg saavutada või õigushüve ohustada. Õigusvaenulik tahe on ühtviisi olemas nii juhtudel kui võimalik tapmistegu seisneks relvast tulistamises, mürgitamises, teadmata, et tegu on suhkruga mürgi asemel, või surnuks nõidumises. Subjektiivse teooria järgi on seega karistatav nii kõlblik kui ka kõlbmatu katse, sest mõlema korral on olemas toimepanija õigusvaenulik tahe panna toime kuritegu.⁴² Nimetatud aspektist on käsitle kooskõlas Eesti karistusseadustiku sõnastustega süüteokitse osas. Subjektiivsele teooriale kui katse karistamise alusele on viidanud ka Saksamaa Liidukohus, väljendades, et karistamise aluseks on toimepanija ettekujutus teos väljenduva ohtlikkuse kohta.⁴³

Kuigi subjektiivne teooria suudab argumenteerida nii kõlbmatu kui ka kõlbliku katse karistatavust ja vältida objektiivsele teooriale etteheidetut, ei pääse seegi käsitle kriitikast. Eelkõige heidetakse subjektiivsele teooriale ette, et rõhudes toimepanija kuritegelikule tahtele süüteokitse põhistamisel, viib see mõtete eest karistamiseni.⁴⁴ See on vastuolus õigusriigi karistusõiguse põhimõtetega, et karistamise aluseks on toimepanija tegu, mitte tema mõtted.

Subjektiivsele käsitlele heidetakse ette, et kui põhjendada katse ebaõigust üksnes õigusvaenuliku tahte kaudu, on karistatavate tegude hulk liiga lai ja määramatu. Nimelt avaldub kuritegelik tahe ka ebarealistlikes katsetes ja ettevalmistamisstaadiumis, kuigi karistusseadustik neid igal juhul karistatavana ei käsitle.⁴⁵

Lisaks kritiseeritakse, et subjektiivne teooria ei suuda põhistada karistusseadustikus sätestatud erinevaid õigusjärelmeid katse ja lõpuleviidud delikti puhul, samuti katse eri liikide korral.⁴⁶ KarS-i § 25 lg 6 kohaselt on süüteokitse korral võimalik toimepanija karistust kergendada ja § 26 lg 2 kohaselt on kõlbmatu katse korral toimepanija võimalik koguni karistusest vabastada. Subjektiivse teooria kohaselt on karistamisväärsuse aluseks õigusvaenulik tahe,

⁴¹ H. Welzel. Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung. Berlin: de Gruyter 1989, lk 192.

⁴² A. Schönte, H. Schröder. Vorbemerkungen § 22/21.

⁴³ BGH otsus 14.03.1995 – 1 StR 846/94 – NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1995, 2176–2177.

⁴⁴ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (Hrsg). Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Band 1. Einleitung, §§ 1–31. Berlin: de Gruyter, 2007, § 24/67.

⁴⁵ C. Roxin. Über den Strafgrund des Versuchs, lk 165.

⁴⁶ C. Roxin. Über den Strafgrund des Versuchs, lk 165.

mille poolest ei erine lõpuleviidud tegu katsest, ning samuti ei ole erisusi kõlbmatu katse korral. Järelikult pole subjektiivne teooria nimetatud aspektist kooskõlas karistusseadustiku regulatsiooniga.⁴⁷

Eeltoodud kriitika järgi on subjektiivse teooria pooldajad seisukohal, et toimepanija kuritegelik tahe tuleb siduda lisakriteeriumitega ja katse karistatavust ei saa põhistada üksnes kuritegeliku tahte kaudu.⁴⁸

Püüdes vältida puhta subjektiivse teooria puudusi, on eeltoodud seisukohti edasi arendatud ja tulemuseks on toimepanija teooria (sks *die Tätertheorie*). Selle teooria kohaselt näitab toimepanija oma õigusvaenuliku tahte tegevusse rakendamisel, et on valmis seadma õigushüved ohtu. See annab aluse järeldada, et isik, kes on olnud valmis õigushüve ohtu seadma, võib seda teha veelgi, mistõttu on põhjendatud teda karistada.⁴⁹ Toimepanija teooria seob isiku karistamise eripreventiivsete kaalutlustega. Toimepanija ohtlikkuse järgi on võimalik põhjendada, et nii ettevalmistusstaadiumi kui ka ebarealistliku katse korral ei ole toimepanijast tingitud ohtlikkus selline, mille tõttu oleks vaja karistusõiguslikult sekkuda. Toimepanija teooria ei suuda põhistada, et juhul kui puuduvad eripreventiivsed kaalutlused (näiteks kõlbmatu katse korral isiku karistamisel), ei ole ikkagi tegemist ebaõiguse puudumisega karistusseadustiku tähenduses. Samuti võivad lõpuleviidud teo korral olla eripreventiivsed kaalutlused isiku karistamiseks väga vähesed või üldse puududa, kuid sellele ei järgne isiku karistusest täielikku vabastamist.⁵⁰

Kokkuvõtvalt võib väita, et kuigi subjektiivne teooria põhistab mõlema katse liigi karistamist, ei suuda see käsitus esile tuua, mille poolest erineb katse lõpuleviidud teost ja kuriteo ettevalmistamisest, samuti jääb selgusetuks, miks ei ole ebareaalne katse karistatav. Subjektiivse teooria määratlematuse tõttu pole see käsitus õigusteoreetilises kirjanduses valitsev, ka karistusseadustiku regulatsioon ei tugine üksnes subjektiivsele teooriale. Hoolimata sellest, et tervikuna ei ole subjektiivne teooria rakendatav, annab ta edasi olulise momendi, et katse ebaõiguse sisustamisel on tähtis aspekt toimepanija teoplaanil ja tahtlusel, mis näitavad, millise kuriteokatsega on tegu ning samuti aitavad määrata kuriteo algusmomenti. Subjektiivsete asjaolude olulisus süüteokatse ebaõiguse põhistamisel tuleneb juba süüteokatse olemusest, sest süüteoktse puhul peab subjektiivne koosseis olema realiseeritud täies mähus, kuid objektiivsest koosseisust piisab üksnes vahetust alustamisest, mis näitab samuti rõhuasetuse seadmist just subjektiivsetele tunnustele.

⁴⁷ J. Schmidt, lk 110.

⁴⁸ K. Kühl. Grundfälle zu „Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung“. 5 Teil. – JuS (Juristische Schulung) 1980, lk 506.

⁴⁹ M. Waiblinger. Subjektivismus und Objektivismus in der neueren *Lehre* und Rechtsprechung vom Versuch. – ZStW 69 (1957), lk 214.

⁵⁰ C. Roxin. Über *den* Strafgrund des Versuchs, lk 168.

1.3.3. Muljeteooria

Muljeteooria (sks *die Eindruckstheorie*) kohaselt on süüteokatse karistamise aluseks toimepanija tegevusse rakendunud õigusvastane tahe, mis tekitab ühiskonnas õiguskorra kõigutamise mulje (s.o õigust kõigutava mulje).⁵¹ Õigusnormi kehtivuse mõjutamise kaudu on määratud, kas ja mismoodi saab toimepanijale tema tegu ette heita.⁵² Seega põhineb muljeteooria kohaselt katse karistatavus katseteo sotsiaalpsühholoogilisel mõjul, st muljel, mille katsetegu jätab ühiskonnale.⁵³

Muljeteooria kohaselt on nii kõlbliku kui ka kõlbmatu katse korral põhjendatud isik vastutusele võtta. Mõlema süüteokatse liigi korral on õigust kõigutava mulje aluseks toimepanija kuritegelik tahe, mis on avaldunud konkreetse teos, kuid erinevad on õiguskorra kõigutamise muljet tekitavad asjaolud. Kõlbliku katse korral tekitab õigusnormi kehtivust kõigutava mulje peale teos avaldunud õigusvaenuliku tahte ka katseoga loodud oht õigushüvele. Kuigi tegelikku ohtu konkreetse teo objektile kõlbmatu katse korral ei teki, siis ometi tekitab toimepanija tegevus, mis on kantud teoplaanist toime panna kuritegu, õigusnormi kehtivuse suhtes õigust kõigutava mulje, mis tekib ühiskonna liikmetes ka kõlbliku katse puhul.⁵⁴ Toimepanija teoviis näitab, et tegu on suunatud õigusnormis sisalduva käitumiseeskirja eiramisele.

Õigusnormi kehtivust mõjutava mulje kaudu on võimalik põhjendada, miks lõpuleviidud süüteo, katse kui ka veel eraldi kõlbmatu katse korral on õigujärelmid erinevad. Nimelt on kõigil nimetatud juhtudel erinev üldsuses tekkiva õiguskorra kõigutamise mulje määr ja selle kaudu on argumenteeritud erisusi karistuse mõistmisel, võrreldes lõpuleviidud teoga karistusseadustiku regulatsioonis § 25 lg 6 ning eraldi veel kõlbmatu katse korral § 26 lg 2 järgi. Samuti on õigust kõigutava mulje määra kaudu võimalik põhjendada asjaolu, miks vastutus algab katsestaadiumist ja ettevalmistamise eest isik ei vastuta, sest ettevalmistamine ei tekita õigusnormi kehtivuse suhtes sellist muljet, mille parandamiseks oleks riigil vaja sekkuda.⁵⁵

Muljeteooria justkui pakuks lahendusi neile küsimustele, millele objektiivne ja subjektiivne teooria ei suutnud vastata, tehes seda uue elemendi keskmisel vaatelejal tekkinud õiguskorra kõigutamise mulje – kaudu. Õigusnormi kehtivuse õigust kõigutavat muljet ei tule muljeteooria kohaselt tuvastada empiiriliselt, vaid normatiivselt, hinnates, millist mõju avaldab kõnealune käitumine ühiskonnaliikmetele.⁵⁶ Lähtutakse eeldusest, et hinnangu annab erapooletu ning

⁵¹ B. Schünemann. Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik. –GA(Goltdammer's Archiv für Strafrecht) 1986, lk 311.

⁵² A. Heckler, lk 58.

⁵³ J. Schmidt, lk 112.

⁵⁴ A. Heckler, lk 58.

⁵⁵ C. Roxin. Über den Strafgrund des Versuchs, lk 169.

⁵⁶ H. Alwart. Strafwürdiges Versuchen: eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit und zur Struktur des Versuchsdelikts. Berlin: Duncker & Humblot 1982, lk 210.

arukas ja õiguskuulekas isik, kes teab kõiki teosituatsiooni iseloomustavaid väliseid ja sisemisi asjaolusid ning toimepanija teoplaani.⁵⁷ Seega seob muljeteooria toimepanijale etteheite tegemise kõrvalseisja hinnanguga ja ebaõiguse määr on seda suurem, mida tugevam on õiguskorra kõigutamise mulje.⁵⁸ Viimati nimetatud aspekti tõttu tabab muljeteooriat kriitika, sest leitakse, et süüteokatse ebaõigust, nagu igasugust ebaõigust, peaks sisustama toimepanija konkreetse käitumisakti ja sellega loodud õigussuhte rikkumise kaudu.⁵⁹

Muljeteooria põhistab, kas ja mil määral tuleb isikule süüteokatset ette heita õigust kõigutava mulje kaudu, kuid samas ei ava, mis asjaoludele tuginedes tuleb tuvastada õigusnormi kehtivuse kõigutav mulje. Muljeteooria keskne mõiste on midagi muutuvat ja määratlematut.⁶⁰ Nii heidetaksegi muljeteooriale ette, et sisutühja õigusmõiste kaudu soovitakse anda loogiline selgitus seaduses nimetatule.⁶¹ Samuti leitakse, et õigusnormi kehtivust kõigutava mulje kaudu ei suudeta õigupoolest selgitada, miks ettevalmistavas staadiumis toime pandud teod ei avalda ühiskonnaliikmetele seesugust mõju, et nende eest pole vaja isikut karistada. Küsimusi tekitab ka erinev õiguslik regulatsioon kõlbliku ja kõlbmatu katse korral.⁶² Muljeteooria ei paku lahendust, mis asjaolud tingivad erineva õigust kõigutava mulje, mille põhjal eristada ettevalmistust või katset, süüteokatse koosseisus esinevaid katse liike ja eri õiguslikke tagajärgi.

Et vältida muljeteooriale osaks langenud kriitikat, on püütud sisustada asjaolusid, mille alusel tuvastada selle käsitluse keskmes olev õigust kõigutava mulje. Muljeteooria puhul on püütud siduda katse karistatavus E. Schmidhäuseri õigushüve teooriaga. Kui toimepanija on asunud süüteokatse koosseisu realiseerima, ei ole ta küll veel konkreetset teoobjekti kahjustanud, kuid on näidanud, et ei väärtusta õigushüve, mis on aluseks koosseisude konstrueerimisel. Juba üksnes rünnakuga, mis on suunatud õigushüvele, seda küll kahjustamata, on rikutud õigusrahu, sest toimepanija on näidanud, et ei järgi õigusnormis sisalduvat kohustust kindlal viisil käituda.⁶³ Nimetatud selgituse kohaselt jääb põhjendamatuks, miks on vaja eristada katset ja lõpuviidud tegu, sest käitumisnormi on rikutud mõlemal juhul ja sellest küljest pole tähtis, kas kuriteoga kaasneb kahjulik tagajärg või mitte. Samuti ei avaldu kõlbmatu katse korral vahetut mõju õigushüvele.⁶⁴ Kõlbmatu katse korral tegelikku ohtu

⁵⁷ A. Heckler, lk 53.

⁵⁸ U. Murmann. Rücktritt vom Versuch bei Gleichgültigkeit des Täters? – BGHSt 40, 304. – JuS 1996, lk 592.

⁵⁹ U. Murmann. Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre. Berlin: Duncker & Humblot 1993, Strafrechtliche Abhandlungen Bd. 81, lk 161.

⁶⁰ C. Roxin. Über den Strafgrund des Versuchs, lk 169.

⁶¹ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 22/78.

⁶² C. Roxin. Über den Strafgrund des Versuchs, lk 170.

⁶³ E. Schmidhäuser. Der Unrechtstatbestand. – Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag. Frankfurt am Main: Klostermann:1969, lk 443.

⁶⁴ J. Schmidt, lk 114.

õigushüvele ei ole, on vaid toimepanija ettekujutus, et ta on asunud ründama konkreetset teobjekti ja kahjustama õigushüve.

Kokkuvõtvalt võib märkida, et muljeteooria suudab põhjendada nii kõlbliku kui ka kõlbmatu süüteokatse karistatavust, samuti näidata, miks on karistusõiguslikud järelmid nii lõpuleviidud süüteol ja süükatsel ning ka süüteokatse eri liikidel erinevad. Kõiki eeltoodud aspekte selgitab muljeteooria õiguskorra kõigutamise mulje kaudu, mis loob ühtse kontseptuaalse aluse. Õigust kõigutava mulje kaudu argumenteerimine on nimetatud käsitluse tugevus, olles samas nõrkus. Muljeteooria ei ava täpsemalt, milliste asjaolude alusel tuvastada õiguskorra kõigutamise mulje, pigem võib väita, et juhul kui seadusandja on leidnud, et tegu on karistatava süüteokatsega, on olemas ka õigust kõigutav mulje. Sellest järeldub, et sisult on tegemist seaduse regulatsioonile uue mõiste kaudu tähenduse andmisega, mis aga ei selgita, miks just katse juhtudel on õiguskorra kehtivust kõigutava muljega, aga näiteks ettevalmistavas staadiumis toimepandud teol ei ole. Olenemata asjaolust, et muljeteooria on saanud õigusedogmaatikas palju kriitikat, on see teoreetilistes käsitlustes siiski valitsev.⁶⁵ Eesti karistusseadustiku süüteokatse regulatsiooni aluseks on samuti subjektiivobjektiivne muljeteooria.⁶⁶

1.3.4. Süüteokatse kui ekspressiivne ja koosseisulähedane normi rikkumine

G. Jakobsi käsitluse kohaselt on süüteokatse ekspressiivne ja koosseisulähedane normi rikkumine (sks *der Versuch als expressiver und tabestandsnaher Normbruch*). G. Jakobs võtab aluseks N. Luhmanni normiteooria, mille järgi seab õigusnormi eirav käitumine kahtluse alla õigusnormi kehtivuse, sest selline käitumine on eiranud ootust õigusnormi kui õiget käitumist ettenägeva eeskirja suhtes. Karistusõiguse ülesanne on näidata, et toimepanija õigusnorme eirav käitumine on vale, kinnitades seeläbi õigusnormi kehtivust ja selles sisalduva käitumisjuhise paikapidavust. Normiteooria keskpunkt on õigusnorm kui riigi karistusvõimuga tagatud käitumisjuhise kehtimine, sidumata ja põhistamata normi täiendavalt kaitstavate väärtuste või hüvede alusel.⁶⁷ Alus nii süüteokatset kui ka lõpuleviidud tegu karistada on rünnak õigusnormi kehtivusele. Süüteokatse korral näitab toimepanija käitumisakt, et tema teod ei lähtu õigusnormiga ette kirjutatud käitumisjuhisest.⁶⁸ Konkreetse teobjekti või õigushüve kahjustamine ei ole vajalik.⁶⁹ G. Jakobsi seisukoha järgi ei ole sellisel juhul karistatavad irreaalsed katsed, kus toimepanija loodab tagajärge saavutada üleloomulike jõudude ja loodusseadusi eirava ebarealistliku lähenemise kaudu,

⁶⁵ E. Samson, lk 267

⁶⁶ J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik, § 25/4.

⁶⁷ R. Zaczyk, lk 34.

⁶⁸ G. Jakobs. Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Aufl. Berlin: de Gruyter 1993, lk 589.

⁶⁹ G. Jakobs. Strafrecht, lk 589.

kuna sellisel juhul puudub õigusnormi ettekirjutust ründav objektiivne käitumisakt. Õigusnorme kaitsvaid koosseise eirav käitumine on olemas, kui see tege-likkuses või kujutluse kohaselt võib, arvestades objektide omadusi ja loomuliku põhjuslikkuse seose seaduspärasusi, viia koosseisutunnuste täitmisele.⁷⁰

G. Jakobsi käsitluse järgi on õiguskorra kehtivust kõigutav mulje kui midagi hoomamatut ja tuvastamatut asendatud õigusnormi rikkumisele suunatud käitumisega kui konkreetse ja määratuga. Siiski kritiseeritakse G. Jakobsi käsitlust samuti põhjendusel, et seeläbi ei ole lisatud ebaõiguse sisulisi põhjendusi ja tegu on üksnes juba karistusseaduses kirjapandu üle kordamisega.⁷¹ G. Jakobs ei esita ühtegi lisakriteeriumi peale õigusnormi rikkumise kui aluse teha toimepanijale etteheide. Järelikult lähtub kogu kontseptsioon üksnes üldpreventiivsetest kaalutlustest, mis on aluseks positiivse üldpreventsiooni puhul, et toimepanija karistamise kaudu tuuakse esile õigusnormi kehtivus.⁷² Lisaks tuuakse G. Jakobsi käsitluse puudusena esile, et see ei näita, miks õigusnormi vastu suunatud käitumisakti korral on karistatav ainult katsestaadium, mitte aga ettevalmistamine. Kuigi G. Jakobs seob normi eirava rikkumise koosseisulähedase teoga, ei põhista ta, millest tuleneb, et alles siis avaldub õigusnormi ettekirjutust eirav käitumine.⁷³

1.3.5. Ühendteooria

C. Roxini ühendteooria (sks *Vereinigungheorie*) on rajatud ideele, et süüteokatse karistatavus põhineb üld- ja eripreventiivsel karistusvajadusel. Nimetatud käsitlus põimib eri teooriad, täpsemalt objektiivse, subjektiivse ja muljeteooria, sidudes nende seisukohti põhjendamaks süüteokatse karistatavust.

C. Roxini käsitlus ei esita ühtset selgitust kõlbliku ja kõlbmatu katse õigusvastasuse põhistamisel. Üldjuhul tuleneb õigusvastasus katseteost lähtuvast õigushüve ohtu asetamisest ja erandina katseteoga loodud õigusvastasest muljest. C. Roxin rõhutab, et süüteokatse karistatavus põhineb kahel alusel ja karistatavus sõltub sellest, kas tegu on kõlbliku või kõlbmatu katsega.⁷⁴

Kõlbliku katse korral annab aluse süüteokatset karistada õigushüve ohtu asetamine, lähtudes selles osas konkreetsest objektiivsest teooriast. Järelikult ilmneb süüteokatse õigusvastasus konkreetses ohus õigushüvele, mistõttu katse sarnaneb konkreetse ohudeliktiga. Nii ohudelikt kui ka süüteokatse on sisult vaheetapid süüteo lõpule viimisel, kuid seda ei ole kõlbmatu katse, kuna sel juhul on süütegu võimatu lõpule viia. Käsitades kõlbliku katset kui konkreetset ohudelikti, on võimalik põhjendada, miks tuleb süüteokatse korral toimepanija karistust vähendada. Subjektiivselt ei ole toimepanija tahtlust iseloomustavates tunnustes erinevust lõpuleviidud ja süüteokatse korral, kuid erinevus on

⁷⁰ G. Jakobs, *Strafrecht*, lk 589.

⁷¹ W. Joecks, K. Miebach, § 22/14.

⁷² H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 22/84.

⁷³ C. Roxin. *Strafbarkeit des Versuch*, lk 168.

⁷⁴ C. Roxin. *Über den Strafgrund des Versuch*, lk 158.

objektiivses koosseisus: õigushüve reaalne kahjustamine on raskem kui selle ohtu asetamine.⁷⁵

Järgnevalt toob C. Roxin välja, et kui võrrelda õigushüve reaalset ohtu asetamist olukorraga, kus toimepanija tahe on küll suunatud õigushüve kahjustamisele, kuid õigushüve tegelikult ohus ei ole ja koosseisu ei ole võimalik lõpuni viia, on sellistel juhtudel põhjendatud karistust vähendada või üldse mitte karistada. Süüteokatse karistatavus põhineb kõlbmatu katse korral üksnes toimepanija õigusvastasel tahtel, mis on väljendunud konkreetsetes käitumisaktis.⁷⁶ Selles osas lähtub ühendteooria toimepanija kontseptsioonist, mis on arendatud subjektiivsest teoriast, et juhul kui toimepanija on valmis süütegu toime panema ja seda konkreetse teo toimepanemisega näidanud, siis võib ta ka tulevikus olla valmis õigushüvesid kahjustama. C. Roxin rõhutab just õigusvastase tahte avaldumist konkreetsest teos, mis näitab, et alus toimepanijale etteheide teha on tema teod, mitte meelsus.⁷⁷

Kuigi kõlbliku ja kõlbmatu katse karistamine lähtub eri alustest, ei tulene sellest, et neil katseliikidel puudub ühisosa. Nimelt on neil ühtemoodi põhjendatav eripreventiivsetest kaalutlustest lähtuv karistusvajadus. Mõlemal juhul on toimepanija näidanud, et tema kuritegelik tahe on tegevusse rakendunud ning ta on asunud süüteokatset oma ettekujutuse kohaselt teoks tegema. Kuigi süüteokatse korral ei ole tegu koosseisus sätestatud tagajärjega, avaldub süüteokatse õigushüve ohustamises (kõlbliku katse korral) või õigusrahu rikkumises (kõlbmatu katse korral).⁷⁸

Katseliikide erinevus avaldub selles, et kõlbmatu katse korral ei saagi see, mida isik on ette kujutanud, teoks saada. Seepärast on üldpreventiivsete kaalutluste alusel karistamisvajadus kõlbmatu ja kõlbliku katse puhul erinev. Üldpreventiivsetest aspektist põhineb toimepanija karistus kõlbliku katse korral süüteoga ohtu seatud õigushüvel ja kõlbmatu katse korral õigusrahu häirimises, mis väljendub süüteokatsega loodud teo õiguskorra kehtivust kõigutavas muljes.⁷⁹ Nimetatud aspektist võtab ühendteooria aluseks muljeteooria.

Ühendteooria seob seega elemente objektiivsest ohtlikkuse käsitlusest, subjektiivsest toimepanija teooriast ja muljeteooriast järgmiselt: kõlbliku katse korral lähtutakse uuest objektiivsest teoorist ning kõlbmatu katse korral subjektiivsest käsitlusest arendatud toimepanija teooriast ja muljeteooriast.⁸⁰

C. Roxini ühendteooria kohta on kirjanduses esitatud vastakaid arvamusi, peale kritiseerivate ka pooldavaid, kuid siiski pole tegemist õiguskirjanduses valitseva käsitlusega. Teooria tugeva küljena tuuakse esile, et see kirjeldab täpsemini kui muljeteooria, milles seisneb süüteokatse karistatavus, tuues konkreetset esile nii kõlbmatu kui ka kõlbliku katse õigusvastase iseloomu.

⁷⁵ C. Roxin. Über den Strafgrund des Versuchs, lk 158–159.

⁷⁶ C. Roxin. Über den Strafgrund des Versuchs, lk 158.

⁷⁷ C. Roxin. Über den Strafgrund des Versuchs, lk 160–161.

⁷⁸ C. Roxin. Über den Strafgrund des Versuchs, lk 160–162.

⁷⁹ C. Roxin. Über den Strafgrund des Versuchs, lk 160.

⁸⁰ C. Roxin. Über den Strafgrund des Versuchs, lk 161.

Tegelikult on ka muljeteooria kohaselt süüteokatse karistatavus kõlbmatu ja kõlbliku katse korral eri alustel, kuid see on püütud koondada ühise mõiste õiguskorra kehtivust kõigutava mulje alla.⁸¹ Kuna ühendteooria põhjendab süüteokatse karistatavust kahe aluse kohaselt, on selles käsitluse kohaselt süüteokatse eest põhjendatud karistust vähendada võrreldes lõpuleviidud teoga ja eraldi võimalus karistust vähendada või koguni karistusest vabastada kõlbmatu katse korral.⁸²

Ühendteooria puudusena tuuakse eelkõige asjaolu, et see ei suuda kirjeldada kõiki aspekte, mis on kirjas on seaduses ning samuti vältida muljeteooriale osaks langenud kriitikat. Ühendteooriale heidetakse, et nimetatud käsitlus ei suuda põhjendada, miks on kõlbmatu katse korral karistuse vähendamine võrreldes kõlbliku katsega seadusesse kirjutatud õiguse rakendaja võimalusena, mitte igakordse kohustusena. C. Roxini käsitluse kohaselt puudub kõlbmatu katse puhul ohtlikkus, mis on tavalise katse karistamise alus. Samas peaks kõlbmatu katse korral olema katse algusmoment varasem: alates õigust kõigutava mulje tekitamisest, tavalise katsel, aga alles ohtu asetamisest. Eelnimetatud põhjendamisraskused tulevad ühendteoorial seetõttu, et nimetatud käsitluse kohaselt on kõlblik süüteokatse eelkõige ohudelikt ja järelikult peaksid õigusjärelmid olema määratud samamoodi kui ohudelikttilgi.

Süüteokatse ja ohudelikti võrdsustamist ei peeta põhjendatuks. Seadusandja on lisaks ohudeliktile näinud ette dogmatikafiguuri süüteokatse. Süüteokatse on raskem rikkumine kui ohudelikt. Süüteokatse korral on karistuse kergendamine õiguserakendajale üksnes võimalusena seaduses ette nähtud. Ohudelikti sanktsiooni määrade kehtestamisel on seadusandja juba arvestanud, et tegu on kergema rikkumisega kui kahjustusdelikt.⁸³ Samuti tuleb arvestada, et konkreetse ohudelikti korral on ohu tõendamine koosseisuline asjaolu. Süüteokatse korral ei näe seadusandja ette kohustust tõendada ohtu õigushüvele, vaid piisab vahetust alustamisest.

Lisaks puudub mõlemaid katseliike ühendav kontseptuaalne lähenemine, sest preventiivsed kaalutlused ning sellest lähtuv karistusvajadus on kogu karistusõiguse lähtepunkt. Samuti ei suuda ühendteooria vältida muljeteooria karisid, sest kasutab kõlbmatu katse etteheidetavuse põhistamiseks õigust kõigutava muljet, mida on kritiseeritud kui sisutühja mõistet. Seejuures jääb vastutuseta küsimus, miks kõlbmatu katse korral sobib argumenteerida katse karistatavust õigust kõigutava mulje kaudu, ent erinevaid katse liike ühendava mõistena mitte.⁸⁴

C. Roxini ühendteooria puudusena esitatakse ka asjaolu, et kuna nimetatud käsitluse kohaselt on kõlbliku ja kõlbmatu katse korral karistatavuse alus

⁸¹ A. Heckler, lk 66–67.

⁸² A. Heckler, lk 71.

⁸³ H. J. Hirsch. Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht. – Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001. Berlin: de Gruyter 2001, lk 717.

⁸⁴ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (Hrsg). Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Band 1. Einleitung, §§ 1-31. Berlin: de Gruyter, 2007, § 22/85.

erinev, võib see mõjutada ka katsealguspunkti määramist. Nimelt võib kõlbmatu katse alguspunkt olla varasem kui kõlbliku katse korral, sest õiguskorra kehtivust kõigutav mulje võib olla loodud enne, kui õigushüve reaalselt ohtu seatakse.

Kokkuvõtvalt võib väita, et ühendteooria suudab anda süüteokatse eri liikidele põhistuse, tuues üksikasjalikult esile, miks on õigusvastane nii kõlbmatu kui ka kõlblik katse ja eristab neid lõpuleviidud teost. C. Roxin argumenteerib oma käsitluses, miks on põhistatud kõlbmatu ja kõlbliku katse korral õigusvastasust sisustada eri moodi. Sisult on tulemuseks kaks eri mõistet: kõlblik katse kui ohudelikti alaliik ja kõlbmatu katse kui toimepanija ohtlikkusel põhinev õigusrahu häirimine. Eeltoodu tõttu on igal süüteokatse liigil erinev dogmaatiline olemus, algusmomendi määramine ja ka õigusjärelmid. Loetletud põhjustel on ühendteooria kontseptsioon keeruline ega too esile süüteokatse kui eraldiseisva dogmatikafiguuri olemust ega suuda pakkuda selgitust seaduses toodud regulatsioonile või näidata, et nimetatud kontseptsioonist tulenev lahendus on põhjendatum. Lisaks ei suuda ühendteooria vältida ka muljeteooria karisid, sest kasutab kõlbmatu katse õigusvastasuse põhistamiseks õigust kõigutava muljet, mida on kritiseeritud kui sisutühja mõistet. Küsimus, miks kõlbmatu katse korral sobib argumenteerida katse karistatavust õigust kõigutava mulje kaudu, ent erinevaid katse liike ühendava mõistena mitte, jääb seejuures vastuseta.

1.3.6. Usaldussuhte rikkumise teooria

Usaldussuhte rikkumise teooria (sks *Theorie von der Verletzung des Anerkennungsverhältnisses*) on välja töötanud R. Zaczyk, kes on aluseks võtnud I. Kanti ja J. G. Fichte seisukohad õiguse ja üksikisiku seostest. Ühiskond koosneb vaba tahtega indiviididest. Õiguskorra alus on usaldussuhe üksikisikute vahel, mis luuakse omavahelises suhtlemises teostatud käitumisaktide kaudu.⁸⁵ Indiviidide vaba tahte väljendusena on määratud kaitstavad õigushüved, mille väärtustamisest ja tunnustamisest omavahelistes käitumisaktides lähtutakse. Õigushüvede kaitse on rajatud seega eelkõige ühiskonnaliikmete vahel välja kujunenud usaldussuhtest, lisaks on õigushüved tagatud õigusnormidega.⁸⁶ Kuivõrd õiguskord on määratud ühiskonnaliikmete vastastikkuse tegude tulemusena, on tähtis iga üksikisiku käitumine, sest sellega saab näidata nii usaldust õigushüvede ja olemasoleva korra suhtes kui ka rikkuda seda, toimides vastupidiselt üldiselt omaks võetud väärtustele.⁸⁷

Lõpuleviidud kuriteo korral seisneb ebaõigus selles, et toimepanija rikub usalduskorda, mille tulemusena on kahjustatud üksikisiku või ühiskonna õigushüved.⁸⁸ Kuriteo toimepanemisega avaldub ebaõigus kahel tasandil: esiteks

⁸⁵ R. Zaczyk. *Das Unrecht der versuchten Tat*. Berlin: Duncker und Humblot 1989, lk 326.

⁸⁶ R. Zaczyk, lk 265.

⁸⁷ R. Zaczyk, lk 230.

⁸⁸ R. Zaczyk, lk 326.

väljendub ebaõigus konkreetse õigushüve kahjustamises; teiseks riigi poolt garanteeritud usalduskorra rikkumises, kuivõrd kuriteoga – eirates õigusnormi ettekirjutust – on toimepanija näidanud, et konkreetset juhul õigusnorm tema jaoks ei kehti.⁸⁹ Toimepanija laiendab enda vabaduse ruumi teiste isikute arvel.⁹⁰ Kõrvalekaldumist ühiskonnas loodud usaldusreeglitest saab toimepanijale ette heita, sest see on olnud tema vaba tahte väljendus: ta otsustas ebaõiguse kasuks, kuigi oleks võinud valida ka õiguskäitumise. Toimepanija vaba tahe ja võimalus seeläbi suunata oma käitumist ning osaleda ühiskondlikkus suhtlemises ja mõjutada usaldussuhtel põhinevat õiguskorda, on õiguskorra ja sellel põhineva vastutuse aluseks.

Süüteokatse korral pole veel konkreetsete õigushüvede kahjustamiseni jõutud, kuid sisult on tegu vahelülga usalduskorra rikkumisest õigushüve kahjustamiseni. Süüteokatse ebaõiguse aluseks on toimepanija vabast tahtest kantud otsus käituda vastupidi üldisele usalduskorrale, asudes seda rikkuma.⁹¹ Nimetatud aspektist võib esile tuua ühise joone subjektiivse süüteokatse põhjendatuse teooriaga, mis samuti näeb ebaõiguse alusena toimepanija tahet. Usaldusteooria lisab, et toimepanija tahtest kantud käitumisotsusel ja selle kohaselt tegutsemisel on tähendus üksnes sotsiaalses reaalsuses kujunenud reeglite kontekstis. Seega ei ole ebaõiguse aluseks toimepanija halb tahe kui selline, nagu see on subjektiivse teooria puhul.⁹²

Süüteokatse ebaõigus ei avaldu kõrvalseisjate hinnangus, nagu muljeteooria puhul, vaid toimepanija on isikute vastastikuse käitumise normatiivse mustri mõjutajana osa sellest ja ebaõiguse aluseks ongi tema panus usalduskorra kujundamisse selle rikkumise kaudu.⁹³ Seega on nii lõpuleviidud süütegu kui ka süüteokatse õigusfenomenid, mis saavad oma tähenduse inimeste vahelise käitumise ja seeläbi kujunenud õiguspraktika kaudu.⁹⁴

R. Zaczyki käsitle kohaselt ei tule süüteokatsed liigitada mitte kõlblikeks ja kõlbmatuteks katseteks, vaid tegemist on õigusvastase katse ja mitteõigusvastase käitumisega. Karistatavad oleksid üksnes õiguslikult relevantesed, s.o õigusvastased katsed.⁹⁵ Õigusvastased oleks katsed, mis objektiivselt on vastuolus õiguskorraga ning seda ei saa asendada üksnes toimepanija ettekujutus ebaõigusest.⁹⁶ Õigusvastase katse kindlakstegemiseks tuleb kõigepealt tuvastada, millist õigushüve rünnatakse: isiklikku, ühiskondlikku või riiklikku. Seeläbi on võimalik määrata, milles konkreetset avaldub õigushüve kahjustamine ja oht sellele ning milliseid konkreetseid suhteid toimepanija rikub. Järgnevalt

⁸⁹ H. Wege. Rücktritt und Normgeltung. Zum Einfluss glaubwürdiger Umkehr auf die Rechtsfolgebestimmung. Berlin: Duncker und Humblot 2011, lk 63.

⁹⁰ R. Zaczyk, lk 200.

⁹¹ R. Zaczyk, lk 327.

⁹² R. Zaczyk, lk 328.

⁹³ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, lk 4–5.

⁹⁴ R. Zaczyk, lk 231.

⁹⁵ R. Zaczyk, lk 328.

⁹⁶ U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.) Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar. 4. Auflage. Baden-Baden: Nomos 2013, § 22 p 37.

tuleb kindlaks teha, milles avaldus puudus, mille tõttu jäi kuritegu lõpule viimata. Seejärel tuleb tuvastada, kas toimepanija sisemine tahe tingis asjaolu, mille tõttu ei saanud tegu lõpuni viia.⁹⁷

Süüteokatse algusmoment on määratud R. Zaczyki järgi nii objektiivses koosseisus kirjeldatud koosseisutunnuste realiseerimisele asumisega kui ka sellele eelneva käitumisega, mille kaudu on õigushüved ohtu asetatud. Nimetatud aspektist lähtub usalduse rikkumise teooria vanemast objektiivsest teooriast.⁹⁸

Usaldusteooriat kritiseeritakse ning seda möönab ka R. Zaczyk ise, et see ei ole kooskõlas karistusseaduses väljendatuga ning seda just katse liikide käsitluse osas. Lisaks ei ole usaldusteooria kooskõlas ka katsealgusmomendi määratlusega. Karistusseadustiku kohaselt on see määratletud toimepanija ette kujutuse kaudu teo alustamisest, kuid usaldusteooria kohaselt õigushüve ohtu asetamise või objektiivse koosseisu realiseerimise alustamise kaudu.⁹⁹

Kokkuvõtvalt võib väita, et usalduse rikkumise teooria lähtub, nagu subjektiivne süüteokatse põhjendatuse teooriaga, toimepanija tahtest, kuid loob I. Kanti ja J. G. Fichte seisukohtadele lähtuvalt lisakontseptsiooni ebaõigusest. Usaldusteooria pakub käsitluse süüteokatse ebaõigusest, mis suudab näidata, milles seisneb ebaõiguse erinevus katse ja lõpuleviidud teo vahel, samuti on välja toodud toimepanija seos süüteokatse ebaõigusega ning põhistatud talle selle ette heitmine. Seega pakub usalduse rikkumise teooria tugeva põhimõttelise kontseptsiooni ebaõiguse sisustamiseks. Usaldusteooria konkreetsed lahendused katse liikide ja samuti katse algusmomendi määramise kohta pole kooskõlas õigusaktides esitatuga, kuid samas ei nähtu käsitlusest, et see tagaks õigushüvede kaitse paremini.

1.4. Vahekokkuvõtte süüteokatse karistatavuse põhjendustest

Karistusõigusdogmaatika esitab mitu põhistust süüteokatse karistamise alustena, kuid lõplikku ja vaidlusi välistavat lahendust ei ole siiani leitud. Ikka on vastuseta küsimused, milles seisneb süüteokatse ebaõigus ja kuidas erineb see lõpuleviidud süüteoga loodud ebaõigusest, kuidas on argumentatsioon kohaldatav mõlemale süüteokatse liigile ning kuidas on piiritletud süüteokatse algusmoment kuritegu ettevalmistavatest tegudest.

Süüteokatse karistatavuse põhjendusi kokku võttes on selge, et üksnes objektiivse või subjektiivse teooria kaudu katse karistatavust selgitada ei saa. Objektiivne teooria ei suuda põhistada kõlbmatu katse karistatavust. Süüteokatse algusmoment on seotud eelkõige koosseisu vahetu alustamisega, kuid arvestades vajadusega õigushüvesid efektiivselt kaitsta, jääb see liiga hiliseks. Subjektiivsele teooriale heidetakse ette meelsuskaristusõiguseks kujunemist,

⁹⁷ R. Zaczyk, lk 328.

⁹⁸ R. Zaczyk, lk 328.

⁹⁹ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, lk 6.

sest karistusõigusliku reageerimise alus on toimepanija kuri tahe ning seetõttu oleks alus kriminaliseerida ka kuriteo ettevalmistamine ja illusoordelikt.

Objektiivne teooria põhistab süüteokatse karistatavust liiga kitsalt, subjektiivne teooria liiga laialt. Kuigi eraldi võetuna ei ole kummagi käsitluse seisukohad vahetult kohaldatavad, on neil oluline roll süüteokatse karistatavuse põhjendamisel, sest süüteokatse ebaõiguse sisustamisel on lähtutud mõlema teooria seisukohtadest, püüdes neid lisaargumentidega ühendada uue kvaliteediga tervikuks.

Õiguskirjanduses on valitsev muljeteooria, mille kohaselt on süüteokatse karistamise aluseks toimepanija tegevusse rakendunud õigusnormide vastane tahe ja asjaolu, et see tegu tekitab teistes isikutes õigusnormi kehtivuse kõigutamise mulje. Nimetatud käsitlus ei nõua käitumisnormi rikkumist.¹⁰⁰ Eeltoodu järgi suudab muljeteooria põhistada kõlbmatu katse karistatavust, sest normi rikkumine leiab aset üksnes isiku ettekujutuses ning tegelikkuses ta vahetult süüteokoosseisu realiseerimist ei alusta ja õigushüve ohtu ei aseta. Kuna muljeteooria ei määra, milliste kriteeriumite alusel tuvastatakse õigust kõigutava mulje tekkimine, ei paku see teooria selgitust, miks ei ole karistatav ettevalmistav tegevus ja kuidas piiritleda süüteokatse algusmomenti. Eeltoodu kohaselt nimetatakse muljeteooria aluseks olevat õigust kõigutavat muljet sisult tühjaks käsitluseks.¹⁰¹

C. Roxini ühendteooria püüab küll täpsustada süüteokatse karistatavuse aluseid, määra, et kõlbliku katse korral on aluseks õigushüve ohtu seadmine (objektiivne teooria) ja kõlbmatu katse korral õigusnormi kehtivust kõigutav mulje (muljeteooria). Seega toetub ühendteooria kõlbmatu katse korral muljeteooriale ega paku lisaargumente, et sisustada õigust kõigutavat muljet. Ühendteooria kohaselt on nii kõlbmatu kui ka kõlbliku katse ühendavaks aluseks preventiivsed kaalutlused. Samas ei anna see vastust spetsiifilisele vajadusele süüteokatset karistada, vaid tegemist on kogu karistusõiguse aluseks oleva lähtepunkiga. Samuti ei suuda ühendteooria põhjendada, miks on kõlbmatu katse korral karistuse vähendamine, võrreldes kõlbliku katsega, seadusesse kirjutatud õiguse rakendaja võimalusena, mitte igakordse kohustusena.¹⁰² Samuti tekib sama probleem lõpuleviidud katse ja süüteokatse puhul, kuna seadusandja kontseptsiooni kohaselt on põhjendatud võimalus karistust vähendada, ent C. Roxini teooria järgi tuleks karistust vähendada iga kord.¹⁰³

Arvestades nii muljeteooriale kui ka ühendteooriale osaks langenud kriitikat, on välja töötatud katse karistatavuse alused, mille keskmes on samuti õigusnorm kui käitumisjuhis, kuid rõhuasetus on seatud muljeteooriast erinevatele aspektidele.

G. Jakobsi käsitluse järgi on õigustkõigutav mulje kui midagi hoomamatut ja tuvastamatut asendatud õigusnormi rikkumisele suunatud käitumisega kui

¹⁰⁰ H. J. Hirsch, lk 722.

¹⁰¹ H. J. Hirsch, lk 722.

¹⁰² H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 22/85.

¹⁰³ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 22/85.

konkreetses ja määratletuga. G. Jakobs võtab aluseks N. Luhmanni normiteooria, mille järgi seab õigusnormi eirav käitumine kahtluse alla õigusnormi kehtivuse, sest seeläbi on eiratud ootust õigusnormi kui õiget käitumist ette nägeva eeskirja suhtes. Süüteokatse korral näitab toimepanija käitumisakt, et tema teod ei lähtu õigusnormiga ettekirjutatud käitumisjuhisest.¹⁰⁴ Sedagi käsitlust on kritiseeritud, väites, et G. Jakobsi teooria pole lisanud ebaõiguse sisulisi põhjendusi ja tegemist on üksnes juba karistusseadustikus kirjapandu ülekordamisega.¹⁰⁵

R. Zaczyk usaldussuhte rikkumise teooria kohaselt on süüteokatse ebaõiguse aluseks toimepanija vabast tahtest kantud otsus käituda vastupidiselt üldisele usalduskorrale, asudes seda rikkuma.¹⁰⁶ Süüteokatse ebaõigus ei avaldu kõrvalseisjate hinnangus, nagu muljeteooria puhul, vaid toimepanija on teo kaudu normatiivse mustri mõjutaja ning ebaõiguse aluseks ongi tema panus usalduskorra kujundamisse korra enese rikkumise kaudu.¹⁰⁷ R. Zaczyk käsitluse kohaselt ei tule süüteokatseid liigitada mitte kõlblikeks ja kõlbmatuteks katseteks, vaid tegemist on õigusvastase katse ja mitteõigusvastase käitumisega. Karistatavad oleksid üksnes õiguslikult relevanted, s.o õigusvastased katsed.¹⁰⁸ Usaldusteooriat kritiseeritakse põhjendusel, et see ei ole kooskõlas karistusseaduses väljendatuga ning seda just nii katse liikide käsitluse kui ka süüteokatse algusmomendi osas, sest katse algaks vahetult objektiivse koosseisu realiseerimisest või õigushüve ohtu asetamisest.¹⁰⁹

Kõiki uuemaid seisukohti seob süüteokatse karistatavuse põhistamisel lähtumine karistusõigusliku etteheite aluseks olevast käitumisnormist ja süüteokatse tähendusest selle kehtivusele või mõjule ühiskonnas. Samas on käitumisnormi kehtivus ja mõju püütud siduda konkreetse isikuga, näidates, mille alusel saab isikule tema käitumist ette heita, seejuures on seoseks toimepanija tegevusse rakendunud negatiivne õigusmeelsus, mis on suunatud konkreetse koosseisu realiseerimisele. Erinevus on toimepanija tegevusse rakendunud negatiivse õigusmeelsuse mõjus: õigusnormi kehtivuse kõigutamise mulje ning usaldussuhte rikkumine. Seejuures on oluline neile mõistetele anda määratlus, sest vastupidisel juhul asutaks sisutühja mõistega sisustama katse karistamisväärsust.

Uuemad teooriad seovad süüteokatse karistusväärsuse õigusnormiga, mitte õigushüve ohtu asetamisega. Samas ei tähenda see, et õigushüve mõistel pole katse karistamisväärsuse määramisel tähtsust. Käitumisnormide eesmärk on tagada õigushüvede kaitse, mis on süüteokatse regulatsiooni alus: katseteod näitavad, et võib käituda viisil, mis võivad kahjustada õigushüvede kaitset, nõrgestades õigushüve kaitset nii üldiselt kui ka üksikjuhtudel. Katseteooriate

¹⁰⁴ G. Jakobs. *Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. Aufl. Berlin: de Gruyter 1993, lk 589.

¹⁰⁵ W. Joecks, K. Miebach, § 22/14.

¹⁰⁶ R. Zaczyk, lk 327.

¹⁰⁷ U. Murmann. *Versuchsunrecht und Rücktritt*, lk 4–5.

¹⁰⁸ R. Zaczyk, lk 328.

¹⁰⁹ U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen, § 22/89.

raskuspunkt ongi pakkuda lahendus, mis arvestaks süüteokatse kõiki aspekte (s.o liike ja algusmomenti), samas anda neile kontseptuaalne ja argumenteeritud põhistus. Praeguseks pole erialakirjanduses sellist lahendust pakutud.

Analüüsides kehtivat karistusseadustikku eri teooriate alusel, on näha, et lähtunud on nii subjektiivse kui ka objektiivse teooria seisukohtadest, mis on ühendatud muljeteooria alusel. Subjektiivse teooria kasutamist näitab KarS-i § 25 lg 2, mille kohaselt määrab süüteokatse algusmomendi isiku ettekujutus teo vahetust alustamisest. Seega on aluseks võetud subjektiivne teooria – toimepanija ettekujutus süüteost näitab tema kuri tahe teha ebaõigus teoks. Karistusseadustiku järgi ei piisa üksnes toimepanija kurjast tahtest, vaid vajalik on, et see oleks välismaailmas avaldunud konkreetse käitumisaktis. Nimelt nõuab KarS-i § 25 lg 1 konkreetset tegu, mis on suunatud süüteo toimepanemisele. KarS-i § 25 lg-s 3–4 on täpsustatud, milles peab avalduma konkreetne tegu süüteo vahetu alustamisel. Eeltoodu näitab objektiivse teooria aspekte. Karistusseadustiku § 26 järgi on karistatav ka kõlbmatu katse, mille korral on võimalik vähendada karistust või toimepanija üldse karistusest vabastada. Nimetatud seisukoht tugineb vahetult muljeteoorial.¹¹⁰ Kokkuvõtvalt võib seega väita, et karistusseadustik ei lähtu ühte aspekti aluseks võtvast seisukohast, kuid lähtutakse eelkõige muljeteooriast. Karistusõiguse käsitlesega oleks kooskõlas ka C. Roxini ühendteooria.

1.5. Autori seisukoht süüteokatse karistamisväärsuses osas

Siinse töö autor on süüteokatse ebaõiguse määramisel lähtunud muljeteooriast, usalduse rikkumise teooriast ja G.Jakobsi seisukohtadest ning subjektiivsest teooriast.

Süüteokatse korral on toimepanija vahetult alustanud oma teoplaani järgi süüteo koosseisu täitmist. Ta on tegevusse rakendanud tahte, mis on otse suunatud süüteo koosseisu realiseerimisele ja õigushüve kahjustamisele. Need asjaolud aga ei näita, milles seisneb süüteokatse ebaõigus ja miks on vaja süüteokatse eest toimepanijat karistada.

Katseteole tähenduse andmisel ja ebaõiguse määramisel on siinses töös võetud aluseks N. Luhmanni süsteemiteooria ja käsitlus õigusest. N.Luhmanni süsteemiteooria kohaselt koosneb ühiskond kui sotsiaalne süsteem ootustest kantud käitumisest. Võimalikke käitumisvariante on igas olukorras väga palju ja see näitab süsteemi kompleksust. Isikul tuleb igal juhul valida üks võimalikest toimumisvõimalustest. Käitumisakt võib olla kooskõlas ühiskonna ootustega või vastupidine, kutsudes esile pettumuse.¹¹¹ Järelikult on normide ülesanne mõjutada isikute käitumisvalikuid ja näidata, milline on ootustele vastav tegu, s.t

¹¹⁰ J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik, § 25/3.

¹¹¹ N. Luhmann. Rechtssoziologie. 4. Aufl. Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwiss 2008, lk 42; J. Sootak. Karistusõiguse alused. Tallinn: Juura 2003, lk 201.

aktseptitav ja vajalik ühiskonna kui süsteemi toimimise seisukohalt. Toimepanija käitumisakt, mis on vastuolus käitumisnormiga, s.t ühiskondliku üldise ootusega, seab kahtluse alla, milline toimimise viis on õige ning kas on vajalik ja põhjendatud järgida õigusnormi ettekirjutust. Järgnevalt on kaks võimalust – kas muuta ootusi või näidata, et ootustele vastav käitumine on õige, rakendades selleks sanktsioonisüsteemi.¹¹² Süüteokatsel kui käitumisnormi eiravale käitumisele reageerida on oluline, et tuua välja, et toimepanija eksis ja ühiskonnaliikmete ootused vastupidisele ei olnud väärad.

Minnes karistusõiguse kontekstis konkreetsemaks, tekib edasi küsimus, mis tähendus on toimepanija käitumisel, mis eirab käitumisnormi ettekirjutust: kas seeläbi on rikutud ühiskonnaliikmete normikohaseid ootusi, usaldussuhet ühiskonnaliikmete vahel või tekitatud õiguskorra kõigutamise mulje, nagu seda kirjeldab muljeteooria. U. Murmann on esile toonud, et õiguskorra kõigutamise mulje, mis põhineb ühiskonnaliikmete hinnangul, on sekundaarne fenomen, mis peegeldab toimepanija poolt realiseeritud ebaõigust nii, kuidas see teistele ühiskonnaliikmetele paistab.¹¹³ Tehes kindlaks süüteokatse ebaõiguse, tuleb, nagu iga ebaõiguse korral, seda teha toimepanija aspektist, arvestades tema käitumist; süüteokatse puhul seisneb see U. Murmanni käsitluse kohaselt usaldussuhte rikkumises. Õiguskorda kõigutav mulje on tagajärg, mis tekib selle tulemusena, et toimepanija on asunud eirama käitumisnormi ettekirjutust, rikkudes seeläbi usaldussuhet.¹¹⁴ Lähtuvalt eeltoodust võib väita, et süüteokatsega rikub toimepanija ühiskondliku usaldussuhet, mida võib nimetatada ühiskonnas eksisteeritavateks normatiivseteks ootusteks nagu tuleneb N. Luhmanni käsitlusest ning selle tulemusena seatakse õigusnormi kehtivus kahtluse alla.

Karistusõiguse seisukohalt pole tähtis üksnes asjaolu, et rikutakse käitumisnormi kui sellist, vaid et sellega võib kaasneda õigushüvede kahjustamine. Karistusõigusega kaitstakse neid käitumisnormi rikkumisi, millega kahjustatakse õigushüvesid. Õigushüved on määratavad kui ühiskonna kõige olulisemad väärtused, mille kaitsmine on karistusõiguse eesmärk.

Süüteokatse ebaõiguse täpsemal määramisel on tähtsad kaks aspekti: esiteks väljendub see toimepanija tahtluses, mis on tegevusse rakendunud, olles suunatud konkreetse õigushüve võimalikule kahjustamisele kas objektiivselt või üksnes toimepanija ettekujutuse kohaselt; teiseks ulatub süüteokatse väljendunud käitumisakti mõju väljapoole konkreetse võimaliku kahjustava objekti kaitsesfääri, näidates, et toimepanija tahtlusest kantud tegu on suunatud usaldussuhte rikkumisele ja seadnud kahtluse alla normatiivsed ootused.

Toimepanija tahtluse arvestamine lähtepunktina süüteokatse ebaõiguse määramisel põhineb finalistlikul süüteo mõistel. Isiku konkreetsele käitumisaktile eelneb tema tahtlus, mis on suunatud eesmärgi saavutamisele. Toimepanija tahe on motivaator, mis on aluseks õigusnormide vastu suunatud käitumisele. Üksnes negatiivsest õigusmeelsusest ei piisa, vaid toimepanija peab olema

¹¹² N. Luhmann. Rechtssoziologie, lk 40–42.

¹¹³ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, lk 4.

¹¹⁴ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, lk 5.

vahetult asunud oma tahet realiseerima, sest käitumisnormi saab rikkuda konkreetne tegu.

Eeltoodu kehtib samuti kõlbmatu katse puhul. Toimepanija näitab, et tema ettekujutuse kohaselt on tahtest kantud käitumisakt suunatud õigusnormi eiramisele ning normatiivsete ootuste rikkumisele. Tegelikult ta käitumisnormi ei riku ning oma teoga õigushübe ei kahjusta. Usaldussuhte rikkumise ja normatiivsete ootuste kahtluse alla seadmise aspektist ei ole oluline, kas normivastane käitumine on aset leidnud objektiivselt või subjektiivselt. Nii toimepanijale kui ka teistele isikutele peab olema tajutav, et on valitud käitumisalternatiiv, mis on vastuolus normatiivsete ootustega ning ollakse valmis kahjustama õigushübe. Mõõdupuuks on keskmine õiguskuulekas inimene. Toimepanija tegevusse rakendunud negatiivne õigusmeelsus näitab, et ta on eesmärkide järgimiseks valmis eirama õigusnormi ettekirjutust ja kahjustama õigushüvesid. Eeltoodu nõrgestab õigushüvede kaitset, kuna selline teguviis külvab hirmu, sest isikud ei tea, milliseid tegusid ollakse valmis toime panema. Samuti paneb see mõtlema, millisel viisil on ühiskonnas põhjendatud ja mõistlik käituda oma eesmärkide saavutamiseks: kas järgida käitumisjuhist ning aktsepteerida õigushüvede kaitset või mitte.

Järelikult väljendub süüteokatse negatiivset mõju õigushüvedele, sest tekitab keskkonna, mille puhul ei saa kindel olla, et õigushüved on kaitstud, sest isik on näidanud valmisolekut usaldussuhte rikkumiseks ja õigushüvede kahjustamiseks. Usaldussuhtes väljakujunenud norme eirav käitumine (nii objektiivselt kui subjektiivselt) tekitab kahtlust normatiivsete ootuste paikapidavuses. Rõhuasetus on toimepanija tahtel ja sellest tulenevast spetsiifilisest negatiivsest mõjust. Samas on oluline märkida, et seejuures ei ole määrav õigushübe reaalne ohustamine, sest katse negatiivne mõju on avaldunud juba üksnes tegevusse rakendunud negatiivses õigusmeelsuses.

Kuigi süüteokatse on iseseisev delikt, siis tunnused, mida peab hõlmama toimepanija tahtlus, määrab eriosa koosseis. Süüteokatse on seotud ning toetub ebaõigussisu avaldumisel eriosas kirjeldatud lõpuleviidud koosseisuteole. Karistusõiguse eesmärk on kaitsta õigushüvesid ning kogu ebaõigus, mis on oluline konkreetse käitumisnormi eiramisel, avaldub eriosa koosseisus, hõlmates materiaalse deliktide puhul ka tagajärge. Süüteokatse on üksnes osaline ebaõiguse realiseerimine võrreldes lõpuleviidud teoga.

Kokkuvõtvalt võib väita, et süüteokatse on loetud karistatavaks, et vältida võimalikku õigushübe reaalselt kahjustamist, sest toimepanija negatiivne õigusmeelsus käivitab protsessi, mis on suunatud õigushübe rikkumisele ning millega on eiratud õigusnormi ettekirjutust objektiivselt või üksnes toimepanija ettekujutuse kohaselt. Kõlbmatu katse külvab ühiskonnas hirmu, et isik on valmis mitte järgmina õigusnormi ettekirjutust ning oma eesmärkide realiseerimiseks kahjustama õigushübe. Järelikult eristab süüteokatset lõpuleviidud teost realiseeritud ebaõigus, sest puudub õigushübe kahjustamine, samuti ei ole vajalik, et oleks loodud konkreetne oht õigushübele või tsiviilkäibes lubatu objekt, s.t oleks veel mingi eraldiseisev täiendav ebaõigus. Seega on karistusõiguslikust aspektist oluline, et usaldussuhte rikkumise ja normatiivsete ootuste kahtluse

alla seadmisega ei vähendata üksnes õigusnormi kehtivust, vaid kahjustatakse ka õigushüve kaitsesfääri, millega on N. Luhmanni süsteemiteooriale lisatud karistusõiguslik aspekt. Järelikult erinevalt muljeteooriast on täpsemalt näidatud süüteokatse negatiivne mõju nii konkreetsetes situatsioonides kui ka normi kehtivusele ja õigushüvede kaitsesele.

II SÜÜTEOKATSEST LOOBUMINE

2.1. Süüteokatsest loobumise põhjendatuse teooriate eesmärgid

Süüteokatse loobumisregulatsiooniga antakse isikule võimalus vältida katseteo eest ette nähtud õigusjärelmit. Eeltoodu püstitab küsimuse, miks toimepanija loobumisteol, mis on toime pandud pärast süüteokatse alustamist, on niivõrd oluline tähendus isikule karistusõigusliku etteheite tegemisel. Raskuspunkt on asjaolul, et süüteokatse on midagi sellist, mis on aset leidnud ja mida ei saa ära kaotada, ometi on loobumisel süüteokatsele oluline mõju. Järelikult tuleb õigusdogmaatikal leida kooskõla loobumise ja süüteokatse instituudi vahel, näidates, miks süüteokatset ette heita või selle eest karistada on loobumise korral välistatud. Arvestades, et pakutud lahendused ei läheks vastuollu teiste karistusõiguse instituutide ja nende printsiipidega.

Keerulisemaks muudab olukorra asjaolu, et loobumine ei ole karistusõiguses ainus instituut, mis annab tähenduse toimepanija poolt halva heastamisele suunatud tegudele. Karistusõigus tunneb tegevkahetsuse instituuti, mille kohaselt on toimepanija kahjude heastamisele ning õigushüvede kaitsele suunatud käitumisel tähendus karistuse mõistmisel. Erinevalt loobumise reeglitest saab tegevkahetsuse sätteid kohaldada, kui süütegu on lõpule viidud. Eesti karistusseadustikus on tegevkahetsuse instituut leidnud väljenduse kahes paragrahvis. Sisult tegevkahetsusena on käsitatavad karistust kergendavate asjaolud KarS-i § 57 lg 1 p-de 1 ja 2 tähendus, milleks on süüteo kahjulike tagajärgede ärahoidmine, samuti abi andmine kannatanule vahetult pärast süüteo toimepanemist ja kahju vabatahtlik hüvitamine, mille tulemusena saab kohus tegijale mõistetavat karistust kergendada. 1. jaanuaril 2015. a jõustunud muudatuste kohaselt täiendati KarS-i § 60¹, mis näeb ette regulatsiooni tegevkahetsuse osas juhul, kui toimepanija on teo küll lõpuni viinud, kuid isik on vabatahtlikult loobunud teo edasisest toimepanemisest või ohu muul viisil kõrvaldanud, mille tagajärg on, et kohus võib toimepanija karistust kergendada või ta karistusest vabastada.

Saksa karistusseadustiku regulatsioon tegevkahetsuse kohta erineb Eesti karistusseadustiku omast. Saksa karistusseadustikus on tegevkahetsuse sätted karistusseadustiku üldosa §-des 46, 46a ja lisaks eriosas esitatud konkreetsete koosseisude juures. Saksa karistusseadustiku järgi on tegevkahetsuse õigusjärelmid astmestatud: ning lisaks karistuse kergendamisele on võimalik toimepanijat mitte karistada, mis järgneb ka süüteokatsest loobumisele.¹¹⁵

Kuigi Eesti ja Saksa karistusõiguses on tegevkahetsuse tagajärjed erinevad, on ikkagi tähtis küsimus, miks on vajalik kahe erineva õigusinstituudi olemasolu, mis mõlemad tegelevad toimepanija loodud ebaõiguse heastamisele suunatud tegudega ja kas ainus erinevus on asjaolu, et tegevkahetsus on võimalik eriosa tähenduses lõpuleviidud tegude korral. Süüteokatse loobumise põhjendatuse

¹¹⁵ E. Samson, lk 178–179.

teooriatest peab nähtuma, milles avaldub loobumisteo erisus võrreldes õigus-hüve kaitsele suunatud käitumisest tegevkahetsuse korral. Eriti teravalt tõuseb nimetatud küsimus Eesti karistusseadustiku kontekstis, sest on erinevad õigus-järeloomid loobumisele, mis välistab süü, ja tegevkahetsusele, mille kohaselt on võimalik üksnes karistust kergendada või karistusest vabastada.

Otsides süüteokatest loobumisele argumentatsiooni, tuleb eristada õigus-dogmaatilisi põhjendusi kriminaalpoliitilistest. Viimased näitavad, miks on õiguskorrale kuritegevusevastaseks võitluseks vaja süüteokatest loobumise regulatsiooni. Nimetatud aspektist on oluline õigushüvede kaitse tagamine ning konkreetsete kannatanute huvidega arvestamine. Järeloomult on oluline luua süsteem, mille kaudu mõjutada isikuid loobuma raskeid tagajärgi põhjustavatest tegudest. Kuigi isik on juba süüteokatsega loonud ebaõiguse, on kahjulike mõjude vähendamise aspektist oluline, et toimepanijal oleks nii kaua, kui kahjulik tagajärg ei ole veel avaldunud, stiimul see oma teoga ära hoida. Kriminaalpoliitilised argumendid ei anna karistusõiguslikult süsteemset vastust, miks ei võeta isikut vastutusele süüteokatse eest ning millised peavad olema õigus-järeloomid isiku realiseeritud õigusvastasele teole. Nimetatud küsimustele peavad vastuse andma õigusdogmaatilised seisukohad.

Õigusdogmaatilised argumendid peavad süüteokatsest loobumise instituudi juures esile tooma sisulise põhjenduse ehk *ratio*, miks toimepandud ebaõigust – süüteokatset – isikule ette ei heideta, paigutades süüteokatsest loobumise karistusõiguse süsteemi. Seejuures on oluline leida vastused kolmele küsimusele. Esiteks, kuidas ja millest lähtuvalt on süüteokatsest loobumine mõjutanud toimepanijale süüteokatse ette heitmist. Teiseks, milles seisnevad loobumise eeldused toimepanija poolt. Kolmandaks tuleb ära näidata, milline on loobumise karistusõiguslik tähendus, s.t kas loobumist tuleks käsitleda koosseisu, õigusvastasuse või süü tasandil või on tegemist hoopis karistust välistava või karistuse määra mõjutava asjaoluga. Süüteokatse põhjendatuse teooriate ülesanne on leida eelkõige vastus, millest lähtuvalt ei ole põhjendatud toimepanijale süüteokatset ette heita või teda selle eest karistada, andes seeläbi võimalikud lähtepunktid, millised eeldused peavad olema täidetud süüteokatsest loobumisel ja samuti, missugusele tasandile kuriteomõiste dogmaatilise skeemi juures süüteokatsest loobumine liigitada või jääb ta väljapoole seda. Kõik eelnimetatud küsimused on seotud, kuna neist peab ilmnema alus, miks ja millistel juhtudel on põhjendatud välistada toimepanija vastutus, luues seeläbi süsteemi ning olles aluseks seadusandjale sätete loomisel ja praktikutele nende tõlgendamisel.

Süüteokatse loobumise põhjendatuse kohta puudub karistusõigusdogmaatikas üksmeel ning seda nii loobumise sisulise põhjendatuse poolest, seose kohta süüteokatsega ja loobumise õigusjäreloomite suhtes.

G. Jakobs pakub kolmese liigituse, mis näitab, milliste argumentide kaudu püütakse karistusõigusdogmaatikas põhistada süüteokatsest loobumist. Esiteks on võimalik vastust otsida väljaspool karistusõigust kõrgemate eesmärkide või väärtuste kaudu, seega kriminaalpoliitiliselt. Teiseks on süüteokatsest loobumist võimalik põhistada karistusõiguslike argumentiga (näiteks süü, karistuse eesmärk), mis ei ole omased üksnes süüteokatsele, vaid kogu karistusõigusele –

selline lähenemine on iseloomulik karistuseesmärgi teooriale. Kolmandaks on võimalus, et süüteokatsest loobumise põhistust otsitakse süüteokatse juurest ja püütakse selgitada süüteokatse karistusväärsuse kaudu ning näidata, kuidas loobumine selle ära muudab. Siia alla kuulub näiteks teo muutmisteooria. Selliseid teooriaid nimetatakse katsesisesteks süüteokatse põhistusteks.¹¹⁶

Siinse töö autor on lähtunud loobumise põhjendatuse eri teooriate puhul sarnasest liigitusest kui G. Jakobs, kuid siiski sõnastanud need veidi erinevalt, olenevalt rõhuasetusest, mille kaudu on argumenteeritud süüteokatsest loobumist. Esiteks on karistusõiguse eesmärgipärased käsitlused, mille puhul põhistatakse loobumist kaitstava õigushüve ja kannatanu huvide kaitse kaudu. Teise rühma moodustavad käsitlused, mille puhul püütakse süüteokatsest loobumisele vastus leida karistuse kohaldamise põhjendatuse ja vajalikkuse kaudu. Kolmandaks on katsespetsiifiline lähenemine, mille puhul näidata, kas ja kuidas mõjutab süüteokatsest loobumine juba katseteoga loodud ebaõiguse etteheidetavust. Eeltoodud liigitus on tinglik ja küsimus on pigem rõhuasetuses, mis on konkreetse põhjenduse puhul olulisem. Seejärel kombinatsiooni teooriad, mis seovad erinevaid käsitlusi.

Edasi käsitlen töös konkreetseid süüteokatsest loobumise põhjendatuse teooriaid, kuid arvestades selliste teooriate rohkust, siis kõiki neist pole välja toodud, vaid on tehtud valik nende hulgas, mida erialakirjanduses on rohkem kajastatud ja siinse töö autori arvates olulisemad. Süüteokatsest loobumise teooriate analüüsimisel olen püüdnud esile tuua, kas ja kuidas suudavad eri käsitlused vastata küsimusele, miks ei ole põhjendatud toimepanijale ette heita süüteokatset, arvestades süüteokatse liike ja seaduses sätestatud süüteokatsest loobumise eeldusi. Lisaks on peatunud aspektil, milles seisneb loobumise erisus tegevkahetsusest.

2.2. Süüteokatsest loobumise põhjendatuse teooriad

2.2.1. Kaitstav õigushüve ja kannatanu huvid kui süüteokatsest loobumise lähtealus

2.2.1.1. Kriminaalpoliitiline teooria

Kriminaalpoliitilist teooriat tuntakse samuti kui kuldse silla põhimõtet. See põhineb ideel, et seadus peab andma isikule stiimuli loobuda kuriteo toimepanemisest, kuni see on veel võimalik ja õigushüved pole veel kahjustatud.¹¹⁷ Stiimuliks, mis paneks isiku ümber mõtlema, oleks vastutusest vabanemine, olles psühholoogiliseks abivahendiks, millega motiveerida isikut loobuma kuriteo toimepanemise lõpule viimisest. Järelikult oleks toimepanijale loodud nn

¹¹⁶ G. Jakobs. Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten. – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1992, 1 (104), lk 83.

¹¹⁷ H. Kundlich. Grundfälle zum Rücktritt vom Versuch. Teil I: Allgemeine Fragen und fehlgeschlagener Versuch – JuS 1999, lk 240.

kuldne sild, et pöörduda tagasi õiguskuuleka käitumise juurde.¹¹⁸ Sellega on isikule antud võimalus, mis peaks mõjutama teda süütegu mitte lõpule viima. Regulatsioon, mis süüteost loobumisel välistaks toimepanija vastutuse kergendamise, võiks mõjutada isikut süütegu lõpuni viima, sest seeläbi on tal võimalik saada tagajärg, millest on huvitatud, ent teo katkestamine talle soodsat lahendust ei too. Selline kalkulatsioon võib viia olukorrani, kus isikule on rohkem ajendeid otsustada kuriteo lõpule viimise kasuks. Loobumisregulatsiooni kui isiku otsust mõjutavat tegurit põhjendatakse ka väitega, et kui isikul oleks südametunnistus, mis hoiaks teda õigusvastaselt käitumast, poleks karistusõigust vaja. Kahjuks kõigi inimeste puhul see nii ei ole ja siis on vaja välist, seadusest tulevat sundi ning see seadusest tulev motiveering paneb isiku ümber mõtlema ka juba alustatud süüteokatse korral.¹¹⁹ Konkreetsele kannatanule ja ühiskonnale on parem, kui toimepanija mõtleks ümber ja jäta kuriteo lõpuni viimata.¹²⁰ Seega on kriminaalpoliitilise teooria eesmärk tagada õigushüvede kaitse võimalikult suures ulatuses, mis on võimalik kuni toimepanija ei ole jõudnud reaalse kahjustamiseni.

Rõhuasetus on kuldse silla teooria kohaselt toimepanijale stiimuli andmises jätta kuritegu lõpuni viimata. Isiku motiveerimine toimub karistusseadustiku loobumise regulatsiooni kaudu. Järelikult on eelduseks toimepanija teadlikkus karistusseadustikus loobumise kohta sätestatust. Tavainimene ei tea enamasti karistusseadustiku sätteid süüteokatsest loobumise kohta ja seega ei saa need teda ka motiveerida jätta kuritegu lõpuni viimata. Nimetatud aspektist saab kriminaalpoliitiline teooria kriitika osaliseks, sest põhineb tõendamata eeldusel. Käsitletud vastuväidet on küll püütud kummutada argumentidega, et kuigi isik ei pruugi tunda karistusõiguslikku regulatsiooni katsest loobumise kohta, on ta ometi teadlik, et ühiskonnas on üldiselt levinud põhimõte, mille kohaselt ka hilisem hea käitumine peaks vähendama tema eelneva halva käitumise mõju.¹²¹

Samas tuleb arvestada, et õigusnormi motiveeriv toime peaks takistama isikul vastu võtta otsust toime panna kuritegu. Arvestades, et toimepanija on süüteokatse alustamisega juba astunud üle lubatu ja keelatu piiri, siis järelikult ei ole olnud õigusnormil tema käitumist suunavat mõju. Kriminaalpoliitiline teooria ei selgita, miks peaks isikule kuriteo ajal avaldama karistusõiguse norm koos selles kirjeldatud karistusahvardusega sellist mõju, et isik otsustab teo jätta lõpuni viimata. Kriitikale võib vastu väita, et kuigi algselt ei omanud karistusõiguse norm inimese käitumisele mõju, et ta ei alustaks kuriteo toimepanemist, kuid siiski tuleks kuni õigushüve kahjustamiseni pakkuda karistusõiguse poolt veel stiimulit ümber mõelda ja jätta kuritegu lõpuni viimata, sest ei ole

¹¹⁸ C. Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bd II. 4. Aufl. München: Beck 2006, lk 482.

¹¹⁹ W. Joecks, K. Miebach, § 24/24-25.

¹²⁰ I. Puppe. Der halbherzige Rücktritt, zugleich eine Besprechung zu BGHSt 31, 46 Versuch – NSStZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht) 1984, lk 488, 490.

¹²¹ W. Joecks, K. Miebach, § 24/25; E. Heinitz. Streitfragen der Versuchslehre. – JR 1956, lk 250.

¹²¹ J. Sootak. Karistusõigus, lk 493.

välistatud, et selline mõju võib konkreetse isiku suhtes toimida alles süüteokatse staadiumisse jõudes.

Kriminaalpoliitilisele teooriale on suurim etteheide argument, mille kohaselt puudub empiiriline tõestatus, et isiku loobumise ajendiks oli karistusseadustiku regulatsioon, mitte aga muud asjaolud, nagu südametunnistuspiinad, kahetsus jne.¹²² Inimene on emotsionaalne olend ja ei toimi nagu masin, mistõttu pole tema otsused tehtud üksnes ratsionaalse kalkulatsiooni tulemusena.¹²³ Lisaks tuleb arvestada, et kuriteod on sageli toime pandud hetkeemotsioonide, nagu viha või armukadedus, mitte ratsionaalse kaalutluse tulemusel. Arvestades kuriteo toimepanemise situatsiooni ja inimese otsuste tegemise mehhanisme, siis süüteokatsest loobumise ei ajenda eelkõige loobumise regulatsioon, vaid kõik katsesituatsiooni ja inimese emotsionaalset seisundit iseloomustav. Isegi juhul, kui toimepanija on teadlik karistusseadustiku regulatsioonist, ei tarvitse see olla ajend, miks ta jätab kuriteo lõpule viimata.

Iseküsimus on, kas karistusseadustiku regulatsioon loobumise kohta on isikule üldse piisav stiimul, et jätta kuritegu lõpuni viimata. Süüteokatsest loobumise tulemusel ei vastuta toimepanija teo eest, mille ta jättis lõpule viimata, kuid kui toimepandud teos on lõpuleviidud kuriteo tunnused, siis selle eest ta vastutab. Loobumine ei välista kõiki võimalikke negatiivseid tagajärgi toimepanija suhtes, mis võivad üles kaaluda loobumisest tuleva positiivse mõju. Näiteks eluohtliku vigastuse korral võib soov vastutusest vabaneda viia hoopis ohvri tapmiseni, kõrvaldades õigusvastase teo tunnistaja.

Kriminaalpoliitiline teooria satub raskustesse vabatahtlikkuse kriteeriumiga. Kõigil juhtudel, kui ei ole tegemist süüteokatse lõpule viimise objektiivse võimalusega, on õigushüvede ja ohvrikaitse aspektist põhjendatud täiendavalt motiveerida isikut loobumisregulatsiooni kaudu, sest käsitluse keskmes on lisakaitse andmine. Järelikult võiks kohaldada loobumist ka juhtudele, kui isik kartis, et kuriteo avastamisrisk on kavandatust suurem või kuriteoga saadu ei vasta tema ootustele.¹²⁴ Eeltoodu laiendaks aga põhjendamatult loobumise regulatsiooni.

Seoses kõlbmatu katsega tekib üldse küsimus, kas sellele peaks laienema loobumise regulatsioon, sest õigushüvede kahjustamise aspektist ei ole sellisel juhul vaja anda toimepanijale lisamotiivi, et suunata tema otsust jätta kuritegu lõpuni viimata.¹²⁵

Kriminaalpoliitiline teooria ei paku põhjendust, miks toimepanijal puudub süü katsega loodud ebaõiguse osas. Samuti ei suuda teooria selgitada, miks peaks vabastama toimepanija karistusest süüteokatse eest. Põhjendatav oleks üksnes karistuse kergendamine.¹²⁶ See põhineks juba üldisel karistuse mõistmise eeldusel, et toimepanija kahjude vältimisele suunatud käitumine toob kaasa

¹²² J. Sootak. Karistusõigus, lk 493.

¹²³ K. Ulsenheimer. Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis. Berlin: de Gruyter 1976, lk 69.

¹²⁴ S. Koch-Schlegtendal. Die Verhinderung der Vollendung beim strafbefreienden Rücktritt. Frankfurt: Peter Lang 2012, lk 43.

¹²⁵ K. Ulsenheimer, lk 73.

¹²⁶ K. Ulsenheimer, lk 74.

karistuse kergendamise, kuid ei ole kuidagi seotud loobumise regulatsiooniga. Lisaks tekib täiendav küsimus, miks laieneb õigushüvede kahjustamist ärahoidva toime regulatsioon üksnes juhtudele, kui tegu pole lõpule viidud. Kui aga tegemist oleks formaalse deliktiga, millega hoitakse ära õigushüve kahjustamine, mis ei ole küll kuriteokoosseisu osa, siis käsitab seadus seda teistmoodi.¹²⁷

Kuldse silla teooria antud selgitused näitavad üksnes, et õiguskorra kaitsmise huvides ei ole põhjendatud isik vastutusele võtta, vaid õigushüvede kaitse aspektist on parem jätta isikule võimalus mõelda ümber ja karistusest pääseda.

2.2.1.2. Ohvrikaitse põhimõte

Õiguskirjanduses on ohvrikaitse põhimõtte esile toodud iseseisvana ja mitte üksnes kui kriminaalpoliitilise teooria osa.¹²⁸ Kannatanu kaitse olulisust on süüteokatsest loobumise põhistamisel toonud esile Saksamaa Liidukohus 19.05.1993 otsuses.¹²⁹ Ohvrikaitse põhimõtte keskpunkt on kannatanu ja eesmärk on säästa tema õigushüvede kahjustamist. Et kaitsta kannatanu õigushüvesid võimalikult suurel määral, võib selle tagamiseks anda toimepanijale võimaluse pääseda seaduses ette nähtud karistusest, kui ta loobub süüteo lõpule viimisest.¹³⁰ Kui kriminaalpoliitilise teooria kohaselt on rõhuasetus anda toimepanijale lisamotiiv, miks jätta kuritegu lõpuni viimata, siis ohvrikaitse põhimõtte järgi on keskpunktis kannatanu ja eesmärk on luua olukord, milles kannatanule tekitatakse võimalikult vähe kahju. Kui kannatanu hüved on jäänud kahjustamata, on kasu konkreetsele ohvrile sellest palju suurem kui süüteo alustaja mistahes karistusest ehk kokkuvõtlikult öeldes lõpp hea kõik hea.¹³¹

Kui karistusõiguse eesmärk on tagada õigushüvede kaitse, siis ohvrikaitse põhimõtte on konkreetsem, määrates kannatanu kui võimaliku kuriteo ohvri, kelle õigushüved on sattunud süüteokatse alustamisega ohtu. Kannatanu kaitse põhimõtte järgi tehakse kindlaks süüteo toimepanija käitumisaktid, mis on vajalikud õigushüvede kaitseks, arvestades juba aset leidnud situatsiooni. Ohvrikaitse põhimõtte kohaselt ei muuda loobumine olematuks süüteokatsega loodud ebaõigust. Süüteokatsest loobumine toob kannatanule suurema kasu kui teo lõpule viimine, mistõttu on põhjendatud isik karistusest vabastada. Järelikult annab kannatanu kaitse põhimõtte süüteokatsest loobumisele põhjendatuse ja tegemist ei ole enam sobimatu võõrkehaga karistusõiguse süsteemis.¹³²

¹²⁷ K. Ulsenheimer, lk 67.

¹²⁸ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/25.

¹²⁹ BGH otsus, 19.05.1993 - GSSt 1/93. – Arvutivõrgus:
<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/93/gsst-1-93.php>.

¹³⁰ H. Wege, lk 29.

¹³¹ I. E. Weinhold. Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch. Nomos: Baden Baden 1990, lk 31.

¹³² I. E. Weinhold, lk 32.

Ohvrikaitse põhimõtte süüteokatsest loobumise põhistamise alusena on pälvunud õiguskirjanduses kriitikat. Põhimõtte ei arvesta süüteokatsest loobumise regulatsiooni, mille kohaselt isik vabastatakse süüst üksnes katsestaadiumi jäänud teo eest, kuid kui tema teos on ka lõpuleviidud kuriteo tunnused, siis nende eest ta vastutab. Võttes aluseks kannatanu kaitse põhimõtte, et võimalikult suurel määral hoida ära suur kahju (näiteks surma põhjustamine), võiks olla põhjendatud juba tekitatud tervisekahjustuse eest vastutusest vabastamine.

Seades eesmärgiks järgida kannatanu huve võimalikult suurel määral, võiks isiku karistusest vabastamine olla põhjendatud formaalsete deliktide korral, mille puhul toimepanija katkestab enne oma käitumise, kui sellega saabub koosseisus mitte ettenähtud tagajärg.¹³³ Näiteks loobub väljapressija oma nõudest. Kannatanukaitse põhimõtte ei suuda anda eristavat kriteeriumi, miks osa juhtudel, kui toimepanija on kannatanu õigushüvedele tekitanud võimalikult vähe kahju, on põhjendatud toimepanija süüst või karistusest vabastamine, kuid teistel juhtudel on tegemist üksnes karistust kergendava asjaoluga. Neile argumentidele võib vastu väita, et seadusandja on piiranud toimepanija ümbermõttlemise aega, ja niipea, kui tegu on lõpuni viidud, siis see enam ei kehti.¹³⁴

Kannatanukaitse põhimõtte satub vastuollu karistusõiguse üldise eesmärgiga tagada karistuse kohaldamisega usk õigusnormide kehtimisse. Karistuse rakendamise kaudu peaks avalduma positiivne üldpreventiivne toime, mis kinnitab õigusnormide kehtimist ja hoiaks ära kuriteo toimepanemise alustamise. Eeltoodu peaks parimal viisil tagama kannatanu huvid, kuna isiku õigushüved ei satukski ohtu. Süüteokatsest loobumise instituut võib hoopis kergendada keelastust üleastumist, sest igal juhul ei pruugi sellele järgneda karistusõiguslik reaktsioon, mille tõttu võib see hoopis suurendada kuriteo ohvrite arvu. Järelikult kerkib küsimus, kas kannatanukaitse põhimõtte kaitseb ohvrit või pigem mitte.¹³⁵

Karistusseadustik näeb loobumisvõimaluse ette ka juhul, kui seost ohvrikaitse põhimõttega ei ole. Mitme toimepanija korral on loobumise eeldused täidetud juhul, kui on tõsimeelselt püütud tagajärge vältida, kuid see ei ole suutnud vältida õigushüve kahjustamist. Samuti on seaduse kohaselt olemas võimalus süüteost loobuda, kui tegemist on nurjunud katsega, kuid toimepanija ei tea sellest ja on veendumusel, et tegu jäi lõpuni viimata tema panuse tõttu. Mõlemal juhul ohvrikaitse põhimõtettest midagi kasulikku ei tehta, sest kui ei ole kannatanut, siis keegi kasu ei saa.¹³⁶ Samas on karistusseadustik ette näinud süüteokatsest loobumise võimalused, mille kohaselt ei lähtu karistusseadustiku loobumisregulatsioon üksnes kannatanukaitse põhimõtettest.

Ohvrikaitse põhimõtet on kritiseeritud ka põhjendusel, et see pole kooskõlas süü karistusõigusliku põhimõttega.¹³⁷ Toimepanijale tehtava etteheite määr peaks olema seotud isiku käitumisega, mitte aga sõltuma kannatanu huvidest. Kuigi

¹³³ H. Wege, lk 31.

¹³⁴ I. E. Weinhold, lk 40.

¹³⁵ H. Wege, lk 30–33.

¹³⁶ E. Weinhold, lk 35.

¹³⁷ I. E. Weinhold, lk 34.

kannatanukaitse põhimõte on üks karistusõiguse eesmäärke, ei saa see toimuda igal võimalikul juhul ja iga hinna eest.¹³⁸ Ohvrikaitse põhimõtte selgitab pigem, miks üldse on vaja karistusõiguslikku instituuti, nagu süüteo katkest loobumine, kuid ei suuda põhjendada, miks ei tule konkreetsele toimepanijale tema tegu ette heita.

Kuigi ohvrikaitse põhimõtte rõhuasetus on kannatanul, siis toimib see eeldusel, et toimepanija teab loobumise vastutust kergendavast mõjust. Nagu juba kriminaalpoliitilise teooria juures nimetatud, ei pruugi toimepanija olla teadlik loobumise regulatsioonist ja samuti võib tema käitumine olla juhitud hoopis teistest motivaatoritest.

Karistusseadustiku regulatsioon ei ole selgitatav üksnes kannatanukaitse põhimõttega. Loobumisregulatsioon kohaldub üksnes kindlatel juhtudel, kui tegemist on süüteo katkestega ja toimepanija jättis vabatahtlikult teo lõpule viimata. Muudel juhtudel, kui õigushüve on jäetud kahjustamata toimepanija teo tulemusel, ei rakendata toimepanija suhtes samaväärseid õiguslikke tagajärgi kui loobumise korral. Samas kohaldub loobumisregulatsioon kõlbmatule katsele, mille korral konkreetne õigushüve ei ole ohus ja kannatanukaitse aspektist ei oleks see vajalik. Loetletud puuduste tõttu on leitud, et ohvrikaitse põhimõtte üksi ei põhjenda süüteo katkest loobumist, vaid seda võib kasutada üksnes lisaargumendina teiste kõrval.¹³⁹ Kannatanukaitse põhimõtte sõnastab, miks on vaja süüteo katkest loobumist. Eeltoodu alusel on kannatanu kaitse põhimõttel oluline roll tõlgendamisargumendina karistusseadustiku regulatsiooni osas ja samuti süüteo katkest loobumise põhistamise teooriate määratlemisel.

2.2.2. Loobumise argumenteerimine karistuse kohaldamise põhjendatuse ja vajalikkuse kaudu

2.2.2.1. Tasu- ja armuteooriad

Tasu- ja armuteooria (*sks Die Verdienstlichkeits- und Gnadentheorie*) käsitlevad süüteo katkest loobumist samuti õiguspoliitilisest vaatepunktist. Need teooriad põhinevad ideel, et toimepanija, kes loobub teo lõpule viimisest, pöördudes tagasi õiguskuuleka käitumise juurde, väärib selle eest riigi poolt reageeringuna karistusest vabastamist. Erinevus nende kahe teooria vahel seisneb aluses, mis välistab toimepanijale karistusõigusliku etteheite tegemise.

Tasu- ehk preemiateooria põhineb ideel, et toimepanija, kes vabatahtlikult loobub teo lõpule viimisest, pöördudes tagasi õiguskuuleka käitumise juurde, väärib selle eest tasu, mis oleks karistusest vabastamine. Tasuteooria suudab selgitada, miks vabatahtlikkus on nõutud eeldusena ja miks ei ole nurjunud katse puhul tegemist loobumisega.¹⁴⁰ Seda teooriat kritiseeritakse, et tegelikult pole toimepanija teos midagi tunnustust väärivat, sest toimepanija on täitnud

¹³⁸ W. Joecks, K. Miebach, § 24/27.

¹³⁹ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/26.

¹⁴⁰ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/12.

üksnes seaduses ettenähtud kohustuse ja asunud seda niigi täitma hilinemisega, sest oli alustanud süüteokatse toimepanemist.¹⁴¹ Tuleb arvestada, et isik täidab kohustust mitte toime panna kuritegusid, õigusvastastest tegudest hoidumise eest õigusaktid preemiat ette ei näe. Võrdluseks tuuakse tsiviilõiguse regulatsioon, mille kohaselt ei näe õigusaktid võlga tasuvale võlgnikule kohustuse täitmise eest ette tasu või eraldi kiitust.¹⁴² Siiski saab nimetatud kriitikale vastu väita, et karistusõigusele ongi omane käsitada toimepanija tegusid, mis on suunatud kahju hüvitamisele ja raskete tagajärgede vältimisele, isiku vastutust kergendava asjaoluna. Küsimus on antud juhul selles, kui kaugele saab minna nimetatud põhimõtte kohaldamisega ja millised oleksid argumendid nii laiale käsitlusele tasumisest, nagu seda teeb preemiateooria.¹⁴³

Armuteooria kohaselt ei heideta toimepanijale süüteokatset ette, sest süüteokatsest loobumisega on toimepanija näidanud, et talle on põhjendatud teostatud ebaõiguse osas armu anda.¹⁴⁴ Armuandmise alus ei ole toimepanija tunnustuväärne tegu ning armuandmine ei nõua eeldusena õigluse taastamist ja see ei sõltu objektist, kelle üle otsustatakse, s.o isiku teost ja seda iseloomustavatest asjaoludest.¹⁴⁵ Erinevus tasu ja armuteooria vahel seisneb aspektis, mida rõhutatakse isiku karistust välistava asjaoluna – tasu või andestus. Armuteooria väldib kriitikat, mis sai osaks preemiateooriale, ja ütleb, et süüteokatsest loobumine väärrib tasu. Armuteooriale heidetakse ette, et see ei suuda selgitada, miks on toimepanija süü välistatud üksnes siis, kui on täidetud seaduses sätestatud loobumiseeldused.¹⁴⁶ Nimetatud argumendile saab küll vastu väita, et karistus-seadustiku sättega on seadusandja, määrares armu andmise olukorrad, pannud õiguse rakendajale kohustuse anda süüteo toimepanijale armu, kui on täidetud seaduses toodud alused.

Nii armu- kui ka preemiateooria puhul on kõige teravamini kritiseeritud kummagi teooria suutmatust anda vastus küsimusele, miks ei tule toimepandud süüteokatset isikule ette heita. Kuigi need teooriad põhjendavad, et kui on täidetud seaduses sätestatud eeldused, tuleb süüteo toimepanijale armu anda või teda premeerida, jääb vastuseta küsimus, mis on isiku karistusest vabastamine. Nimetatud teooriad üksnes kirjutavad ümber seaduse teksti.¹⁴⁷

Tasumise ehk premeerimise põhjuseid on püütud selgitada väitega, et loobudes kuriteo lõpule viimisest, on kadunud katseteoga loodud õigust kõigutav mõju. Nimetatud väitega ei tooda juurde midagi uut, millega põhjendada süüteokatsest loobumise seisukohti, sest see väide on kajastatud karistuseesmärgi teoorias. Sel põhjusel ongi preemiateooria kohta väidetud, et õigupoolest on tegemist karistuse eesmärgi teooria rudimendiga, kuivõrd preemiateooria ei

¹⁴¹ H. Wege, lk 25.

¹⁴² W. Joecks, K. Miebach, lk 929.

¹⁴³ K. Ulsenheimer, lk 78.

¹⁴⁴ P. Bockelmann. Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig? –NJW 1955, lk 1420.

¹⁴⁵ K. Ulsenheimer, lk 77.

¹⁴⁶ K. Ulsenheimer, lk 77.

¹⁴⁷ M. Bergamann. Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB. Heidelberg: C. F. Müller 1988, lk 149.

anna juurde ühtegi iseseisvat põhjust, miks süüteokatsest loobumisel ei ole vaja isikut karistada.¹⁴⁸

2.2.2.2. Karistuseesmärgi teooria

Karistuseesmärgi teooria lähtub eeldusest, et karistuse mõistmine peab olema põhjendatud ja vajalik karistuseesmärkide täitmiseks.¹⁴⁹ Süüteokatsest loobumise korral ei ole põhjendatud teo toimepanijat karistada, sest süüteokatsest loobumisega on isik näidanud, et karistuse mõistmise eesmärgid on tema suhtes täidetud ilma karistust kohaldamata.¹⁵⁰ Sellest aga ei nähtu, millele tuginedes näitab süüteokatsest loobumisele vastav käitumine, et karistuse eesmärgid on süüteo toimepanija suhtes täidetud – nimetatud probleemile vastuse leidmine ongi karistuseesmärgi teooria keskne küsimus.

Põhiargument, millega põhistatakse karistuseesmärkide täidetust, on toimepanija kuritegeliku tahte vähenemine intensiivsuse. Isik küll alustas süüteo toimepanemist ja astus üle seadusega lubatu piiri, kuid loobumisega on ta näidanud, et tema kuritegelik tahe ei olnud nii tugev, et kuritegu lõpuni viia ning seega puudub eri- ja üldpreventiivsetest kaalutlustest vajadus isikut karistada.¹⁵¹ Kui süüteokatset alustama hakates ohustas isik õiguskorda, siis loobudes süüteo lõpule viimisest on õigushüve jäänud kahjustamata ja selle tegevuse õigustkõigutav mõju on likvideeritud edasise hea käitumisega. Järelikult põhineb karistuseesmärgi teooria sisult samadel eeldustel kui süüteokatse algust põhistav muljeteooria, mille kohaselt on süüteokatse karistatavuse aluseks keskmisel vaatlusel tekkinud õiguskorra kõigutamise mulje.¹⁵² Nimetatud seisukohta on käsitletud ka Saksa Liidukohtu lahendis kuupäevaga 28.02.1956.¹⁵³

Karistuseesmärgi teooria põhistamisel on rõhutatud erinevaid aspekte, mida võib jagada kaheks: toimepanija vabatahtlikus loobumises ilmnenud vähenemine kuritegelik tahe, mistõttu puudub eripreventiivne aspekt, või hoopis õigustkõigutava mulje likvideerimine ja karistamise üldpreventiivse aspekti ära jäämine.¹⁵⁴

Eripreventiivsest aspektist leitakse, et loobumisega on toimepanija näidanud, et on pöördunud tagasi õiguskuuleka käitumise juurde ja teda ei ole vaja karistada. Nende seisukohtadega ei nõustuta, sest kuigi süüteokatsest loobudes mõtles isik ümber, lubas tema õigusteadvus tal lubatu ja keelatu piiri ületada ning seega pole kindel, et ta edaspidi hoidub õigusvastasest käitumisest. Süü-

¹⁴⁸ C. Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil II, lk 485.

¹⁴⁹ H. Wege, lk 35.

¹⁵⁰ M. Bergmann. Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch? – ZStW (1988)100, lk 334 jj.

¹⁵¹ H. H. Jescheck, T. Weigend. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot 1996, lk 539.

¹⁵² A. Schönke, H. Schröder, § 24/2b.

¹⁵³ Saksamaa Liidukohtu otsus 28.02.1956 – 5 StR 352/55- NJW 1956, 718–719

¹⁵⁴ H. Wege, lk 37–38.

teokatse etteheite eelduseks on asjaolu, et subjektiivse koosseisuga on hõlmatud kogu objektiivne külg ning seega ei saa süütegu alustades olla toimepanija kuritegelik tahe väiksem kui sellel isikul, kes otsustas teo lõpuni viia.¹⁵⁵ Karistuseesmärgi teooria ei too välja konkreetselt, mida peab toimepanija tegema, millest lähtuvalt on põhjendatud tema mittekaristamine.¹⁵⁶

Süüteokatsest loobumine on sageli seotud juhuslike asjaoludega, mis ei näita, et kuritegelikud motiivid oleksid muutunud. Seda seisukohta iseloomustatakse näitega, et juhul kui isik loobub konkreetse kuriteo toimepanemisest, sest ta saaks panna toime veel tasuvama teo, ei ole muutunud tema kuritegeliku tahte intensiivsus, vaid see on üle kandunud teisele kuriteole.¹⁵⁷ Nimetatud seisukohale saab küll vastu väita, et toimepanija otsust tuleb vaadata üksnes konkreetse kuritegeliku käitumise juures, aga mitte tema järgnevate tegude korral ja toimepanija vastutuse üle tuleb otsustada kummalgi korral eraldi. Kuigi sel viisil on esile toodud toimepanija süüteokatsest loobumise vabatahtlikkus, ei näita see samas tema tahte vähest kriminaalset intensiivsust.¹⁵⁸ Seejuures tuleb arvestada, et vabatahtlikkus pole seotud toimepanija motiivide eetilisusega. Samuti võib väita, et arvestades, et toimepanija kuritegeliku tahte vähene intensiivsus peaks näitama eripreventiivsete eesmärkide täidetust, on raske piirata otsust üksnes asjaoluga, et isik loobus vabatahtlikult. Tuleb arvestada, et preventiivsete eesmärkide täitmise tuvastamine ei piirdu ainult konkreetset tegu iseloomustavaga, vaid ka pärast tegu iseloomustava käitumisega. Karistuseesmärgi teooriale heidetakse ette, et see ei ole kooskõlas karistusseadustiku sõnastusega.¹⁵⁹ Karistusseadustiku kohaselt ei ole loobumise eelduseks tuvastada muudatus süüte toimepanija kuritegelikus tahtes, vaid piisab, kui tegu on vabatahtlikult jäetud lõpule viimata. Karistuseesmärgi teooria kohaselt ei ole loobumise tingimused täidetud, kui toimepanija otsustab jätta teo lõpuni viimata, et panna toime tegu, millega oleks võimalik saada kuritegelikku tulu veel rohkem. Seaduse kohaselt oleks loobumise eeldused täidetud. Eeltoodud kriitika tõttu on väidetud, et aluseks ei tule võtta süüte toimepanija kuritegeliku tahte vähenemine, vaid lähtuda tuleb kontrollimise põhimõttest, mida hinnata käitumisakti lõpuleviimisel, mitte aga siis, kui toimepanija on kuritegeliku teo realiseerimise osas veel poole peal. Juhul kui toimepanija otsustab enne koosseisu realiseerimist, et jätab kuriteo lõpule viimata, siis järelikult on ta teinud seda, mida seadus talt nõuab ja näidanud, et karistuseesmärgid on tema suhtes täidetud. Nimetatud käsitus on küll kooskõlas seaduse nõuetega, kuid ei anna vastust, miks loetakse sellise ümbermõtleamise korral karistuse eesmärgid täideks.¹⁶⁰

¹⁵⁵ K. Ulsenheimer, lk 81.

¹⁵⁶ C.-J. Gores. Der Rücktritt des Tatbeteiligten. Berlin: Duncker und Humblot 1982, lk 152.

¹⁵⁷ W. Joecks, K. Miebach, § 24/36.

¹⁵⁸ W. Joecks, K. Miebach, § 24/38.

¹⁵⁹ R. D. Herzberg. Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch. Von der Strafzwecklehre zur Schuldverfüllungstheorie – Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987. Berlin: de Gruyter 2001, lk 330.

¹⁶⁰ R. D. Herzberg. Zum Grundgedanken des 24 StGB. – NSTZ 1989, Heft 2, lk 50.

Erialakirjanduses kritiseeritaksegi karistuseesmärgi teooria puhul eripreventiivse karistuseesmärgi täitmise ennustamatust ja selle tuginemist üksnes õiguslikul optimismil, mis ei põhine empiirilistel uuringutel.¹⁶¹

Üldpreventiivsete karistuseesmärkide täidetust põhistatakse argumentidega, mille kohaselt toimepanija, kes loobub süüteokatse lõpuleviimisest, on teistele isikutele hea näide, sest ta on demonstreerinud, et karistusõigusnorm, mille ta oma käitumisega kahtluse alla seadis, ikkagi kehtib, kuivõrd otsustab lõpuks ikkagi normi täitmise kasuks.¹⁶² Üldpreventiivsete karistuseesmärkide täidetust kritiseeritakse samast aspektist kui eripreventiivseid kaalutlusi. Nimelt väidetakse, et tegelikult pole teada, kuidas mõjutab toimepanija süüteokatse ja sellele järgnev loobumistegu ühiskonnaliikmete ususse õigusnormi kehtivuse osas.¹⁶³ Modifitseeritud karistuseesmärgi teooria esindajad väidavad vastu, et üldpreventiivsete eesmärkide täidetust ei tulegi konkreetselt empiiriliselt tuvastada. Seadusandja, sätestades süüteokatsest loobumise, on otsustanud, et süüteokatsest loobumisel ei ole põhjendatud selle toimepanijat karistada, kuna üldpreventiivsed aspektid on täidetud.¹⁶⁴ Üldpreventiivsetest karistuseesmärkidest lähtuvat otsust ei tehta üksikolukorra põhjal, vaid tegu on seaduses väljendatud tüüp hinnanguga, normatiivse otsusega, mille on teinud seadusandja.¹⁶⁵ Seda selgitust kritiseeritakse põhjendusel, et tegelikult kirjeldab see üksnes normi teksti ümber, kuid ei põhjenda, miks seadusandja on niimoodi otsustanud. Õigusdogmaatiline seletus peaks pakkuma põhjendusi vaidlusküsimustele ja abistama seeläbi seadusandjat.¹⁶⁶

Isegi kui nõustuda väitega, et loobumisel väheneb preventiivsetest kaalutlustest tulenev karistamisvajadus, jääb ikkagi selgusetuks, miks peaks isiku jätmata üldse karistamata ja miks ei piisa üksnes karistuse kergendamisest. Samuti ei suuda karistuseesmärgi teooria näidata, mis erinevus on kahju heastamise teol ja loobumisteol, ometi õiguskord neid ühtemoodi ei käsitle.

Karistuseesmärgi teooriat kritiseeritakse lisaks põhjendusel, et jääb selgusetuks, kuidas saab loobumistegu mõjutada juba toime pandud süüteokatset, millel on iseseisev ebaõigussisu.¹⁶⁷ Seda seisukohta püütakse päästa väitega, et süüteokatset ja loobumist ei tule vaadata eraldi, vaid nad moodustavad ühtse terviku, mille tõttu on põhjendatud väita, et loobumisega on vähendatud õiguskorra kõigutamisel mulje määra.¹⁶⁸ Samas ei ole karistuseesmärgi teooria

¹⁶¹ C. Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil II, lk 479.

¹⁶² H. Schall. Zum Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz und wiederholbarer Ausführungshandlung trotz Zielerreichung. –Jus 1990, lk 628,630.

¹⁶³ I. E. Weinhold. Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch. Nomos: Baden-Baden 1990, lk 21.

¹⁶⁴ R. D. Herzberg. Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, lk 335.

¹⁶⁵ H. Wege, lk 39.

¹⁶⁶ R. D. Herzberg. Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, lk 335.

¹⁶⁷ K. Ulsenheimer, lk 79.

¹⁶⁸ K. Ulsenheimer, lk 85.

esindajad esile toonud ühendavat lüli, mille tõttu peaks süüteokatset ja hilisemat loobumistegu vaatlama ühtse tervikuna, kui loobumisteho tulemusena pole süüteokatset justkui olnudki.¹⁶⁹ Eeltoodu alusel aga puuduks juba koosseis ja õigusvastasus ega kerki küsimust karistamisest.

Karistuseesmärgi teooria kriitikast lähtuvalt on oma käsitluse esitanud U. Murmann, kes on seisukohal, et süüteokatset ja loobumist tuleb vaadata koos. Täpsemalt loobumine peab mõjutama süüteokatse karistamisväärsust. Süüteokatsest loobumisega on toimepanija pöördunud õiguse juurde ning taastanud süüteokatsega kahjustatud õigussuhted.¹⁷⁰ Lähtuvalt eeltoodust ei ole põhjendatud toimepanijat karistada. U. Murmanni käsitlusele heidetakse ette, et kirjeldatakse süüteokatsest loobumise mõju, ent ei ole välja toodud, mis on aluseks sellisele tähenduse andmisele.¹⁷¹

K. Wege on eeltoodud etteheidetest lähtuvalt pakkunud välja põhistuse, mis näitab karistuseesmärkide täidetust süüteokatsest loobumisel. K. Wege lähtub eeldusest, et nii katse kui ka lõpuleviidud teo korra avaldub ebaõigus ühtemoodi õigusnormi rikkumises.¹⁷² Karistusõigusliku sanktsiooninormi eesmärk on kinnitada õigusnormide kehtimist ja näidata, et kommunikatsiooniprotsessis on valesti käitunud kuriteo toimepanija.¹⁷³ K. Wege jõuab seisukohani, et juhul kui toimepanija loobub süüteokatsest, kompenseerib ta oma õigusnormivastase käitumise, tuues oma käitumisega välja, et on toiminud valesti ja õigusnormid kehtivad.¹⁷⁴ Usaldusväärsus on taastatud loobumistega siis, kui on täidetud järgmised tingimused: tagajärje saavutamise võimalikkus, toimepanijal on sündmuste üle kontroll, toimepanija annab panuse tagajärje ärahoidmisesse ja vabahtlikkus. Eeltoodu alusel saab väita, et kuigi toimepanija süüteokatset teoks tehes näitas, et õigusnormide kehtimine on seatud kahtluse alla, on ta loobumistega näidanud, et õigusnormid kehtivad. Järelikult on ta loobumistega vähendanud oluliselt üld- ja eripreventiivseid aspekte karistamiseks.¹⁷⁵

K. Wege käsitlus annab küll vastuse, miks süüteokatsest loobumisel on põhjendatud toimepanijat mitte karistada, kuid samas pole käsitluses kajastatud, mille poolest loobumistegu erineb tegevkahetsusest pärast kuriteo lõpuleviimist, arvestades, et koosseisu realiseerimiseks ei ole alati vajalik kahjuliku tagajärje realiseerimine. K. Wege käsitluse kohaselt on nii lõpuleviidud teo kui ka süüteokatse korral karistamise alus ühesugune ja selleks on õigusnormi rikkumine. Järelikult ei nähtu K. Wege käsitlusest süüteokatse spetsiifilist aspekti seoses loobumisega, vaid on näidatud üksnes, milline tähendus on toimepanija hilisemal teol juba realiseeritud ebaõiguse suhtes.

¹⁶⁹ U. Berz. Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsguterschutz: Eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten. München: Beck 1986, lk 24.

¹⁷⁰ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, lk 28.

¹⁷¹ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/27.ä

¹⁷² K. Wege, lk 147.

¹⁷³ K. Wege, lk 146.

¹⁷⁴ K. Wege, lk 85.

¹⁷⁵ K. Wege, lk 146 jne.

2.2.2.3. Kohustuse täitmise teooria

Kohustuse täitmise teooria (sks *Schulderfüllungstheorie*) on välja töötatud R. Herzberg. Selle teooria kohaselt on põhjendatud toimepanija karistusest vabastada, kui ta on heastanud süüteoga loodud ebaõiguse ja täitnud sellega õigusnormi pandud kohustuse vältida õigushüvede kahjustamist.¹⁷⁶

Kohustuse täitmise teooria aluseks on tsiviil- ja haldusõiguses kehtiv põhimõte, mille kohaselt isiku suhtes, kes täidab talle pandud kohustuse, on alusetu teha ettekirjutust. Sund pole õiguskorras eesmärk iseenesest, vaid vahend, millega mõjutada inimesi õigusnorme täitma. Kui õigusaktides nimetatud kohustusi vabatahtlikult täidetakse, ei ole vajadust kohaldada lisameetmeid.¹⁷⁷

Siiski ei ammendu sunni tähendus õiguskorras ainult sellega, et konkreetne isik suunata õigusnormi täitma, vaid see võib kanda lisaks üldpreventiivsed kaalutlusi, mille kohaselt on põhjendatud kohaldada sundi juba õigushüve ohtu asetamisel, kusjuures ei oma tähtsust, kas õigushüve reaalselt kahjustatakse. Sel juhul on sunni eesmärk anda märku, et juba õigushüve kahjustamisele suunatud käitumine on väär ja võimalike kahjude ärahoidmine ei välista sunni kohaldamist. Sätteks, kus preventiivsed kaalutlused on olulisemad kui olukorra heastamine, on näiteks Saksa tsiviilseadustiku § 1667, mille kohaselt on vanematel keelatud mistahes viisil ohustada lapse vara ning ohustamise edasiseks ärahoidmiseks kohaldatavate meetmete kulud tuleb hüvitada vanemal, kelle tegude tõttu oli vajalik neid rakendada.¹⁷⁸ Sarnane regulatsioon on sätestatud ka Eesti Vabariigi perekonnaseaduse §-s 134, mis käsitleb lapse heaolu ohustamist ja võimaliku ohu korral rakendatavaid meetmeid.¹⁷⁹

Kummal viisil sundi konkreetsel juhul kasutatakse, kas olulisemad on üldpreventiivsed kaalutlused või suunamine heastama loodud ebaõigust ja vältima kahjude tekitamist, on seadusandja otsus. Kuivõrd karistusõigus on osa õiguskorrast, on põhjendatud lähtuda teiste õigusharude põhimõtetest, arvestades sealjuures karistusõiguse eripära.¹⁸⁰ Süüteokatses loobumise korral on seadusandja pidanud olulisemaks vältida õigushüve kahjustamist. Karistuse kui sunnivahendi eesmärk on kaitsta õigushüvesid ning kui toimepanija hoiab ära õigushüve kahjustamise, pole vajadust teda karistada. Karistusõiguses tuleb süüteokatses vabatahtlik loobuja vabastada riikliku sunni ettekirjutusest, s.o karistusest, sest ta täitis kohustuse süütegu mitte lõpule viia ja ära hoida kahjulik tagajärg, heastades seeläbi kuriteoga tekitatud kahju.¹⁸¹

¹⁷⁶ R. D. Herzberg. Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, lk 349.

¹⁷⁷ R. D. Herzberg. Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, lk 345.

¹⁷⁸ R. D. Herzberg. Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, lk 345.

¹⁷⁹ Perekonnaseadus. – RT I 2010, 22, 108 ... RT I, 06.12.2014, 1.

¹⁸⁰ R. D. Herzberg. Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, lk 364.

¹⁸¹ R. D. Herzberg. Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, lk 349.

R. Herzberg võtab aluseks süüteokatses loobumist reguleeriva normi ja leiab, et lisapõhjendused selle regulatsiooni põhjendamiseks ei ole vajalikud. Õigusnorm esitab lahenduse õiglasest olukorrast, milleks süüteokatses loobumisel on toimepanija jätmine karistusest – nimelt on järgitud nii kannatanu huve kui ka asjaolu, et õigushüve jäi kahjustama. Õigusnormist väljapoole jäävad selgitused, nagu tasumisidee või karistuseesmärkide täidetud, ei anna selgust, vaid pigem risustavad teooriaid argumentidega, millele ei suudeta kinnitust leida.¹⁸² Lisaks on kohustuse täitmise teooria kohaselt tähtis õigushüvede kahjustamise aspekt, mis eristab loobumistegu toimepanija kahju heastavast käitumisest, mis on tehtud pärast süüteo lõpuleviimist. Viimasel juhul on õigushüve kahjustatud ja kõne alla saab tulla üksnes karistuse vähendamine, võttes aluseks preventiivsed kaalutlused.¹⁸³

Kohustuse täitmise teooriat kritiseeritakse, kuna see viitab põhjendatuse osas üksnes seadusandja tahtele ega too esile ühtegi lisaargumenti, mis selgitaks, miks seadusandja on otsustanud toimepanija jätta karistusest.¹⁸⁴ Karistusseadustiku kohaselt on toimepanija kahju heastaval teol küll tähendus, kuid see ei too kaasa mittekaristamist.¹⁸⁵

Kohustuse täitmise teooria ei selgita, miks pole süüteost loobumisel põhjendatud karistada isikut süüteokatse eest, mis on iseseisev delikt lõpuleviidud teo kõrval. Õiguskord paneb isikule lisaks kohustusele vältida õigushüve kahjustamist ka kohustuse hoiduda süüteokatse alustamisest. Küsimus ongi, kuidas saab mõjutada juba rikutud kohustust, vältides järgmise kohustuse rikkumist.¹⁸⁶ Siinjuures tuleb arvestada karistusõiguse eripära võrreldes tsiviilõigusega, kus kohustuse täitmise eesmärk on järgida võlausaldaja varalisi huve ja taastada tema varaline seisund, kuid karistusõiguses ei ole kahju heastamisel sellist tähendust, mis kõrvaldaks juba toimepandud teo ebaõiguse.¹⁸⁷

Lisaks ei ole tsiviilõiguslikul kahju heastamisel tähtis isiku otsuse vabatahtlikkus ja asjaolu, kas ta on täitnud kohustuse ise või on seda teinud keegi teine tema eest. Oluline on tulemus, et võlausaldajale on võlg tasutud. Karistusõiguses ei täida süüteokatse lõpule viimise tingimusi üksnes õigushüve kahjustamise ärajäämine, vaid see peab olema toimepanija teo tulemus või ta peab seda tõsi meeli püüdnud olema, lisaks on nõutud vabatahtlikkuse kriteerium. Järelikult pole võimalik üks-ühele lähtuda tsiviilõiguslikust kohustuse täitmise põhimõttest, kuna sel juhul poleks arvestatud süüteokatsest loobumise eeldustega, mis on nimetatud karistusseadustikus.¹⁸⁸

Kohandades kohustuse täitmise põhimõtet karistusõigusele, on väidetud, et kohustus on täidetud üksnes juhul, kui on järgitud seaduses sätestatud süüteo-

¹⁸² R. D. Herzberg. Zum Grundgedanken des 24 StGB, lk 53–54.

¹⁸³ R. D. Herzberg. Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch 366.

¹⁸⁴ C. Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil II, lk 486.

¹⁸⁵ Eesti karistusseadustikus on vastav säte § 57.

¹⁸⁶ H.-J. Rudolphi. Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbemühen. – NSTz 1989, Band 9, Heft 11, lk 511.

¹⁸⁷ H. Wege, lk 28.

¹⁸⁸ C. Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil II, lk 487.

katsest loobumise eeldusi: vabatahtlikkus ja toimepanija tegu, mis on suunatud tagajärje vältimisele.¹⁸⁹ Nimetatud täiendused kohustuse täitmise põhimõtte kohta lisavad karistuse preventiivsed kaalutlused.¹⁹⁰ Toimepanija täidab kohustuse üksnes konkreetset viisil toimides, mis näitab, et kohustuse täitmine iseenesest ei täida mittekaristamise tingimusi, vaid vajalik on, et täidetud oleksid ka preventiivsed eeldused.¹⁹¹ Sellise tõlgendusviisi korral on tegu aga sisult tagasi-pöördumisega karistuseesmärgi teooria poole, sest põhjuseks, miks toimepanijat ei tule süüteokatses eest karistada, on preventiivsete eesmärkide täidetud.¹⁹²

R. Herzbergi selgituse kohaselt on preventiivsetel kaalutlustel tähendus üksnes kohustuse täitmise viisi määramisel. Nii piiratakse kohustuse täitmise põhimõtte tähendust ja see saab karistusõigusele omase sisu.¹⁹³ Toimepanija mittekaristamine põhineb siiski asjaolul, et see ei ole vajalik õigushüvede kaitse aspektist, mitte preventiivsetel kaalutlustel.¹⁹⁴

Kokkuvõtvalt võib märkida, et kohustuse täitmise teooria toetub õiguskorras omaks võetud konkreetsele põhimõttele ja juriidilistele argumentidele, püüdes vältida karistuseesmärgi teooria hinnangulisust ja oletuslikkust preventiivsete kaalutluste selgitamisel. Samas ei suuda kohustuse täitmise teooria süüteokatses loobumist põhistada üksnes kohustuse täitmise ja õigushüve kaitse kaudu, kuna sellega pole võimalik näidata vabatahtlikkuse ja toimepanija panuse olulisust, mistõttu tuginetakse ikkagi preventiivsetele kaalutlustele.

2.2.3. Katsespetsiifilised loobumise põhjendatuse teooriad

2.2.3.1. Ühtsusteooria

Ühtsusteooria (sks *die Einheitstheorie*) kohaselt tuleb nii süüteokatset kui ka sellest loobumist käsitada tervikteona ja mitte kahe iseseisva teona, millel kummalgi eraldi vaadatuna on karistusõiguslik tähendus. Süüteokatse algusmomen-dil avaldunud õigusvaenulik tahe on vabatahtliku loobumise kaudu muutunud õigustruuks meelsuseks. Tegu on ühtse tervikliku käitumisaktiga, millele seadusandja peab andma hinnangu.¹⁹⁵ Süüteokatse ja loobumise koos käsitlemine pärineb õigusteooriast, mille tulemusel puudub loobumisel katse õigus-

¹⁸⁹ R. D. Herzberg. Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen, 351.

¹⁹⁰ C. Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil II, lk 487.

¹⁹¹ C. Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil II, lk 487.

¹⁹² H. Wege, lk 29.

¹⁹³ R. D. Herzberg. Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, lk vt täpsemalt lk 351.

¹⁹⁴ R. D. Herzberg. Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, lk 366.

¹⁹⁵ D. Lang-Hinrichen. Bemerkung zum Begriff der „Tat“ im Strafrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Straffzumessung, des Rücktritts und tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme (Normativer Tatbegriff). – Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag. Frankfurt am Main: V. Klostermann 1969, lk 371.

vastasus.¹⁹⁶ Ühtsusteooria on nimetatud käsitlust edasiarendanud, näidates konkreetsemalt, milline tähendus on loobumisel süüteokatse suhtes.

Katse ja loobumise ühtsena käsitlemine ei tähenda, et loobumistegu kompenseeriks katsetegu või asetaks selle uude valgusesse.¹⁹⁷ Järelikult argumentidel, nagu premeerimine, annulleerimine jms, mis näitavad, kuidas loobumistegu mõjutab katsetegu, pole ühtsusteooria aspektist tähendust.¹⁹⁸ Käsitledes süüteokatset ja loobumist ühe teona, ei saa väita, et kõigepealt on isik toime pannud karistatava teo – süüteokatse – ja seejärel antakse loobumisteo põhjal isiku käitumisele uus hinnang. Ühtsusteooria kohaselt ei anta süüteokatsele ja loobumisele kui ühe teo eri aspektidele eraldi hinnangut, mistõttu pole tähendust ka küsimusel, kuidas mõjutab eraldiseisvalt karistatav tegu süüteokatset ja sellele järgnevat loobumistegu.¹⁹⁹

Hinnangu andmisel on seadusandjal tervikteooriat aluseks võttes vabad võimalused, sest tervikkäsitlusest endast ei tule otsest lahendust, kuidas tuleb süüteokatset ja sellele järgnevat loobumist näha. Järelikult on avatud võimalus nii karistusest vabastamisest karistuse vähendamiseni kui ka võimalus jätta vastutusele üldse võtmata, sest on seadusandja otsustada, millise hinnangu ta süüteokatsele ja loobumisteole kui ühele kompleksteole annab. Nimelt pole üheselt kindlaks määratud, millal on tegu karistamisväärne, vaid seadusandjal on seejuures otsustusruum. Seega pole süüteokatsest loobumine süüteo koosseisu, õigusvastasuse ega süü element, vaid küsimus on süüteokatse ja loobumise kui ühe konkreetse ja tervikliku käitumisakti karistamisväarsusest.²⁰⁰

Järelikult ei ole ühtsusteooria puhul raskuspunkt selles, kuidas mõjutab loobumistegu katsetegu, vaid mille alusel on põhjendatud siduda süüteokatse ja loobumine üheks teoks. D. Lang-Hinrichsen võtab aluseks teo normatiivse käsitluse. Tegu tuleb sõnastada teleoloogiliselt ja tegu hõlmab kõiki käitumiseakte, mis on olulised tervikhinnangu andmisel. Nimetatud asjaolude kogum on laiem kui üksnes koosseisuline tegu ning võib olenevalt asjaoludest hõlmata eelnenud ja järgnenud käitumist, mis on seotud konkreetse kuritegeliku käitumisega. Ühtsusteooria kohaselt tuleb süüteokatse ja sellest loobumise üheks teoks arvamisel lähtuda normatiivsest ja mitte naturaalsüüholoogiliselt käsitlusest. Kuigi katseteo ja loobumisteo korral võib tegemist olla üksteisest süüühiliselt lahutatud aktidega, siis hinnanguline käsitlusviis ei ole sellega seotud ja neid tegusid võib käsitada kui tervikut. Lähtuda tuleb teole tagantjärele ehk *ex post* antud hinnangust, mis arvestab kõiki teo olulisi aspekte.²⁰¹

Süüteokatse ja loobumise käsitlemisel ühe teona on süüteost loobumisel põhjendatud teha täideviija ja osavõtjate suhtes erinev karistusõiguslik etteheide. Kui süüteokatsest loobub täideviija, siis tema käitumisele tervikhinnangu

¹⁹⁶ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/6.

¹⁹⁷ D. Lang-Hinrichsen, lk 372.

¹⁹⁸ D. Lang-Hinrichsen, lk 373.

¹⁹⁹ D. Lang-Hinrichsen, lk 373.

²⁰⁰ D. Lang-Hinrichsen, lk 372–374.

²⁰¹ D. Lang-Hinrichsen, lk 366–374.

andmisel moodustavavad katse ja sellele järgnev loobumine ühe terviku, kuid osavõtja puhul on tähendus üksnes katseteol, sest tema käitumisel pole seost loobumisega ja järelikult pole sel talle etteheite tegemisel tähendust.²⁰²

Ühtsusteooria suudab selgitada süüteokatsest loobumist nii lõpetamata, lõpetatud katse kui ka kõlbmatu katse korral, peale selle on lisatud erisus, kui teo paneb toime mitu isikut. Samuti on seejuures antud oluline roll vabatahtlikkusele kui loobumise olulisele asjaolule, sest see mõjutab isiku käitumisele antud tervikhinnangut, olles oluline aspekt isiku käitumise mõjutamisel.

Ühtsusteooria on kogu loobumisregulatsiooni selgituse rajanud väitele, et süüteokatset ja loobumist tuleb käsitada ühe teona. Nimetatud aspektist käsitlust kritiseeritakse, kuna jääb ebaselgeks, millel põhineb süüteokatse ja sellest loobumise lugemine üheks teoks.²⁰³ Ühtsusteooria püüab anda selgituse tervikhinnangu kaudu, mis on aluseks isikule karistuse mõistmisel, võttes arvesse kahju heastamist pärast teo toimepanemist, mis ei ole koosseisuline tunnus, kuid on tähtis asjaolu ja mõjutab lõpptulemust. Selle põhistuse kaudu püstitab ühtsusteooria uue vastuseta küsimuse, mille poolest erineb süüteokatsest loobumine kahju heastamisest peale süüteo lõpuleviimist.²⁰⁴

Kirjanduses on ühtsusteooriale ette heidetud, et see selgitab süüteokatsest loobumist kui karistuse määra mõjutavat asjaolu, kuid ei suuda põhistada isiku mittekaristamist.²⁰⁵ Süüteokatse on karistusõigusdogmaatikas eraldi delikt, mille eest on ette nähtud iseseisev karistusõiguslik etteheide. Ühtsusteooria ei anna selgitust, kuidas kaob ära etteheide juba toime pandud süüteokatse eest.²⁰⁶ Kriitika on põhjendatud, sest ühtsusteooria ei too välja põhistusi spetsiifiliselt süüteokatse ja loobumise üheks teoks lugemisel, vaid võtab aluseks laiendatud teo käsitluse, mis on aluseks karistuse mõistmisel.

Ühtsusteooria ei paku vastuseid ega argumente, mille alusel põhistada süüteokatsest loobumisel karistuse vähendamist, mittekaristamist või süü puudumist, jättes need küsimused seadusandja otsustada. Ühtsusteooria kirjeldab üksnes seaduse regulatsiooni ega paku argumente, millele tuginedes põhistada konkreetseid karistusõiguslikke järelemeid süüteokatsest loobumisel.

Kokkuvõtvalt võib väita, et ühtsusteooria ei selgita, mille alusel lugeda süüteokatse ja loobumine üheks teoks ning kuidas ja millised argumendid ning missugused karistusõiguslikud tagajärjed on põhjendatud süüteokatsest loobumisel.

Hoolimata eeltoodud kriitikast kannab ühtsusteooria ka olulist ideed. Nimelt on süüteokatsest loobumisel tähtis roll asjaolul, kuidas on seotud süüteokatse ja sellest loobumine ning seda arvestusel, et loobuda on võimalik üksnes süüteokatsest, mitte muudel juhtudel.

²⁰² D. Lang-Hinrichsen, lk 376.

²⁰³ V. Haas. Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt. – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2011, Volume 123, Issue 2, lk 240.

²⁰⁴ V. Haas, lk 240.

²⁰⁵ H.-H. Jescheck/T. Weigend, lk 540.

²⁰⁶ H. H. Boss. Der halbherzige Rücktritt: zum Rücktritt des Alleintäters vom beendeten Versuch. Berlin: Duncker und Humblot 2002, lk 30.

2.2.3.2. Ohu ümberpööramisteooria

C. Jägeri väljatöötatud ohu ümberpööramise teooria (sks *Gefährdungsumkehr*) kohaselt tuleb süüteokatsest loobumise põhjendatuse aluseks võtta süüteokatse, sest loobumine on vahetult seotud süüteokatsega ja võimalik ainult katsest. Süüteokatse karistamise alus on süüteokatse objektiivne ja subjektiivne oht õigushüvele. Loobumise tulemusena kõrvaldab toimepanija süüteokatsest lähtuva ohu õigushüvedele.²⁰⁷ Ohu mõiste kaudu selgitab C. Jäger, mis juhtudel ja millal on võimalik süüteokatsest loobuda ning milles peab seisnema loobumistegu.

C. Jäger avab ohu mõiste üksnes väitega, et oht võib viia tagajärje saabumiseni.²⁰⁸ Oht võib peale õigushüve objektiivse ohustamise seisneda ka õigushüve subjektiivses ohustamises, nimelt toimepanija ettekujutataval ohul õigushüvele. Ohu liigi alusel tehakse kindlaks loobumisteo liik: kui oht on olemas üksnes toimepanija ettekujutuse järgi, on tegu katsega hoida oht ära, kui aga õigushüve on reaalselt ohus, siis on tegu lõpuleviidud ohu ümberpööramisega. Selle liigituse kaudu määratletakse, milles peab seisnema toimepanija loobumistegu. Ohu ümberpööramise teooria järgi ei ole oluline liigitus lõpetatud ja lõpetamata katseks.²⁰⁹

Lõpuleviidud ohu ümberpööramise eelduseks on nii õigushüve tegelik ohustatus kui ka võimalik oht õigushüvele. Tegelik ohustamisega on tegu juhul, kui toimepanija on tagajärje saabumiseks vajalikud käitumisaktid juba teoks teinud, kuid tagajärg pole veel saabunud. Loobumistegu saab sel juhul seisneda üksnes kahjuliku tagajärje ärahoidmises, teisisõnu pöörab toimepanija ümber tema poolt katseteoga õigushüvele loodud ohu. Võimaliku ohustamise korral on õigushüve kahjustamine tegelikult võimalik, kuid toimepanija pole sellest teadlik. Näiteks on isik arvamusel, et on kasutanud ära kõik relvas olevad padrunid, kuid tegelikult on tal kaks kuuli veel alles ja seega on toimepanijal võimalus tegu lõpule viia, kuigi ta ise sellest teadlik ei ole. Õigushüve ohustamine on ohu ümberpööramise teooria kohaselt lõppenud siis, kui toimepanija on lahti öelnud tegevusest, millega võiks ohu õigushüvele tekitada. Eeltoodud näites oleks oht ümber pööratud siis, kui toimepanija on relva ära pannud. Kuni ta pole sellist otsust teinud, on õigushüve reaalses ohus, kuigi toimepanija ei ole sellest teadlik. Juhul kui toimepanija ei ole teadlik teo jätkamise võimalustest ja otsustab katkestada edasise kuritegeliku käitumise, siis näitab see, et loobumine pole olnud vabatahtlik.²¹⁰ Vabatahtlikkuse mõistet sisustab C. Jäger laiemalt kui seda on õiguskirjanduses valitsev arvamus – vabatahtlikkuse objekt on kõik see, mis on seotud, kuidas toimepanija tajub süüteokatse lõpuleviimise võimalikkust, hõlmates ka valitseva arvamuse kohaselt nurjunud katse juhtumid, nagu teo lõpuleviimise mõttetus või võimatus.

²⁰⁷ C. Jäger. Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr. München: Beck 1996, lk 62–63.

²⁰⁸ J. Scheinfeld. Der Tatbegriff des § 24 StGB. Holzkirchen/Obb: Felix, 2006, lk 72.

²⁰⁹ C. Jäger, lk 65, lk 128.

²¹⁰ C. Jäger, lk 67–72, lk 128–129.

Kui õigushüve on reaalselt ohus, siis C. Jägeri kontseptsiooni kohaselt on loobumisega tegu üksnes siis, kui toimepanija pöörab ohu ümber; tõsimeelne püüd vältida tagajärje saabumist loobumise tingimusi ei täida.²¹¹

Juhul, kui oht õigushüvele on olemas ainult toimepanija ettekujutuses, ei saa ka loobumistegu seisneda ohu ümberpööramises, vaid üksnes katses pöörata oht ümber. Ohu ümbermuutmise teooria järgi võib loobumistegu sellisel juhul seisneda toimepanija püüdes tõsimeeli tagajärge ära hoida.²¹² Kuigi C. Jäger kasutab mõistet „tõsimeelne püüdmine tagajärge vältida”, ei ole ta avanud, mida see täpsemalt tähendab, ja mis juhtudel on tegemist olukorraga, kus toimepanija loobumistegu polnud piisav selleks, et jätta ta karistusest.²¹³

Ohu ümberpööramise teooria sisustab seega loobumisele vastavat käitumist isemoodi, olenevalt asjaolust, kas tegemist on reaalse ohuga õigushüvele või ainult ohuga, mida toimepanija on ette kujutanud. Tõsimeelne püüd tagajärge vältida täidab süüteost loobumise tingimused üksnes siis, kui õigushüve on ohustatud subjektiivselt, tegeliku ohustatuse korral ei täida tõsimeelne püüd loobumise tingimusi. Nimetatu viib aga vastuolulisele tulemusele, mis pole seadusega kooskõlas.²¹⁴ Näiteks kui toimepanija andis isikule X, kelle surma ta tahtis põhjustada, ekslikult kommikarbi, milles ei olnud mürki, kuid pärast kommikarbi üleandmist hakkas kahetsema ja helistas X-le, paludes tal kommikarp ära visata, kuigi X oli seda juba teinud, sest ta oli šokolaadile allergiline, siis on toimepanija täitnud loobumise tingimused. Juhul kui samas olukorras oleks üle antud tegelikult mürgitatud kommid, poleks toimepanija loobunud, sest ohu ümberpööramise teooria kohaselt ei täida tõsimeelne püüdmine siis, kui õigushüve on tegelikult ohus, loobumise tingimusi. C. Jäger püüab küll seda kontseptsiooni päästa, väites, et sel juhul on kannatanu või kolmanda isiku käitumine katkestanud sündmuste käigu ja loonud uue sündmuste ahela, mistõttu on tegemist katsega õigushüve ohustada ning seega piisab tõsimeelsest püüdmisest tagajärge vältida.²¹⁵ C. Jägeri selgitusest ei selgu, miks tuleb olukorda käsitada õigushüve ohustamise katsena, sest nii katsetegu alustades kui ka selle toimepanemise ajal on olnud tegelik oht õigushüvele, kuid kahjulikku tagajärge ei hoia ära mitte toimepanija tegu, vaid muud asjaolud. Tõsimeelne püüe hoida ära tagajärg peaks täitma loobumise tingimused, olenemata sellest, kas oht õigushüvele lõppes enne või pärast loobumisteho toimepanemist toimepanijast sõltumatute asjaolude tõttu.²¹⁶

Süüteokatsest loobumisega on tegu juhtudel, kui ohtu õigushüvele pole ei objektiivses ega subjektiivses tähenduses. Ohu ümberpööramise teooria kohaselt ei muuda loobumistegu katset olematuks, vaid pööratakse ümber süüteokatsega kaasnev oht ja kõrvaldatakse suurem võimalik kahju õigushüvele, mis

²¹¹ C. Jäger, lk 65.

²¹² C. Jäger, lk 65–66, lk 129.

²¹³ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24.

²¹⁴ W. Joecks, K. Miebach, § 24/44.

²¹⁵ C. Jäger, lk 98.

²¹⁶ W. Joecks, K. Miebach, § 24/44.

saabuks siis, kui toimepanija otsustaks teo lõpule viia. Eeltoodu kohaselt pole ohu ümberpööramise teooria alusel välistatud õigusvastasus ega süü, vaid tegu on karistamist mõjutava asjaoluga.²¹⁷

Ohu ümberpööramise teooria kohaselt ei näita süüteokatsest loobumine toimepanija väiksemat ohtlikkust ega tagasipöördumist õiguskuuleka käitumise juurde. Loobumine võib olla tingitud toimepanija omakasupüüdlikest eesmärkidest panna toime kuritegu, millega saab rohkem kasu. C. Jägeri kontseptsiooni kohaselt põhistab loobumist objektiivselt või subjektiivselt eksisteeriva ohu ümberpööramisele suunatud tegu, kuid see ei näita aga midagi toimepanija tulevase käitumise kohta ja põhistab karistusest vabastamise üksnes konkreetse süüteokatse korral.²¹⁸ Seadusandja premeerib ohu ümberpööramist karistusest vabastamisega.²¹⁹ Kui veel edasi minna põhjendusega, miks seadusandja toimepanijat premeerib, siis on selles teoorias esile toodud, et puudub tarvidus karistada.²²⁰

Ohu ümberpööramise teooria ei esita põhjendust, miks tuleb süüteokatsest loobumisel toimepanija karistusest vabastada. Sisult on lähtutud samadest seisukohtadest, millel põhineb preemiateooria. Samuti ei anna ohu ümberpööramise teooria uusi selgitusi mittekaristamisele lisaks nendele, mis olid märgitud juba karistuse eesmärgi teoorias.²²¹

Kokkuvõtvalt võib väita, et C. Jäger võtab aluseks ohu mõiste, mille kaudu püüab põhistada nii loobumist kui ka selle eri viise.²²² Kirjeldatud kontseptsioon ei ole kooskõlas seadusega ja on vastuoluline, arvestades süüteokatsete liigitust ja loobumise võimalusi, samuti jääb vastuseta, miks toimepanijat ei tule karistada. Samas on C. Jägeri kontseptsioonis hästi jälgitavalt esile toodud, kuidas on seotud süüteokatse ja sellest loobumine ja millest lähtuvalt tuleb neid koos hinnata, kuigi tegemist on ajaliselt lahutatud käitumisaktidega.

2.2.3.3. Teomuutmisteooria

Teomuutmisteooria (sks *die Tatänderungstheorie*) käsitluse on väja töötanud G. Jakobs. Käsitus lähtub eeldusest, et süüteokatse ning loobumine moodustavad ühtse terviku ning loobumine on süüteokatse all-instituut. G. Jakobs on veendumusel, et süüteokatsest loobumise argumenteeritus peab olema katse-spetsiifiline, s.t loobumise põhistuse kaudu peab ära näitama, miks ei ole alust süüteokatsega loodud ebaõigust toimepanijale ette heita. G. Jakobsi kontseptsiooni kohaselt ei saa süüteokatsest loobumist selgitada maksimi järgi „lõpp hea kõik hea”, sest sellisel viisil ei saaks eristada süüteokatsest loobumist mistahes teost, mis on suunatud peale teo lõpuleviimist kahju heastamisele või

²¹⁷ C. Jäger, lk 126–127.

²¹⁸ C. Jäger, lk 126.

²¹⁹ C. Jäger, lk 64.

²²⁰ C. Jäger, lk 126.

²²¹ C. Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil II, lk 486.

²²² W. Joecks, K. Miebach, § 24/43.

raskemate tagajärgede vältimisele. G. Jakobs läheb veelgi kaugemale ja märgib, et lähtudes üksnes põhimõttest „lõpp hea kõik hea”, ei oleks ka katse eest vaja karistada, sest kahjulik tagajärg jääb sellisel juhul tavaliselt saabumata.²²³

Süüteokatse ebaõigus seisneb õigusnormi rikkumises, sest toimepanija on vastu astunud keelule ning pannud toime teo, mis eirab õigusnormis olevat käitumisjuhist, seeläbi realiseerib toimepanija käitumisakti, mis sisaldab ühiskonnas lubamatu riski ületamist.²²⁴ Süüteokatset realiseerides annab toimepanija teada, et õigusnormi tema jaoks ei kehti, sest oma käitumises ta sellest ei juhindu.

Siiski jääb G. Jakobsi käsitle kohaselt toimepanijale veel võimetus katseteoga realiseeritud ebaõigust muuta, kuni ta ei ole oma teost lõplikult lahutatud. Lisaks selgitab G. Jakobs, et korrigeerida saab ainult olevikku, kui tegu on juba minevikus, siis seda muuta ei saa, mistõttu on sellisel juhul välistatud loobumine süüteokatsest. Teomuutmistestooria järgi on toimepanija oma katseteost lõplikult lahutatud, kui kas objektiivselt või toimepanija ettekujutuse kohaselt ei ole tal enam võimalik katsetegu mõjutada selliselt, et ära hoida sellega loodud võimalikku kahjulikku tagajärge. Teisisõnu isikul on veel võimalik oma tegu nii kaua muuta, kui ta oma tegu veel valitseb.²²⁵

Mõistmaks, millal on toimepanija oma teost lahutatud ja tegemist on mineviku-sündmusega, mida enam mõjutada ei saa, annab G. Jakobs eraldi selgitused nii lõpuleviidud kui ka lõpetamata katse kohta.

Kuigi lõpetatud katse korral on toimepanija oma ettekujutuse järgi teinud kõik, mida on pidanud vajalikuks tagajärje saabumiseks, siis ei tähenda see, et tegemist on minevikusündmusega. Lõpetatud katse korral on võimalik tegu muuta, kui toimepanijal on võimalik likvideerida katseteoga loodud lubamatu risk, mis oli tema algse ettekujutuse kohaselt vajalik, et tegu lõpule viia. Juhul kui osa selle teoga loodud ebaõigusest jääb siiski alles, siis järelkult on see muutunud minevikusündmus, mida toimepanija ei saa enam mõjutada. G. Jakobs võtab aluseks üksikakti teooria ega lähtu terviklahenduse käsitlesest. Kui toimepanija on minetanud esialgse võimaluse tegu lõpuni viia ning jätkab uuel viisil koosseisu realiseerimist ja seejärel otsustab jätta teo lõpuni viimata, ei saa ta esialgset käitumisakti mõjutada, sest see on muutunud mineviku sündmuseks, mille suhtes on loobumine välistatud. G. Jakobsi teooria kohaselt, kui toimepanija tahtis esialgse plaani järgi ohvri kõigepealt mürgitada ning siis leidis, et konkreetsel juhul oleks tagajärje saavutamiseks vajalik ta uputada, siis juhul, kui toimepanija päästab isiku uppumisest, jääb ikkagi vastutus mürgitamiskatse eest, sest seda minevikusündmust ei ole tal enam võimalik mõjutada.²²⁶

Lõpetamata katse korral on olukord märgatavalt lihtsam, sest toimepanija ei ole teinud veel kõike, mida ta teo plaani kohaselt pidi vajalikuks, et katse realiseerida. Tegu on võimalik muuta edasise tegevuse katkestamisega, seejuures on oluline, et toimepanija valitseks kõiki tema poolt süüteokatse alustamisega

²²³ G. Jakobs. Rücktritt als Tatänderung, lk 97–98.

²²⁴ G. Jakobs. Rücktritt als Tatänderung, lk 83.

²²⁵ G. Jakobs. Rücktritt als Tatänderung, lk 82–85.

²²⁶ G. Jakobs. Rücktritt als Tatänderung, lk 89.

loodud lubamatuid riske ja likvideeriks neist kõigist tuleneva ohtlikkuse. Kui toimepanija algselt plaanitud viisidest üks õnnestub, kuid teist pole võimalik toime panna, siis on tegemist ebaõnnestunud katsega ja tegemist ei ole loobumisega. G. Jakobs iseloomustab seda näitega, kui toimepanija on otsustanud panna toime tapmise, kasutades selleks happega täidetud potti ja vahendiks oleks nii hape kui ka anum ise, millega on võimalik vigastusi tekitada, siis juhul, kui ta happe maha pillab, kuid anumaga oleks võimalik tegu lõpuni viia, on katse osaliselt ebaõnnestunud ja loobumisvõimalus puudub, sest vähemalt osaliselt ei ole õnnestunud toimepanijal oma teoga loodud riske valitseda.²²⁷

Seega peab nii lõpetatud kui ka lõpetamata katse korral toimepanija ümber pöörama kõik tema poolt loodud lubamatud riskid, mis on suunatud koosseisulise tagajärje saavutamisele, ja erinevus seisneb üksnes selles, kuidas neid on võimalik vältida: kas toimepanija aktiivse teo või edasise tegevusetusjäämisega.²²⁸

Loobuda saab kuni koosseisu realiseerumine on toimepanija kontrolli all ning ta saab juba alustatu kulgu veel oma tahte järgi muuta. Need reeglid kannab G. Jakobs üle juhtumile, kui teost võtab osa mitu isikut, mille kohaselt on loobumine ka siis võimalik üksnes juhul, kui hoitakse ära kahjulik tagajärg ning ei kaotatud seeläbi edukat revideerimisvõimalust juba loodud lubamatu riski kohta.²²⁹

Seega tuleneb G. Jakobsi teomuutmise kontseptsioonist, et niikaua kui lubamatud riskid plaanipäraselt ja kindlalt on toimepanija kontrolli all, võib tema tegu täielikult karistuseta jääda, kui ta oma teo suunda vabatahtlikult muudab.²³⁰

Kirjanduses heidetakse teomuutmise teooriale ette suutmatust põhjendada loobumise mõju süüteokatsele: loobumisega hoiab toimepanija ära kuriteo lõpuleviimise, kuid ei mõjuta juba toimepandud süüteokatsest, millega on toimepanija realiseerinud käitumisnormi rikkumise ja iseseisva ebaõiguse. Ouline on seejuures märkida, et G. Jakobs ise on sõnastanud katse kui perfektse käitumisnormi rikkumise, nagu lõpuleviidud teogi. Eeltoodule on vastu väidetud, et teona, mida muudetakse, tuleb mõista koosseisupärast tegu kui tervikut, mitte eraldiseisvalt realiseeritud süüteokatset.²³¹

Kriitika osaliseks on saanud ka G. Jakobsi käsitlese see osa, mille kohaselt on loobumist lõpetatud katse korral kitsendatud üksnes juhtudele, mil hoitakse ära esialgse ettekujutuse kohasel viisil saabuv koosseisu lõpuleviimine.²³² Samas ei tulene nimetatud kitsendus vahetult teomuutmisteooriast, vaid käsitlesest, kui laialt mõista tegu, millest saab loobuda. Õigushüvede kaitse aspektist ei ole võimalik põhjendada, miks piirata loobumine lõpetatud katse korral üksnes teo esialgse viisiga. Kuriteosündmuse areng sõltub paljudest üksikasjadest

²²⁷ G. Jakobs. Rücktritt als Tatänderung, lk 99.

²²⁸ G. Jakobs. Rücktritt als Tatänderung, lk 100.

²²⁹ G. Jakobs. Rücktritt als Tatänderung, lk 95.

²³⁰ G. Jakobs. Rücktritt als Tatänderung, lk 104.

²³¹ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, lk 31.

²³² K. Yamanaka, lk 777.

ning esialgses plaanis muudatuste tegemine on sagedane ja toimepanijast sõltumatu, samas pole aga kannatanu aspektist oluline, mil viisil kuriteo koosseis realiseeritakse, vaid oluline on, et õigushüved jääksid kahjustamata.

Lisaks võib G. Jakobsi käsitlusele ette heita, et see pole kooskõlas seaduses sätestatud süüteokatsse loobumisregulatsiooniga, sest selle kohaselt tõsimeelseks püüdmiseks, mis on alternatiiv mitme toimepanija korral, mille puhul tegu ära ei hoitud, ei peaks piisama, kuna toimepanijal ei õnnestunud tegu ümber muuta.

Kokkuvõtvalt võib väita, et G. Jakobsi kontseptsiooni tugev külg on loobumise põhjendatuse sidumine süüteokatsega, näidates, milline tähendus peab loobumisteol süüteokatse suhtes olema, et põhjendada selle toimepanija mittekaristamist.

2.3.3. Kombinatsiooniteooriad

Raskused põhjendada süüteokatsest loobumist ühe konkreetse teooriaga on viinud veendumusele, et põhjendatud on seda teha eri seisukohtade ühendamise. Karistusõiguse teooriakirjanduses on kajastatud mitmesuguseid kombinatsioone. Nii on ühendatud tasu- ja kriminaalpoliitiline teooria, tasu-, karistuseesmärgi teooria ja kriminaalpoliitiline teooria ning tasu ja karistuseesmärk.²³³ Näiteks tasu ja karistuseesmärgi ühendkäsitluses on jõutud veendumusele, et toimepanija on teinud midagi karistamisväärset ja seejärel kiiduväärset, mistõttu, hinnates tagajärgi, pole toimepandud süüteokatse karistamisväärne.²³⁴ Püüdes põhjendada vajadust süüteokatsest loobumist mitte karistada kriminaalpoliitilise, karistuseesmärgi teooria ja vähese kuritegeliku tahte kaudu, on jõutud tulemuseni, mille kohaselt on toimepanija teost loobumisel näidanud kindla ja püsiva kuritegelikku tahte puudumist, mis on avaldunud konkreetsetes käitumisaktis ja mis näitab, et puudub vajadus teda karistada. Peale eeltoodu on tähtis, et toimepanijale oleks antud võimalus veel tagasi pöörduda õiguskuulekale tee, sest vastupidisel juhul mõjutataks isikut jätkama õigusvastast teguviisi.²³⁵

Alajaotuse alguses viidatud käsitlused ühendavad eelkõige juba välja töötatud ideid ja neid on juba siinses töös kajastatud. Kõiki neid käsitlusi võib kritiseerida põhjendusel, et on püütud pakkuda süüteokatsest loobumist käsitlevat kõikehõlmavat kajastust, kuid seejuures pole esitatud ühendavat lüli, mille alusel eri käsitlusi koos kasutada. Nii läheb kaduma loobumisest põhistamise alus ja tegu on katsega arendada terviksüsteemi, püüdeti liita eri seisukohad. Kombinatsiooniteooriate kohta võib positiivsena välja tuua mitme teooria seisukohad ja luua seeläbi lahendus, mis hõlmab kõiki olulisi aspekte, püüdes samal ajal kõrvale jätta juba väljatöötatud teooriate nõrgad kohad.

Eraldi analüüsi väärrib A. Heckleri seisukoht, kuidas sisustada süüteokatsest loobumist. Ta on püüdnud leida tervikliku ja süsteemse viisi, kuidas eri teooriad ühendada. A. Heckleri käsitluse kohaselt põhineb süüteokatsest loobumise

²³³ K. Ulsenheimer, lk 46–57.

²³⁴ K. Ulsenheimer, lk 53.

²³⁵ K. Ulsenheimer, lk 55.

põhistus kompensatsiooni ideel, sidudes ohu ümberpööramis- ja karistuseesmärgi teooria ning ohvrikaitse põhimõtted. Lähtepunktiks on asjaolu, et süüteoktsest loobumine ja süüteoktse karistatavuse alused peavad olema teineteise suhtes kui peegelpilt – loobumine on *actus contrarius* süüteoktset realiseeriva käitumise osas.²³⁶

A. Heckler teeb vahet loobumisel kõlbmatu ja tavalise süüteoktse korral. Loobumisel tavalise ktse korral peab loobumisteoga ümber pöörama ktseteoga loodud ohu õigushüvele. Kõlbmatu ktse korral peab toimepanija loobumisteoga ära muutma õiguskorra kõigutamise mulje ja taastama usu õigusnormidesse.²³⁷

Loobumisteo tähenduse selgitamisel on A. Heckler võtnud aluseks C. Jägeri ohu ümberpööramise teooria. Erinevus on asjaolus, et A. Heckler ja C. Jäger lähtuvad süüteoktse karistamisel eri alustest. A. Heckler on aluseks võtnud C. Roxini ühendteooria, mis põhistab ktse karistamist üld- ja eripreventiivsete kaalutlustega ja C. Jägeri käsitle kohaselt on süüteoktse karistamise aluseks süüteoktsest lähtuv objektiivne või subjektiivne oht. Eeltoodust tuleneb erinevus A. Heckleri ja C. Jägeri käsitlest, sest A. Heckler on spetsiifiliselt ktse karistamise aluseks olevast ühendteooriast sõnastanud, milles seisneb ohu ümberpööramine, erineb seeläbi C. Jägeri käsitlest.²³⁸ Seejärel väidab A. Heckler, et isiku karistamiseks puuduvad üld- ja eripreventiivsed kaalutlused, võttes seejuures aluseks karistuseesmärgi teooria. Kõlbliku ktse korral pole vaja isikut karistada, sest ta on ära hoidnud või kõrvaldanud ktseteoga kaasnevad kahjud ja kõlbmatu ktse korral kompenseerinud kahju, mille oli tekitanud õigust kõigutava mulje loomisega. A. Heckler rõhutab seejuures, et oluline on just rõhuasetus ktsest lähtuva karistamisvääruse ümberpööramisel ja karistusest vabastamine on üksnes sellele järgnev tagajärg.²³⁹

A. Heckleri käsitle tugevus on püüd süsteemse lahenduse poole, tuues esile, kuidas on omavahel seotud süüteoktse ja süüteoktsest loobumine ning kuidas eeltoodu alusel põhistada, miks süüteoktsega etteheidetavat ebaõigust ei tule ette heita. Seejuures on A. Heckleri käsitle seotud kompenseerimisidee kui lähtepunktiga, mille kaudu on seotud eri teooriate seisukohad.²⁴⁰

A. Heckleri teooriale võib ette heita, et ta ei suuda eri teooriate ühendamisel vältida neile osaks langenud kriitikat. Küsimuseks jääb ikkagi, mis on aluseks väitele, et juhul kui toimepanija on loonud ohu õigushüvele või kõigutanud üldsuse muljet õiguskorra kehtivuse osas, pole aluseid isiku karistamiseks lähtuvalt karistuse üld- ja eripreventiivsete eesmärkide täidetusest. Eelkõige on siin oluline kriitika, mis tabas ohu ümberpööramise teooriat, mille kohaselt ei mõjuta ktseteost lähtuva, tulevikku suunatud ohu likvideerimine iseenesest

²³⁶ A. Heckler, lk 121.

²³⁷ A. Heckler, lk 123.

²³⁸ A. Heckler, lk 125.

²³⁹ A. Heckler, lk 123–124.

²⁴⁰ Täiendavalt kompensatsiooniteooriate kohta vt: H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/29–31.

katsetegu, vaid hoopis asjaolu, et tagajärg, millele katsetegu oli suunatud, jääb saabumata. V. Haasi arvates peaks sellisel juhul ühesugune mõju olema nii ohu ümberpööramisel kui ka lõpuleviidud deliktil ning hõlmama seejuures lõpuleviidud kahjustusdelikte, mille korral on õigushüve taastamine võimalik (näiteks viies varastatud eseme tagasi), ometi see nii ei ole, mistõttu ei sobi eeltoodud põhjendus, et argumenteerida süüteokatest loobumist.²⁴¹

2.4. Vahekokkuvõtte süüteokatest loobumise põhjendustest

Süüteokatest loobumise teooria eesmärk on pakkuda põhjendus, *ratio*, regulatsioonile. Kuigi praeguseks ajaks on välja töötatud mitu käsitlust, mis pakuvad lahendusi erinevate aspektide ja lähtenurkade kaudu, on kõik pälvinud kriitikat ja etteheiteid, mida pole suudetud veenvalt ümber lükata. Võttes aluseks põhjendatuse teooriate siinses töös varem esitatud liigituse, võib selle alusel esile tuua järgmised olulised aspektid.

Ohvrikaitse põhimõtte ja kriminaalpoliitilise käsitluse (nn kuldse silla käsitluse) kohaselt on süüteokatest loobumine põhistatud õigushüvedele lisakaitse andmisega, mis peaks realiseeruma seeläbi, et toimepanijale antakse võimalus vältida vastutust juba toimepandud süüteokatse eest. Nende kahe teooria aspektist on keeruline väita, et süüteo koosseisu ja teo õigusvastasust ei ole. Küll on nende teooriate alusel võimalik põhistada toimepanija vähenenud süüd, mida näitab tema käitumine, mis on suunatud normi järgimisele ja õigushüve kaitsele. Samas jääb vastuseta küsimus, mis eristab süüteokatest loobumist tegevkahetusest, mis on samuti kantud ideest luua toimepanijale stiimul hoida ära suuremate kahjude tekkimine ja heastada juba loodud kahjud. Nii ohvrikaitse põhimõtte kui ka kuldse silla teooria näitavad, miks on vaja süüteokatest loobumise regulatsiooni – tegu on kriminaalpoliitilise argumendiga –, kuid samas jääb vastamata õigusdogmaatilisel, arvestades kuriteo mõiste ülesehitust ning isiku karistamise aluseid ja eesmärgi, miks ei ole põhjendatud süüteokatest loobumisel toimepanijale süüteokatset ette heita või teda selle eest karistada. Samas on vajalik leida süüteokatest loobumisele dogmaatiline lahendus, mis pakuks süüteokatest loobumisele tähenduse ja koha karistusõiguse süsteemis.

Loobumise põhjendatuse teooriad püüavad argumente leida karistuse põhjendatusest. Peale armuteooria ja preemiateooria on selle asjaolu võtnud lähtepunktiks ka karistuseesmärgi teooria ja kohustuse täitmise teooria. Loetletud käsitlused on küll püüdnud näidata eri aluseid, et jätta isik karistuseta, kuid lõpptulemusena jõutakse selleni, et karistuseesmärgid on täidetud juba ka ilma riigi reaktsioonita; karistuseesmärkide täidetusele osutab toimepanija tegu, mis on suunatud sellele, et jätta kuritegu lõpule viimata ja kaitsta õigushüve. Järelikult püüavad loobumise põhjendatuse teooriad näidata, miks pole põhjendatud

²⁴¹ V. Haas, lk 238.

teha etteheidet süüteokatsest loobumisel, kuigi süüteokatse enese korral olid karistamise eeldused täidetud.

Raskustesse satuvad loobumise põhjendatuse teooriad aga selgituste andmisega küsimusele, mis välistab toimepanija karistamise süüteokatse eest, mis on iseseisev delikt, kuivõrd loobumistegu on suunatud sellele, et vältida süüteo lõpuleviimist. Kriitika alla on langenud ka väide karistuseesmärkide täidetuse kohta. Üld- ja eripreventiivsete eesmärkide realiseerituse osas on keeruline näidata, millest lähtuvalt on need loobumise korral täidetud, sest nõutav on üksnes vabatahtlikkus, mitte toimepanija motiivide eetilisuus või suunatus õigusnormide järgimisele. Süüteokatsest loobumise tingimused on täidetud ka juhul, kui toimepanija katkestab esialgselt plaanitu lõpuleviimise, et sooritada nn tasuvam kuritegu.

Muuhulgas satuvad loobumise põhjendatuse teooriad raskustesse ka tegevkahetsuse süüteokatsest loobumise eristamise põhjendamisega. Siiski on neis käsitlustes oluline, et preventiivsete eesmärkide saavutamine on seotud toimepanija teoga kui tema panusega õigushüve kaitsmisesse, sidudes nii karistusõiguslike etteheidete tegemise või mittetegemise toimepanija käitumisega. Eeltoodud käsitluste kohaselt on loobumine käsitatav nii a) karistust välistava asjaoluna lähtuvalt karistuseesmärkide, s.o preventiivsete eesmärkide, täidetusest kui ka b) süüd vähendava asjaoluna, mis on aluseks karistuse mõistmisel, tuues kaasa karistuse vähendamise.

Loobumisteooriate (armuteooria, preemiateooria, karistuseesmärgi teooria, kohustuse täitmise teooria) puhul on püütud leida lahendust süüteokatsest loobumisele kui eraldiseisvale dogmatikafiguurile ja liiga vähe on pööratud tähelepanu küsimusele, millised on täpsemalt seosed süüteokatse ja loobumise vahel ning kuidas sellest lähtuvalt mõjutab süüteokatsest loobumine, et süüteokatset on võimalik ette heita ja selle eest karistada. V. Haas on märkinud, et kuni süüteokatset ja sellest loobumist vaadeldakse eraldi, pole süüteokatsest loobumisele võimalik pakkuda tulemuslikku selgitust.²⁴²

Kolmanda lähtealusena on püütud põhistada süüteokatsest loobumist, näidates, kuidas mõjutab toimepanija loobumistegu süüteokatsega loodud ebaõigust ja miks seda ette heita ning kuidas on omavahel seotud süüteokatse ja loobumine. Selle lähtepunkti on võtnud aluseks ohu ümberpööramisteooria, teomuutmise teooria ja ühtsusteooria. Ühtsusteooria põhistab loobumist ja katset ühtse käitumisaktina, millest lähtuvalt ei tule süüteokatset toimepanijale ette heita, kuid samas jääb selgusetuks, mis neid seob. Nii ohu ümberpööramisteooria kui ka teomuutmisteooria puhul on probleemiks, kuidas süüteokatse eri vormide korral selgitada loobumist. Samuti jääb vastuseta, kuidas mõjutab loobumine juba toimepandud süüteokatset, sest nii ohu ümberpööramisteooria kui ka teomuutmisteooria näitavad, milline on toimepanija panus teo lõpuleviimata jätmisesse, ent vastuseta jääb küsimus, miks süüteokatset ei tule loobumise korral ette heita. Loetletud teooriate kontekstis on võimalik anda süüteokatsest loobumisele erinevad lahendused, mis varieeruvad nii koosseisu puudu-

²⁴² V. Haas, lk 239.

misest kuni karistuse välistamiseni, sõltudes konkreetsest tõlgendusest, mida teooriale anda. Nende teooriate tugevuseks tuleb pidada lähtepunkti, et loobumise põhjendust otsitakse seosest süüteokatsega, tuues esile, kuidas mõjutab loobumistegu spetsiifiliselt just süüteokatsega loodud ebaõigust.

Vahemärkusena on oluline esile tuua, et süüteokatsest loobumise põhjendatuse teooriad ei anna ühest vastust, milline peaks olema süüteokatsest loobumise dogmaatiline asend ja pigem sõltub see konkreetse teooria tõlgendusest, samuti kuriteo mõiste konkreetsetele elementidele antavast tähendusest ja sellest, mille juurde on põhjendatud süüteokatsest loobumine liigitada kuriteo mõiste skeemis. Süüteokatsest loobumise dogmaatilise asendi kohta ei saagi loobumise põhjendatuse teooriad anda lõplikke lahendeid, ometi on need käsitlused olulised suunise andmise aspektist.

Eri käsitlused pakuvad palju lahendusvariante, millest on abi süüteokatsest loobumise aspektide põhistamisel. Õiguskirjanduses on märgitud, et süüteokatsest loobumise põhistamiseks tuleb kasutada eri teooriate argumente, otsimata ühtset terviklikku lahendust.²⁴³ Eeltooduga võib nõustuda selles, et puudub üks kontseptsioon, mis suudaks süüteokatsest loobumist vastuoludeta käsitleda, kuid siiski pole põhjendatud väita, et vajadust üldise käsitluse järele ei ole. Juhul kui eri argumendid lihtsalt siduda ja neid vajadust mööda kasutada, jääb selgusetuks, mis on süüteokatsest loobumise olemus ja piirid. Süüteokatsest loobumise teoreetilise kontseptsiooni eesmärk on tuua esile selle mõiste olemus ja piirid, pakkudes seeläbi tõlgendusargumente ja nende rakendusala. Järelikult ei piisa üksnes eri argumentidest, mida vajadust mööda kasutada, vaid tuleb ära näidata, kuidas need on omavahel seotud.

Praeguseks pole diskussioon süüteokatsest loobumise põhjendatuse teemal vaibunud, sest vastuoludeta lahendust seni ikkagi ei ole. Siiski on jõutud seisukohale, et oluline on siduda süüteokatsest loobumise põhjendused süüteokatse karistamise põhjendustega, kasutades küll nüüdseks väljatöötatud argumente, kuid sidudes need tervikkontseptsiooniks nii, et ühelt poolt on tagatud õigushüvede ja kannatanu huvide kaitse ning teiselt poolt on karistusõigusdogmaatilisel põhjendatud, miks välistada süüteo toimepanijale etteheite tegemine, näidates, kuidas ja miks mõjutab loobumistegu juba tehtud süüteokatset.

2.5. Töö autori seisukoht süüteokatsest loobumise põhjenduste kohta

Järgnevalt esitab siinse töö autor kontseptsiooni süüteokatsest loobumise regulatsiooni põhjenduste kohta. Kõigepealt on analüüsitud karistusõiguslikku sekumise alust ja eesmärki. Seejärel loobumise tähendust seoses süüteokatsega: täpsemalt, milline mõju on loobumisel juba toime pandud süüteokatse osas ning kuidas see väljendub karistusõiguslikult.

²⁴³ H. Boss, lk 36.

2.5.1. Karistusõigusliku sekkumise alus ja eesmärk

Veel enne, kui analüüsida süüteo katsest loobumise põhjendatust, on kohane peatuda karistusõiguslikku sekkumise alustel ja eesmärkidel, sest need asjaolud on olulised, et määrata kindlaks süüteo katsest loobumise mõju ja tähendus.

Õigusriikliku karistusõiguse ülesanne demokraatlikus riigis on ühiskonna kui inimeste sotsiaalse kooselu aluste, s.o õigushüvede kaitse.²⁴⁴ Siinse töö autor lähtub õigushüvest kui inimeste sotsiaalseks kooseluks vajalikust elulisest hüvest, mis võib olla nii individuaalne kui ka kollektiivne. Õigushüvede kahjustamisele suunatud käitumisele on alust reageerida üksnes siis, kui isik on toimunud eirates õigusnormi ettekirjutust. Õigusnormid väljendavad neid käske ja keelde, millest tuleb lähtuda käitumise suunamisel. Karistusõiguse eesmärk on tagada õigushüvede kaitse, tuues välja, et põhjendatud on järgida õigusnormi, tagades usalduskorra kehtivuse. Järelikult on normi kehtivuse näitamine läbi karistusõigusliku sanktsiooni vahend, et tagada õigushüvede kaitse.

Arvestades karistusõigusliku sekkumise suurt intensiivsust, saab seda teha piiratult. Reageerida karistamisega kui riigi rangeima sunnivahendiga on põhjendatud üksnes siis, kui muud viisid ei taga piisavalt õigushüvede kaitset.²⁴⁵ Järelikult on õigushüvede kaitsmine nurgakivi, mis annab aluse tegu nii kuriteona käsitada kui ka sellele karistusõiguslikult reageerida –, kuid üksnes siis, kui see on *ultima ratio* aspektist põhjendatud ja vajalik. Järelikult tuleb iga konkreetse käitumisakti puhul hinnata, kas ja millest lähtuvalt on põhjendatud seda isikule ette heita. Seejärel tuleb hinnata, kas teona, mida on põhjendatud isikule karistusõiguslikult ette heita, on alust teda karistada. Need on küsimused teo karistamisväärsusest ja karistamistarvidusest.

Loobumisel toimepanija käitumisele karistusõiguslikku hinnangut andes, tuleb arvestada eeltoodud põhimõtetega. Vastus tuleb leida vastus küsimusele, kas ja kuidas mõjutab süüteo katsest loobumine süüteo katse etteheitmist ja selle võimalikku karistamisväärsust ning karistamistarvidust, hinnates seejuures, kas ja kuidas on see vajalik õigushüvede kaitsmiseks.

2.5.2. Süüteo katsest loobumise instituudi põhjendus

2.5.2.1. Põhiseisukohad

Süüteo katsest loobumine on toimepanija käitumisakt, mille ta teostab pärast süüteo katse alustamist, kuid enne kuriteo lõpule viimist. Loobumistegu on suunatud sellele, et vältida kuriteo lõpuleviimist ja seotud tunnustega, mille realiseerimine ei ole süüteo katse eest karistamise alus, nagu näiteks tagajärje ärajäämine, vaid vajalikud karistusseadustiku eriosas kirjeldatud karistatava teo koosseisu realiseerimiseks. Ometi ei välista süüteo katsest loobumine üksnes vastutust lõpuleviidud teo eest, vaid ka juba realiseeritud süüteo katse eest.

²⁴⁴ J. Sootak. Karistusõigus, lk 34

²⁴⁵ V. Krey, R. Esser, lk 6–8.

Süüteokatsest loobumise põhjendamisel on oluline näidata, kuidas mõjutab süüteokatsest loobumine juba realiseeritud katse etteheidetavust toimepanijale. Käesoleva töö autor on võtnud aluseks nii G. Jakobsi, C. Jägeri kui karistus-eesmärgi teooria ning A. Heckleri, U. Murmanni ja H. Wege seisukohad.

Töö autor esitab hüpoteesi, et süüteokatsest loobumine on põhistatav toimepanija poolt süüteokatsest tulenevate kahjulike mõjude muutmisega, mis on võimalik seni, kuni toimepanijal on kuriteo sündmused kontrolli all, s.t tal on veel võimalik otsustada, kas ta realiseerib koosseisu lõpuni või mitte.

Autor on sarnaselt C. Jägeri ja G. Jakobsiga püüdnud põhjendada süüteokatsest loobumist süüteokatsespetsiifiliselt, tuues esile, milline mõju ja tähendus on loobumisteol realiseeritud süüteokatse suhtes. Järgnevalt on toodud välja erisus G. Jakobsi ja C. Jägeri lahendustes.

G. Jakobs leidis, et süüteokatsest loobumisel muudab toimepanija ära oma teo, mis on võimalik nii kaua, kuni tegu on toimepanija kontrolli all. C. Jäger kritiseerib G. Jakobsi kontseptsiooni lähtumist üksnes tagajärje ebaõigusest ja teo ebaõiguse tähelepanuta jätmist: teo ümberpööramine toob kaasa selle, et tagajärge ei saabu.²⁴⁶ Kuigi siinse töö autor lähtub samuti eeldusest, et süüteokatsest loobumine on võimalik, kuni süüteokatse on toimepanija kontrolli all, siis toimepanija ei muuda ära juba realiseeritud süüteokatse tegu, vaid sellest tulenevaid kahjulikke mõjusid, mis olid aluseks süüteokatse etteheitmisel.

C. Jägeri rõhuasetus on hoopis süüteokatsest tuleneval ohul ja loobumine on võimalik seni, kuni saab ümber pöörata süüteokatsest tulevat ohtlikkust.²⁴⁷ Siinse töö autor nõustub C. Jägeriga, et süüteokatsest loobumisel ei saa toimepanija likvideerida süüteokatset, kuid samas ei ole loobumistegu põhjendatud käsitada ohu ümberpööramisena, kuivõrd süüteokatse ei ole samuti määratletud ohtlikkuse mõistega. Samuti nõustub töö autor, et süüteokatsest loobumisel on oluline aspekt õigushüvel ja selle kaitstuse tagamisel, kuid mitte üksnes ohustatuse kaudu. Süüteokatsest loobumisel muudab toimepanija ära süüteokatsest tuleneva negatiivse mõju normatiivsetele ootustele, sest ta on rikkunud käitumisnormi juhust ja teod võivad kaasa tuua õigushüve kahjustamise.

Süüteokatsest loobumisel ei saa toimepanija muuta olematuks juba realiseeritud ebaõigust, küll aga saab ära muuta süüteokatsest tuleneva kahjuliku mõju nii õigushüvele kui ka normi kehtivusele. Siinjuures tuleb arvestada süüteokatse eripära võrreldes eriosa koosseisu realiseerimisega. Kuigi süüteokatse on eraldiseisev delikt, toetub see karistusseadustiku eriosa koosseisule, mille kaudu sisustatakse kogu subjektiivne ebaõigus ja objektiivne ebaõigus vahetu alustamise kaudu. Süüteokatse ja selle järgnev loobumine on kaks teineteisele järgnevat käitumisakti, mis on küll kantud erinevast tahtlusest, kuid ajaliselt ja ruumilest seotud. Järgnevalt on küsimus, mis erinevus on loobumisteol ja pärast kuriteo toimepanemist tehtaval positiivsel järeletoel, mis on hinnatav tegevkahtsusena.

²⁴⁶ C. Jäger, lk 62.

²⁴⁷ C. Jäger, lk 63.

2.5.2.2. Süüteokatsest loobumisteo erinevus positiivsest järelteost

Nii Eesti kui ka Saksa karistusseadustiku järgi ei ole süüteokatsest loobumine asjaolu, mis välistaks süüteokatse koosseisu või õigusvastasuse. Süüteokatsest loobumist on kirjeldatud süüteokatsest eraldi paragrahvis, kuid üksnes sellest ei järeldu, et need on teineteisest lahutatud nähtused.

Süüteokatsest loobumine ei ole samastatav tegevkahetsusega, võttes aluseks süüteokatse kui karistusõigusliku konstruktsiooni spetsiifika. Kuigi süüteokatse on iseseisev etteheidetav ebaõigus, siis ometi on selle korral realiseeritud üksnes osa ebaõigusest, mis on etteheidetav lõpuni viidud süüteokoosseisu korral karistusseadustiku eriosa tähenduses. Eesmärk süüteokatset karistada on ikkagi vältida süüteo lõpuleviimist, sest juba süüteo alustamisega on loodud selleks võimalus ja sellist käitumist ei saa sallida õigushüvede efektiivse kaitsmise aspektist, sealhulgas ka normi kehtimise aspektist. Kuigi toimepanija ei saa muuta olematuks juba loodud ebaõigust, saab ta muuta selle mõju õigushüve kahjustamisele ja neutraliseerida varem antud panuse usalduskorra rikkumise osas. Süüteokatse saab ebaõigussisu lõpuleviidud koosseisu kaudu ja konkreetse toimepanija valmisolekust süüteo koosseis realiseerida. Positiivse järelteo tulemusel saab vähendada juba tekkinud kahjusid või kõrvaldada negatiivseid mõjusid, mis ei ole konkreetse koosseisuga hõlmatud.

Siiski leiab õiguskirjandusest vastupidiseid väiteid, mille kohaselt on süüteokatsest loobumine käsitatav positiivse järelteona, sest loobumistegu on toime pandud pärast koosseisupärase ja õigusvastase ja süüalise teo süüteokatse realiseerimist ega saa muuta seda olematuks.²⁴⁸ Tagajärje realiseerimine on üksnes lõpuleviidud teo tunnus, kuid loobumise koosseisu see ei kuulu ja järelikult ei saa seda arvestada, kui otsustada süüteokatse etteheidetavuse üle.

Eeltoodule on vastu väidetud põhjendusel, et süüteokatse korral on võimalik toimepanijal veel hoida ära konkreetse koosseisu lõpunleviimine, millele tema tahtlus oli suunatud, mida muude juhtudel ei ole, sest sel juhul on konkreetne kuritegelik eesmärk juba saavutatud.²⁴⁹ Oluline on, et karistusseadus eristab eriosas lõpuleviidud delikte ning süüteokatset, mis on eraldiseisev delikt, kuid on siiski määratletud kui konkreetse eriosa koosseisu täitmisele suunatud tegu, mille puhul ei ole kogu ebaõigus realiseeritud. Seega ei ole põhjendatud võrdsustada loobumine positiivse järelteoga peale eriosa koosseisu lõpuleviimist.

Edasises analüüsib töö autor, milles avaldub toimepanija süüteokatsest loobumise mõju ja kuidas on see seotud süüteokatse karistamise alustega ehk teisisõnu, milles avaldub süüteokatsest loobumise mõju ja tähendus.

²⁴⁸ K. Wege, lk 75.

²⁴⁹ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, lk 32.

2.5.2.3. Süüteokatsest loobumise mõju ja tähendus

Analüüsides täpsemini süüteokatsest loobumise mõjusid süüteokatse etteheidetavuse ja karistamise kohta, on töö autor lähtunud samadest eeldustest, mis on katse karistatavuse aluseks. Süüteokatse puhul etteheidetav ebaõigus avaldub kahes aspektis: a) tahtluses, mis on on leidnud väljenduse käitumisaktis, mis on suunatud konkreetse koosseisu lõpuleviimisele ning b) normatiivsete ootuste kahtluse alla seadmises. Loobumisega muudetakse need negatiivsed mõjud ära, s.t tahtlus on suunatud koosseisu lõpuleviimata jätmisele ning väljendub konkreetsetes teos ning samuti toimub normatiivsete ootuste taastamine.

Lisaks on oluline välja tuua, et nimetatud kaks aspekti, s.o toimepanija tahtluse muudatus, mis väljendub õigusnormi järgimises ja koosseisu lõpuleviimata jätmises või tõsimeelses püüdmises ja õigushübe kaitse tagamises, ning normatiivsete ootuste taastamine, on omavahel seotud. Loobumisteol on kahesugune mõju, mis ei piirne üksnes konkreetse faktilise situatsiooniga, vaid omab tähendust ka väljapoole: normatiivsete ootuste kehtivusele ja seeläbi õigushübe kaitsele.

Loobumisel muudab toimepanija ära süüteokatsest tulenevad negatiivsed mõjud mitte osaliselt, vaid kogu ulatuses. Järelikult ei piirdu loobumise tähendus üksnes konkreetse eriosa koosseisu lõpuni viimata jätmisega, vaid ära muudetakse need alused, mille tõttu oli põhjendatud katset isikule ette heita. Siinjuures võiks vastu vaielda, et katse alustamisega on süüteokatsest tulenevad mõjud juba realiseerunud ning hilisem käitumine seda ei muuda. Kui katse alustamisega on juba negatiivsed mõjud avaldunud, siis neil on tähendus kogu kuritegeliku käitumise jooksul ning oluline on, millisel viisil need edasi arenevad, kas teo lõpuni viimiseks või kuritegelik käitumine katkeb. Kuritegeliku käitumise katkemise puhul on oluline, kas negatiivsete mõjude edasise kestvuse on ära hoidnud toimepanija või on sellel muu põhjus. Järelikult omavad süüteokatsest tulenevad negatiivsed mõjud tähendust ka peale süüteo alustamist ning neil on iseseisev tähendus ning on oluline, et need ei saaks edasi areneda süüteo lõpuni viimiseks.

Järgnevalt on ära näidatud, millisel viisil avaldub loobumisteo mõju.

2.5.2.3.1. Loobumine kui konkreetse koosseisu lõpule viimata jätmine

Süüteokatse avaldab mõju konkreetse õigushübe võimalikule kahjustamisele kas objektiivselt või üksnes subjektiivselt, toimepanija tahtluse kohaselt. Loobumine on reaalse või võimaliku kahjuliku mõju ärahoidmine. Oluline on rõhutada, et süüteokatse karistatavuse alus on asjaolu, et toimepanija tahtlus õigushübe kahjustada on olnud niivõrd intensiivne, et ta sooritas käitumisakte, mis olid suunatud õigushübe kahjustamisele. Kui isik otsustas süüteokatsest loobumise kasuks, kadus ära motiveeriv tegur, s.o tahtlus koosseisu lõpuni viia ja õigushübe jäi kahjustamata. Seega kui süüteokatse karistamist põhistab tahe, mis on suunatud koosseisu realiseerimisele ja õigushübe kahjustamisele, siis loobumises avaldub tahtluse muudatus, olles vastupidiselt suunatud koosseisu lõpuleviimise vältimisele. Nagu ei saa kuriteokatset olla ilma välismaailmas

avaldunud konkreetse käitumisaktita, nii on ka loobumiseks oluline, et toimepanija tahtemuudatus peab avalduma konkreetsetes asjaolus välismaailmas, milleks on süüteo lõpule viimata jätmine või selle tõsimeelne püüdmine konkreetse käitumisega.

Karistuseesmärgi teooria puhul oli aluseks toimepanija tahtluse vähene kuritegelik intensiivsus teo lõpule viimiseks. Siinses töös lähtutakse eeldusest, et algselt oli piisava intensiivsusega tahtlus olemas, s.t tahtlus realiseerida eriosa koosseis. Vastupidisel juhul poleks võimalik süüteokatset ette heita, kuid tahtlus muutus hiljem ja sellel muutumisel on kuriteo lõpuleviimise aspektist oluline tähendus. Seejuures võib vastu väita, et alguses oli toimepanijal olemas tahtlus kui motivaator kuritegu toime panna ja muudatus toimus alles süüteokatse realiseerimisel ning hilisem toimepanija teisesuunaline otsus ei saa mõjutada katse etteheidetavust. Kuigi loobumistegu ei muuda süüteokatse alguses tehtud käitumist olematuks, tuleb nii süüteokatset kui ka sellest loobumist hinnata koos, sest loobumine avaldab mõju juba realiseeritud ebaõiguse tähendusele. Kuni õigushüve veel kahjustatud pole, on tähtis, et toimepanija rakendaks tahtlust kuriteo elluviimiseks, sest ilma selleta kuritegu lõpuni viia ei ole võimalik. Järelikult omab otsus toime panna kuritegu ja vastavalt sellele käituda tähtsust kuni eriosa koosseisu realiseerimiseni. Kui on teisenenud toimepanija tahtlus ning kuritegu ei viida lõpuni, siis on ära muudetud süüteokatsest tulenev negatiivne mõju: toimepanija tahtlusest kantud käitumisakt realiseerida eriosa koosseis.

Tahtluse muudatuses – tahtluse asemel toime panna kuritegu tekkis uus tahtlus jätta tegu lõpuni viimata – on tähendus üksnes siis, kui isik kontrollis sündmuste arengut süüteokatse alustamisest kuni võimaluseni otsustada, kas loobuda teo edasisest toimepanemisest või viia tegu lõpuni. Teo valitsemine tuleb sisustada sarnaselt kaastäideviimise tuvastamisega, hinnates, kas ja milline roll oli isiku teopanusel teo lõpuni viimata jätmise osas. Oluline on, et tahtluse muudatus oleks väljenduse leidnud vabast tahtest kantud käitumisaktis, mille tulemusena tegu jäi lõpuni viimata või toimepanija tõsimeeli püüdis seda.²⁵⁰

Toimepanija tahtluse suunamuutust õigushüve kahjustamiselt selle vältimisele tuleb vaadelda üksnes konkreetse kuriteo kontekstis ja mitte käsitada seda toimepanija negatiivse üldise õigusmeelsusena, mis on suunatud õigushüve kahjustamisele.²⁵¹ Karistusseadustikus on loobumistegu üheselt seotud konkreetse koosseisu lõpule viimata jätmisega. Kui toimepanija on kahjustanud õigushüve või realiseerinud mõne muu koosseisu, siis selle eest ta vastutab.

Eraldi on käsitletud loobumist kõlbmatust katsest ning tõsimeelset püüet jätta kuritegu lõpuni viimata. Kõlbmatu katse puhul on karistatavuse alus toimepanija tahe, mis on suunatud koosseisu realiseerimisele. Loobumisel toimub samuti tahtluse muudatus, sest isik otsustas ümber ning teostas oma ettekujutuse kohaselt käitumise, mis oli suunatud koosseisu lõpule viimata jätmisele. Kui-

²⁵⁰ Nimetatud aspekti olulisust on rõhutanud ka H. Wege, lk 87–88

²⁵¹ K. Yamanaka on samuti rõhutanud tahtluse suuna muudatust, mitte tahtluse vähest kriminaalset intensiivust (K. Yamanaka, lk 783).

võrd tegelikkuses ei olnud võimalik toimepanija teoga eriosas sätestatud kuritegu realiseerida, ei olnud loobumine ka tegur, miks jäi koosseis lõpuni viimata. Samas toimus muudatus toimepanija tahtluses ning kadus ära motiveeriv tegur koosseisu realiseerida. Oluline, et loobumise karistatavuse alusena on välja toodud just subjektiivne tunnus ning järelikult on selline muudatus piisav põhjustamaks loobumist. Oluline on märkida, et tegelikkuses koosseisu lõpuni ei viidud ning õigushüve ei kahjustatud.

Eraldi on veel küsimuseks loobumine mitme toimepanija korral, sest sellisel juhul piisab tõsimeelsest püüdmisest ka juhul kui õigushüve reaalselt kahjustati. Lähtuvalt eeltoodust võib väita, et järelikult ei kontrollinud toimepanija sündmuste arengut. Arvestada tuleb mitme toimepanija puhul mitme isiku panuste põimumist, millest lähtuvalt võib olla keeruline määratleda tegureid, mis on vajalikud koosseisu realiseerimiseks või selle lõpuni viimata jätmiseks. Samas tuleb arvestada, et loobumisel on konkreetse toimepanija puhul toimunud tahtluse muudatus, mis on avaldunud käitumisaktides. Arvestades, aga mitme isiku panuste põimumist, siis ei ole alati võimalik ühel isikul mõjutada põhjuslike seoste ahelat selliselt, et koosseis jääks lõpuni viimata. Samas on oluline, et iga toimepanija oleks neutraliseerinud nii enda panuse kui teinud endast oleneva, et tegu jääks lõpuni viimata, s.t ta on toiminud ettekujutusel, et tema tal on võimalik mõjutada sündmuste arengut.

2.5.2.3.2. Süüteokatsest loobumine kui normatiivsete ootuste taastamine

Süüteokatse karistatavust põhjendatakse normatiivsete ootuste rikkumisega, mis toob kaasa õiguskorra kehtivust kõigutava mulje. Süüteokatsest loobumine taastab rikutud usaldussuhet ja kinnitab, et norm kehtib. Nimetatud seisukoht on välja toodud karistuseesmärgi teoorias ning samuti U. Murmanni käsitluses süüteokatsest loobumise mõju osas.²⁵²

Nii nagu H. Wege on siinse töö autor lähtunud N. Luhmanni süsteemiteooriast ja käitumisaktide tähendusest kommunikatiivses protsessis, kuid sidunud neid erinevalt karistusõiguslike mõistetega. H. Wege on lähtunud eeldusest, et loobumine on samastatav positiivse järelteoga pärast teo lõpuleviimist, sest kogu ebaõigus avaldub eelkõige käitumisnormi rikkumises. Kuivõrd aga positiivne järeltegu ja loobumine osalevad kommunikatsiooniprotsessis, võib neil olla tähendus teo karistamistarviduse aspektist.²⁵³ Töö autor võtab samuti aluseks süsteemiteooria ja käitumisaktide tähenduse kommunikatsiooniprotsessis, kuid lähtub eeldusest, et loobumine pole samastatav positiivse järelteoga ja loobumine võib mõjutada katseteo etteheidetavust ning seda järgmisel põhjusel.

Süüteokatsest loobumisel asub toimepanija käituma normi ettekirjutuse kohaselt, s.t vältima käitumisviisi, mis objektiivselt või subjektiivselt on suunatud sellele, et vältida õigushüve kahjustamist. N. Luhmanni käsitluse kohaselt toimib õigussüsteem, nagu teisedki süsteemid, kommunikatsiooniprotsessina, mille

²⁵² U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, lk 29.

²⁵³ H. Wege, lk 84–86, 146–147.

kaudu edastatakse infot ja näidatakse, milline ootus on just sel ajal ühiskonnas põhjendatud.²⁵⁴ Pettumusega kahjustatud ootuste stabiliseerimine eeldab, et neid ootusi taastatakse ootuse esitamise sümboolse protsessi ja pettumust põhjustanud sündmuste menetlemisega, mis näitab peaks ilmnema, et vale ei olnud mitte ootus, vaid sellevastane tegu.²⁵⁵ Ootuste taastamiseks on oluline kommunikatsiooniprotsessis näidata, et käitumisnormi järgimine on õige. Kui süüteokatse alustamisega on ootused seatud kahtluse alla, siis on tähtis, et sellele järgneks kommunikatiivne akt, mis näitab käitumisnormi järgimise õigsust. Seejuures pole oluline, kas kommunikatiivset süsteemi mõjutatakse toimepanija teo, s.o loobumise, või riigi kohaldatava sanktsiooniga. Kommunikatsiooniprotsessis peab selgelt esile tulema demonstratsioon õige ja vale ootuse suhtes. Järelikult võib loobumistegu kommunikatsiooniprotsessis osalemisel näidata, et süüteokatse kandis ühiskondlike ootuste kohta edasi vale infot. Seega oli süüteokatset alustada väär ja põhjendatud on järgida õigusnormi ettekirjutust. Kui loobumistegu on selle ülesande täitnud, pole vajalik karistusõiguslik reageerimine õigusnormi kehtivuse tagamiseks.

Järgmiseks on tähtis karistusõigusspetsiifiliselt leida vastus küsimusele, kas loobumistest piisab, et taastada normatiivsed ootused. Seejuures on tähtis esile tuua, milles on avaldunud normi rikkumine ning kas ja kuivõrd on kahjustatud normi kaitse-eesmärki, mille alusel on võimalik järeldada, mis on vajalik normatiivsete ootuste taastamiseks.

Süüteokatse on teo lõpule viimata jätmine, kuigi rikutakse käitumisnormi. Käitumisnormi rikkumine on toime pandud juba käitumisaktiga, mis vastab katseteo tunnustele. Normi kaitse-eesmärk ei piirdu konkreetse teo kui sellise keelamisega, vaid lisatähendus on asjaolul, et nimetatud tegu võib viia õigushübe kahjustamiseni. Järelikult on süüteokatse karistatav, et vältida käitumist, mis on suunatud õigushübe kahjustamisele objektiivselt või üksnes toimepanija ettekujutuse kohaselt, külvates seeläbi ebakindlust nii normi järgimise, kuid mis olulisem, õigushüvede kaitstuse kohta. Käitumisnorm ei ole asi iseeneses, vaid tähtis on, et sellega tagatud õigushüvede kaitse. Lähtuvalt eeltoodust on normi keelav aspekt niikaua oluline, kuni ei ole jõutud õigushübe kahjustamiseni. Süüteokatse karistamisväärsust põhistab toimepanija tahtlusest kantud käitumisakt, mis ei lähtu käitumisnormi ettekirjutusest ja on suunatud õigushübe kahjustamisele. Järelikult on normi olemusega kooskõlas suunata toimepanija tegu õigushübe säilimisele, kuni õigushübe ei ole veel reaalselt kahjustatud. K. Yamanka on välja toonud, et süüteokatsest loobumine on toimepanijale soovitusnorm mõelda ümber ning hoida ära õigushübe kahjustamine.²⁵⁶ Süüteokatsest loobumise kui soovitusnormi olemasolu on põhistatud argumendiga, et normivastase käitumise eesmärk ning selle kaitseks loodud karistusseadustiku eriosa koosseisu eesmärk on vältida kogu koosseisupärase ebaõiguse realiseerimist, mis tagajärjedeliktide korra avaldub lisaks tagajärje

²⁵⁴ N. Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft*. Darmstadt: Wiss. Buchges 2002, lk 79–80.

²⁵⁵ J. Sootak. *Karistusõigus*, lk 202.

²⁵⁶ K. Yamanka, lk 784.

ebaõiguses.²⁵⁷ Süüteokatsest loobumisel on toimepanija ümber mõelnud veel enne, kui on jõutud õigushüve kahjustamiseni ning seega on tagatud normi kaitse eesmärk – õigushüve säilimine. Samuti on oluline välja tuua, et loobumisel on toimepanija näidanud, et lähtub käitumisnormist ning väldib õigushüve kahjustamist. Nimetatud aspekt on täidetud ka kõlbmatu katse korral, sest ka sellisel juhul on toimepanija muutnud oma käitumist suunates algsest oma ettekujutuse kohaselt õigusnormidega vastuolus oleva käitumise käitumisjuhisega kooskõlas olevaks, näidates, et eesmärkide realiseerimiseks tuleb järgida õigusnorme ning õigushüvede kahjustamine ei ole põhjendatud. Järelikult muudab toimepanija loobumisel katsest tulenevad negatiivsed mõjud. Täiendavalt on veel oluline märkida, et süüteokatse puhul ei ole õigushüvede kaitsesfääri muul moel kahjulikult mõjutatud kui teo läbi, mis on suunatud käitumisnormi eiramisega õigushüve kahjustamisele. Täiendavalt spetsiifilist karistamisväärsust süüteokatsel ei ole (nt tsiviilkäibes lubamatuid esemete loomine, kontrollimatu ohu loomine õigushüvedele, mis on omane eriosa kaudu karistatavale kuritegeliku eeltegevusele). Kuigi katsega on rikutud käitumisnormi objektiivselt või subjektiivselt ning tekitatud kõhkklus normide kehtivuse ja õigushüvede säilimise osas, siis loobumisteoga on näidatud, et järgitakse õigusnormi ning tagatakse õigushüvede kaitse. Oluline on, et toimepanija on asunud järgima käitumisnormi enne õigushüve kahjustamist, s.t enne kui on kahjustatud normi kaitseeesmärki. Järelikult süüteokatsest loobumisega on eriosa koosseis jäänud lõpuni viimata ja süüteokatsest tulenev negatiivne mõju, mille tõttu katset ette heideti, on loobumisteoga ära muudetud.

Selleks, et loobumisteol oleks tähendus kommunikatsiooniprotsessis, peaks see vastama konkreetsetele tingimustele, mis osutavad, et toimepanija on näidanud, et ta on otsustanud jätta kuriteo lõpuni viimata ja järgida õigusnormi ning selle konkreetse süüteo koosseis on jäänud lõpuni viimata tema panuse tulemusena. Järelikult on vaja, et toimepanijal oleks võimalik tegu lõpuni viia, s.t ta valitseks sündmuste arengut ning otsustaks vabatahtlikult jätta kuritegu lõpuni viimata jätta ja annab selleks panuse.

Kommunikatsiooniprotsessis tuleb iga käitumisakti vaadelda eraldi. Situatsioon, kus tuleb teha valik, kas järgida käitumisnormi või mitte, tõstatab küsimuse, kas normatiivseid ootused on õiged või mitte. Iga selline valik näitab, kas konkreetsetel juhul otsustati normatiivsete ootuste kasuks. Karistusõigus ei saa vaadelda kogu süsteemis toimuvat kommunikatsiooniprotsessi tervikuna, sest siis oleks hindamise alus raskesti tuvastatav ning rikutud oleks teokaristusõiguse põhimõtet. Samuti on oluline mõjutada iga valikusituatsiooni, kus küsimuseks on normatiivsete ootuste õigsus ja seda saab teha üksnes juhul, kui käsitada iga olukorda eraldiseisvana.

²⁵⁷ K. Yamanaka, lk 781.

2.5.2.3.3. Loobumine lõpetamata ja lõpetatud katsest

Karistusseadustik eristab loobumist lõpetamata ja lõpetatud katse korral, määrates kummalgi juhul kindlaks, milles peab seisnema toimepanija loobumistegu. Edasises on analüüsitud, kas nii lõpetamata kui ka lõpetatud katse korral on täidetud süüteo katsest loobumise põhjendatuse teooria kohased eeldused: kas toimepanija saab muuta ära süüteo katsest tulenevad negatiivsed mõjud, mille sündmuste arengut ta kontrollis ja suunas oma tahte kohaselt.

Lõpetamata katse korral ei ole toimepanija oma ettekujutuse kohaselt realiseerinud kõike, mis on vajalik süüteo koosseisu lõpuleviimiseks ja loobumiseks piisab, kui katkestada üksnes teo edasine jätkamine. Lõpetamata katse korral on sündmuste edasine areng toimepanija kontrolli all, sest tal on võimalik otsustada, kas ja kuidas jätkata tegu, et see viiks karistusseadustiku eriosas kirjeldatud koosseisu lõpuleviimiseni või süüteo toimepanemine hoopis katkestada, mille tulemusena jääb õigushüve kahjustamata.

Lõpetatud katse korral on toimepanija teoks teinud kõik, mis tema ettekujutuse kohaselt on vajalik koosseisu lõpuleviimiseks. Tagajärje saabumiseks ei ole vajalik enam toimepanija lisapanustamine, vaid olukord sõltub üksnes sellest, kui kiiresti vallandab toimepanija tegu põhjusliku seose ahela, mis viib tagajärjeni. Samas niikaua, kui koosseis pole lõpuni viidud, on veel võimalik avaldada mõju põhjusliku ahela kulgemisele ja hoida koosseisu lõpuleviimine ära. Seega võib väita, et nii kaua, kuni toimepanijal on võimalik tagajärje saabumist vältida, on tegemist tema kontrolli all oleva teoga. Samas on põhjusliku ahela kulgemise mõjutamisel suur roll juhusel. Näiteks toimepanija teoplaani kohaselt soovib ta toime panna tapmise ja teha seda südame piirkonda noaga korduva löömise tagajärjel ning tema ettekujutuse kohaselt peaks kolmest löögist piisama. Pärast löökide sooritamist, nähes maas lamavat, oigavat ja verist kannatanut, hakkab tal kahju ning ta otsustab surma saabumise ära hoida, helistades kohe kiirabisse, andes teada, mis juhtus ja paludes võimalikult kiiresti kohale tulla. Edasine sündmuste kulgemine ja tagajärje saabumine sõltub kõrvalistest teguritest, nagu näiteks, kui kiiresti saabub kiirabi, kas ei satuta ummikusse, mis võib olukorda kriitiliselt muuta, kas arstid võtavad vastu otsuse, mis on parim kannatanu elu päästmiseks. Eeltoodu näitab üheselt, et sellisel juhul sõltub tagajärje ärahoidmine, mitte üksnes toimepanija teost, vaid sellest, kuidas järgnevad asjaolud kulgevad. Õiguskirjanduses on sellist olukorda võrreldud vene ruletiga, mille tulemus on teadmata, sõltudes õnnest ja juhusest ning järelikult ei ole toimepanija sellisel teol piisavat kommunikatiivset toimet, et õigusnormides toodud käitumisjuhis on õige ja süüteo katsega on käitunud vääralt.²⁵⁸ Samas ei saa nimetatud järeldust üle kanda kõigile lõpetatud katse juhtumitele. Näiteks on võimalik, et toimepanija ettekujutuse kohaselt peaks surm saabuma mürgitamise teel, kuid kannatanu poolt mürgitatud kommi söömise ja võimaliku tagajärje saabumise vahele jääb kindlasti üle nädala aja ning kogu selle nädala jooksul on toimepanijal võimalik protsess ümber pöörata ja surma saabumine

²⁵⁸ H. Wege, lk 87–88.

ära hoida, kui ta helistab arstile ja teatab juhtunust, seejuures annab vastumürgi andmine peaaegu täieliku garantii. Viimases näites, kuigi tegu oli lõpetatud katsega, oli sündmuste kulgemine toimepanija kontrolli all ja tal oli võimalik veel nädal peale sündmuste kulgemist otsustada tagajärje reaalse saabumise üle. Järelikult ei saa teha järeldust, et lõpetamata katse korral sõltub tagajärje mitte-saamine suures osas lisaks toimepanija tegevusele ka juhusest.

Seega ei saa üksnes süüteokatse liigi – lõpetamata või lõpetatud katse – alusel teha järeldust, kas süüteo käik on toimepanija kontrolli all. Samas on loobumise põhjendatuse kontekstis tähtis, et toimepanija panusel on oluline roll sündmuste kulgemisel ja koosseisu lõpule viimata jätmise ei sõltu suures ulatuses üksnes juhusest. Järelikult on oluline, kuidas on määratud ja tõlgendatud nõuded loobumisteole, mille põhjal on võimalik otsustada, kas sündmuste areng on toimepanija kontrolli all. Lisaks on tähtis esile tuua, et sündmuste kontrolli all hoidmine on tagatud tunnuste vabatahtlikkusega ning põhjusliku seosega koosseisu lõpule viimata jäämise ja loobumisteo vahel, täpsemini: loetletud tunnustele sisu andmisega. Nimetatud teemat on analüüsitud jaotuses, milles on käsitletud nõudeid loobumisteo kohta (III ptk).

2.5.2.3.4. Süüteokatsest loobumine kui toimepanijale antav võimalus

Eelnevalt oli välja toodud, et süüteokatsest loobumisel peab olema sündmuste arenemine toimepanija kontrolli all ning ei tohi sõltuda vaid juhusest. Samas võib loobumisvõimalus ise sõltuda suuresti juhusest. Loobumisvõimalus võib jääda realiseerimata juhul, kui vahetult peale katse alustamist peatatakse toimepanija või toimepanijal on lõpetatud süüteokatse puhul mõttes kavatsus asuda süüteokatsest loobuma, kuid veel enne, kui ta oma plaani on saanud realiseerima asuda, sekkuvad õiguskaitseorganid ning tal puudub võimalus süüteokatsest loobuda.

Ei saa väita, et sellisel juhul oleks rikutud toimepanija õigusi, sest süüteokatsest loobumine ei ole toimepanija subjektiivne õigus, mille kasutamist peab riik talle garanteerima, vaid täiendav võimalus, mida ta saab kasutada kuni tegu on veel katsestaadiumis. Samuti ei saa väita, et sellisel juhul koheldaks erinevaid toimepanijaid ebavõrdselt, sest ühel oli võimalus kasutada loobumist, kuid teise tegevusse sekkusid vahetult peale katse alustamist õiguskaitseorganite töötajad. Asjaolu, et isiku õigusvastasele käitumisele on alust reageerida juba peale süüteokatse alustamist, on kurjategija risk, sest ta on alustanud enda ettekujutuse kohaselt õigusnormidega vastuolus olevat käitumist.

Seega on süüteokatsest loobumine võimaluse andmine: kuni riik ei ole veel isiku tegevusse sekkunud, on tal võimalus muuta süüteokatsest tulenev negatiivne mõju nii konkreetsele õigushüvele kui ka õigusnormi kehtivusele.

Süüteokatsest loobumise kasutamine ei ole toimepanija kohustus, millele riik saaks reageerida täiendava etteheitega. Kui toimepanija loobumisvõimalust ei kasuta, saab talle ette heita üksnes käitumisnormi rikkumist ning õigushüve

kahjustamist, konkreetse eriosa koosseisu realiseerimist, mitte aga loobumisevõimaluse kasutamata jätmist.²⁵⁹

2.5.2.3.5. Loobumise mõju karistamisväärsusele ja karistamistarvidusele

Järgnevalt on küsimus, kas süüteokatsest loobumine mõjutab ainult karistamistarvidust või ka karistamisväärsust.

Karistamisväärsus tähistab teo omadusi, mille tulemusena otsustakse, kas konkreetne käitumisakt peab olema kriminaalõiguslikult ette heidetav. Karistamisväärsus on kõiki teo olulisi aspekte hõlmav kriteerium ning ei ole vaadeldav eraldiseisva kuriteomõiste elemendina.²⁶⁰ Nimetatud seisukoht on väljendunud ka Riigikohtu lahendites 3-1-1-93-15 p-s119 ja 3-1-1-11-15 p-s 12.1, mille kohaselt on karistamisväärsus teole kui tervikule antav hinnang. Kirjanduses võib leida ka käsitusi, mille kohaselt karistamisväärsus on kuriteomõiste eraldiseisev element, lisaks koosseisule, õigusvastasusele ja süüle.²⁶¹

Karistamisväärsuse tuvastamine toimub teoorias välja töötatud kriteeriumite alusel, mis hõlmavad teo õigusvastatust, süülisust ehk teisisõnu kõiki kuriteomõiste kriteeriume, kuid lisaks ka karistusõiguse printsiipe nagu subsidiaarsus, sotsiaaladekvaatsus jne.²⁶² Karistamisväärsus on katusmõiste, mis hõlmab kõiki kuriteomõiste elemente ning annab vastuse küsimusele, kas konkreetne käitumisakt peaks olema karistusõiguslikult etteheidetav.

Karistamistarvidus on küsimus, kas ja millisel põhjendusel realiseerib riik karistusvõimu. Karistamistarvidus peab andma vastuse küsimusele, kas ja kuidas tuleb reageerida karistamisväärsusele teole. Nimetatud küsimuse osas määratleb seadusandja eriosa sanktsioonimäärad ning samuti karistuse mõistmise alused ning asjaolud, mida tuleb arvesse võtta. Karistamistarviduse teoreetilise aluse annavad karistusteooriad, mis määravad karistusvõimu ehk karistusõiguse erinevad õigusfilosoofilised ja õigusteoreetilised põhistused, määratledes, mille alusel isikut karistatakse.²⁶³ Karistamistarvidus ei ole seotud üksnes konkreetse käitumisaktiga, vaid ka väljapoole jäävate asjaoludega, nagu näiteks aegumine või leppimine kannatanuga, millest lähtuvalt ei ole karistusõiguslik reageerimine mõistlik. Karistamistarvidus on samuti määratletud deliktistruktuuri neljandat elementi sisustava kategooriana.²⁶⁴

Karistamisväärsus ja karistamistarvidus on mõisted, mille tuvastamisel lähutakse eelkõige samast kriteeriumist, kas õigushüve kaitseks on põhjendatud karistusõiguslik reageerimine. Järelikult ei ole nimetatud mõistete eristamine

²⁵⁹ K. Yamanaka, lk 781.

²⁶⁰ R. Zaczyk, lk 328.

²⁶⁰ U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen, § 1 p 56.

²⁶¹ C. Roxin Allgemeiner Teil I, lk 1047.

²⁶² R. Zaczyk, lk 328.

²⁶² U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen, § 57–84.

²⁶³ J. Sootak. Sanktsiooniõigus. Tallinn: Juura 2007, lk 25–26.

²⁶⁴ C. Roxin Allgemeiner Teil I, lk 1048.

üheselt selge.²⁶⁵ Üldiselt võib teo karistamisväärsust nimetada esmaseks, mis tuleneb õigusideest, ning karistamistarvidust teiseseks kriteeriumiks, mis sõltub ka kriminaalpoliitilistest kaalutlustest.²⁶⁶ Karistamistarviduse hindamine eeldab, et oleks tuvastatud karistamisväärsus.

Süüteokatse karistamisväärsus oli põhjendatud lähtuvalt toimepanija teos avaldunud tahtlusest, mis oli suunatud õigushüve kahjustamisele ning seeläbi õigushüve võimalikust ohtu sattumisest ning usaldussuhte rikkumise ja normatiivsete ootuste kahtluse alla seadmisega. Loobumisteoga näitas toimepanija, et tahtlus, mis oli suunatud õigushüve kahjustamisele, võttis teistsuguse suuna, tagades õigushüve säilimise ning tema tegu tõi välja, et ootuspärane on käitumiseeskirja järgimine, mitte vastupidine käitumine. Järelikult loobumisteoga on toimepanija avaldanud mõju nendele tunnustele, mis olid aluseks süüteokatse karistamisväärsusele.

Siiski võib vastu vaielda, et loobumisteo ajaks on süüteokatse juba realiseeritud ja järelikult saab loobumine mõjutada ainult karistamistarvidust, mitte aga enam karistamisväärsust. Erialakirjanduses on märgitud, et loobumisega ei saa olematuks teha süüteokatse ebaõigust.²⁶⁷ Loobumisel ei muuda toimepanija ära mitte süüteokatset vaid kuriteokoosseisu lõpuleviimise ning tegemist on loobumisega lõpuleviimisest mitte katsest.²⁶⁸ Autor nõustub, et loobumisega ei saa olematuks teha süüteokatset ning süüteokatse ja loobumine on teineteisele järgnevad käitumisaktid. Samas on katsel ja loobumisel spetsiifiline seos, neid ei saa käsitleda teineteisest lahutatuna. Loobumine on võimalik seni, kuni süüteokatsest tulenevad negatiivsed mõjud on aktuaalsed, s.t tegu ei ole lõpuleviidud või toimepanemine katkestatud. Loobumisel on ära muudetud süüteokatsest tulenev negatiivne mõju. Esiteks on koosseis jäänud lõpule viimata ning õigushüve kaitsesfäär taastatud. Teiseks on taastatud usaldussuhe ja usk normide kehtivusse: toimepanija on näidanud, et tema tahtlus, mis algselt oli suunatud õigushüve kahjustamisele, lähtub hoopis õigushüve järgimisest, mille kaudu ta näitab, et õige on järgida õigusnormi ning oma eesmärkide saavutamiseks ei ole õigushüvede kahjustamine õige. Loobumisel muudab toimepanija oma senise normivastase käitumise õiguskorraga kooskõlaks olevaks.²⁶⁹ Nimeetatud spetsiifiline ebaõigus on katse karistamise aluseks ning selle mõju on toimepanija ära muutnud, millest lähtuvalt on alust väita, et tema tegu avaldab mõju katse karistamisväärsusele.

²⁶⁵ A. Heckler, lk 30-32.

²⁶⁶ J. Sootak. Karistusõiguse alused, lk 79.

²⁶⁷ U. Murmann, Versuch und Rücktritt, lk 31.

²⁶⁸ H. Hälschner. Das preußische Strafrecht. Teil 2. System des preußischen Strafrechts: allgemeiner Teil. Aalen: Scientia-Verlag 1975, lk 199; A. Schumann. Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau: eine Untersuchung anhand der Dogmatik zum System von Versuch und Rücktritt seit dem 19. Jahrhundert. Berlin: Duncker und Humblot 2006, lk 142.

²⁶⁹ J. Hruschka. Zur Frage des Wirkungsbereichs eines freiwilligen Rücktritts vom unbeeendeten Versuch. – JuristenZeitung 1969, 24. Jahrg., Nr. 15/16, lk 497.

Kuigi toimepanija käitumine on suunatud lõpuleviimise vältimisele, avaldab see mõju ka süüteokatsele, mille negatiivne mõju seisnes teos, mis on suunatud koosseisu realiseerimisele ning seadnud normatiivsed ootused kahtluse alla. Lähtuvalt eeltoodust on töö autor veendumusel, et ei ole põhjendatud väita, et loobumine avaldab mõju ainult lõpuleviimisele. Isegi autorid, kes arvavad, et loobumise mõju on koosseisu lõpuleviimise vältimises, nimetavad, et loobumisel on katsega spetsiifiline seos ning tegemist on sama teo muutmisega, mis koosseisu lõpuleviimise järgselt ei ole võimalik.²⁷⁰ Täpsemalt on nimetatud teemat analüüsitud IV peatükis, mis käsitleb süüteokatsest loobumise dogmaatilist asendit ning näitab, milline tähendus on loobumisel süüteokatse etteheidetavuse osas.

Lähtuvalt eeltoodust on põhjendatud väita, et toimepanija loobub süüteokatsest, mitte lõpuleviimisest, sest mõjutab neid aluseid, mis on aluseks katse karistamisel. Järelikult on põhjendatud kasutada terminit „süüteokatsest loobumine”, mitte „lõpuleviimisest loobumine”.

Juhul kui karistamisväärsus on vähenenud selliselt, et pole alust isikule karistusõiguslikku etteheidet teha, siis ei ole ka tarvidust karistada. Süüteokatsest loobumisel ei ole seega lubatud, et riik rakendaks karistusvõimu, kuivõrd karistusõiguse eesmärgid on saavutatud toimepanija loobumisteo tulemusel. Karistusõiguslik reageerimine koos sanktsiooni kohaldamisega on põhjendatud siis, kui muude vahenditega ei ole karistusõiguse eesmärki võimalik saavutada, sest vastupidisel juhul oleks rikutud *ultima ratio* põhimõtet.

²⁷⁰ U. Murmann, Versuch und Rücktritt, lk 30-31.

III SÜÜTEOKATSEST LOOBUMISE TINGIMUSED KARISTUSSEADUSTIKU REGULATSIOONI KOHASELT

3.1. Ülevaade süüteokatsest loobumise tingimustest

III peatükis analüüsib töö autor, kas karistusseadustikus esitatud tingimused süüteokatsest loobumise kohta on kooskõlas loobumise põhjendatuse teooriates väljendatuga. Viimati nimetatud teooriate ülesanne on anda argumendid, mille põhjal väita, et toimepanijale ei tule tema realiseeritud süüteokatset ette heita või teda selle eest karistada. Peatükis analüüsitakse, milles täpsemalt peab loobumistegu avalduma ja kuidas on see kooskõlas loobumise põhjendamise alustega ning kas oleks vaja karistusseadustikku muuta. Analüüsimisel on võrdluseks toodud Saksa karistusseadustiku sätted süüteokatsest loobumise kohta.

Tingimused, mis juhtudel ei tule toimepanijale katset ette heita, on esitatud KarS-i §-des 40–43. KarS-i § 40 järgi on süüteokatsest loobumiseks vaja toimepanija loobumistegu ja selle vabatahtlikkust. Kui loobumistegu näitab, et on olemas toimepanija panus, eesmärgiga ära hoida süüteo lõpuleviimine, siis vabatahtlikkus kirjeldab toimepanija otsustamise põhjust loobuda oma esialgsest plaanist, teisisõnu sellest, miks ta otsustas toime panna loobumistego. Loobumistegu kirjeldab objektiivset poolt, mis avaldub välismaailmas. Vabatahtlikkus on loobumise subjektiivne tunnus, näidates toimepanija suhtumist, täpsemini tema motivatsiooni süüteost loobuda.²⁷¹

3.2. Loobumistegu

Loobumistegu näitab, milles peab seisnema toimepanija käitumisakt, mille põhjal on alust väita, et karistusõiguslik reageering ei ole põhjendatud. Loobumistegu võib defineerida kui toimepanija panust, mis on suunatud süüteo koosseisu lõpule viimata jätmisele. Loobumistegu võib avalduda nii tagajärje ära jäämises kui ka tõsimeelses püüdes tagajärge vältida.

KarS-i §-des 41–43 on loetletud tingimused, millele peab vastama loobumistegu lõpetamata katsel, lõpetatud katsel ja juhul, kui süüteo toimepanijaid on mitu. Eraldi on tegevusetuse kui vastutuse aluseks oleva konstruktsiooni kohta määratud KarS-i § 25 lg-s 6 süüteokatse realiseerimise tingimused, kuid regulatsiooni loobumistego kohta, juhul kui ollakse tegevusetu, ei ole.

Kuna karistusseadustikus ei ole sätestatud regulatsiooni, kui süüteost loobutakse kõlbmatu katse korral ega juhul, kui seda teeb juriidiline isik, siis järelikult tuleb nii tegevusetuse kui ka kõlbmatu katse korral juhinduda KarS-i §-dest 41–43.

²⁷¹ K. Amelung. Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch. – ZStW 120 (2008) Heft 2, lk 207.

Seoses juriidilise isiku loobumisega tuleb arvestada, et kogu juriidilise isiku vastutus on konstrueeritud konkreetse füüsilise isiku kaudu, kelle puhul peavad olema täidetud nii koosseis, õigusvastasus ja süü ning lisaks tuvastatud, et füüsiline isik on toiminud juriidilise isiku huvides. Eeltoodud põhimõtte on sätestatud ning leidnud väljenduse Riigikohtu lahendites (RKKKo 3-1-1-137-04, 3-1-1-30-11, 3-1-1-66-14). RKKKo 3-1-1-66-14 p-s 6 on märgitud, *“et juriidiline isik kui õiguslik abstraktsioon saab tegutseda vaid füüsilise isiku kaudu. See arusaam väljendub KarS § 14 lg-s 1, milles sätestatakse tuletatud (derivatiivse) vastutuse põhimõtte. Tegemist on omistamisnormiga, mille kohaselt vastutab juriidiline isik seaduses sätestatud juhtudel teo eest, mis on toime pandud tema organi, selle liikme, juhtivtöötaja või pädeva esindaja poolt juriidilise isiku huvides. Vastavalt KarS § 2 lg-le 2 on karistatav vaid tegu, mis vastab süüteo-koosseisule, on õigusvastane ja mille toimepanemises on isik süüdi. Seetõttu saab juriidiline isik vastutada üksnes juhul, kui tema organi, selle liikme, juhtivtöötaja või pädeva esindaja käitumises esinevad kõik nimetatud deliktistruktuuri elemendid ning kui tuvastatakse, et juriidilise isiku organ või juhtivtöötaja tegutses seejuures juriidilise isiku huvides”*. Järelikult saab juriidilise isiku loobumine realiseeruda üksnes läbi konkreetse füüsilise isiku, kelle puhul peavad olema täidetud loobumise eeldused.

Lisaks on loobumisteo käsitlemisel tähtsus KarS-i § 43¹ regulatsioonil, kui loobumistegu tehakse teoks tagajärjete osavõtu korral ning esitatud tingimused on samasugused kui süüteo katsest loobumiselgi, mistõttu on järgmise analüüsi aluseks võetud KarS-i §-d 41–43.

3.2.1. Tegu, millest saab loobuda, ehk teo tähendus süüteo katsest loobumise kontekstis

Loobumisteo toimepanemise ajal peab tegu olema katsestaadiumis, mis tähendab, et kõik süüteokoosseisu asjaolud ei ole veel teoks tehtud. Edasi on oluline, et toimepanija tajuks, et süüteokoosseisu kõik asjaolud ei ole veel saabunud, kuid võivad veel saabuda, millest järeldub, et tegemist ei ole nurjunud katsega. Seega kui teo lõpule viimine tuvastatakse objektiivse kriteeriumi alusel, siis süüteo katsest loobumise võimaluste kindlakstegemisel on KarS-i § 40 kohaselt määrav toimepanija subjektiivne arusaam, kas tagajärg võib veel saabuda ja millistel tingimustel. Siit tuleneb oluline järeldus, et toimepanija peab loobumistegu toime pannes tajuma, et süütegu on katsestaadiumis ja süüteo katse ei ole nurjunud. Nimetatud väide esitab aga kohe küsimuse, mis saab siis, kui toimepanija tegu on viinud juba koosseisulise tagajärjeni, aga isiku ettekujutuse järgi ei ole ta veel kõike teinud, mis oli tagajärje saabumiseks vajalik, ja seetõttu asub ta tagajärje ära hoidma, püüdes seda tõsimeelselt, kuid edutult.

Eespool kirjeldatud olukorda illustreerib näide, mille kohaselt on toimepanija ettekujutuse järgi vaja tapmiseks kahte mürgiannust, kuid surm saabub juba esimese tagajärjel, millest toimepanija ei saa aru ja asub ohvrit päästma. Ta kutsub kiirabi ja selgitab, mis mürki ta kasutas. Erialakirjanduses valitsev

arvamus käsitab kirjeldatud olukorda lõpuleviidud teona, millest loobumine ei ole võimalik ja isiku eksimus ei muuda asjaolusid. Lõpuleviidud teo eest on põhjendatud karistada, kui tagajärg on saabunud toimepanija teo tulemusel, olenemata asjaolust, et kõrvale on kaldutud isiku ettekujutusest teost ja põhjusliku ahela kulgemisest.²⁷² Erialakirjanduses on sellele seisukohale esitatud vastuväited järgmisel põhjendusel. Nimelt kui isiku ettekujutuse järgi on tegu lõpetamata katse staadiumis, siis puudub tal teo ajal tahtlus, sest ta ei pea veel toimepandud käitumisaktide tulemusena tagajärge võimalikuks. Samuti on oluline, et katse karistatavuse alus on isiku ettekujutus teost. Kui toimepanija on veendunud, et ta on lõpetamata katse staadiumis ja on edasise kuritegeliku käitumise katkestanud, siis on ta lõpetanud süüteo katse ebaõiguse, mis juba olemuselt saab seisneda üksnes teo ebaõiguses. Isikule saaks ette heita üksnes tagajärje põhjustamist ettevaatamatusest.²⁷³

Juhul kui toimepanija oma ettekujutuse järgi on jõudnud lõpetatud katse staadiumi ja arvab, et jõuab tagajärje veel ära hoida ning teeb selleks ka tõsimeelseid pingutusi, kuid edutult, kuna tagajärg oli juba saabunud vahetult pärast süüteo koosseisus kirjeldatud teo alustamist ja see ei olnud kooskõlas tema ettekujutusega, ei ole sellisel ekslikkusel teo lõpuleviimise seisukohalt tähtsust. Kuivõrd toimepanija tõsimeeli püüdis tagajärge vältida olukorras, kus süütegu oli juba lõpule viidud, ei ole selline olukord käsitatav loobumisena. Õiguskirjanduses aga arvab vähemus, et järelikult on toimepanija eksinud põhjuslikus seoses ja seetõttu ei ole põhjendatud talle lõpuleviidud süütegu ette heita.²⁷⁴

Hinnates mõlemaid situatsioone loobumise põhjendatuse teooriate kontekstis, kus toimepanija ühel juhul eksib, kui arvab, et ta on veel lõpetamata süüteo katse staadiumis, ja teisel juhul, et on lõpetatud katse staadiumis, kuid tegelikkuses on eriosa koosseisu tunnused täidetud, võib jõuda järgmise järelduseni. Loobumise põhjendatuse teooriad pigem ei toeta lahendust, mille kohaselt süüteo toimepanijat privilegeerida, sest täitmata on õigushüvede kaitse aspekt ja toimepanija ei ole katsetegu hoidnud enda kontrolli all. Nimelt on kogu loobumiskontseptsioon kantud ohvrikaitse eesmärgist, et hoida ära õigushüve kahjustamine. Loobuda saab toimepanija seni, kui süüteo katse on tema kontrolli all ja tal on sündmuste kulgu veel võimalik mõjutada. Sündmuste arenemine kavandatud mõnevõrra teisiti, on toimepanija risk, kuna õigushüvesid kahjustavad teod kannavad endas võimalust kulgeda plaanitust veidi erinevalt ja iga kõrvalekallet ei saa tõlgendada süüdlase olukorda kergendavana. Teisisõnu peab tagajärjeni viinud põhjusliku ahela käivitaja kandma tagajärje saabumise riski. Eriti arvestades, et süüteo katsest loobumine on lisavõimaluse andmine isikule, kes juba on astunud üle lubatu ja keelatu piiri. Kuigi eeltoodule võib vastu väita, et sellisel juhul sõltuvad loobumisvõimalused juhusest, ei ole see siiski põhjendatud, sest loobumine tulebki kõne alla eelkõige nende tegude korral, kus toimepanija sooritatud teo ja süüteo koosseisu kõigi asjaolude saabumise vahele

²⁷² K. Kühl, lk 350.

²⁷³ J. Sootak. Karistusõigus, lk 496.

²⁷⁴ J. Sootak. Karistusõigus, lk 496.

jääb teatud ajavahemik. Loobumine on võimalik, kui koosseis ei ole veel lõpuni viidud, toimepanija tegu ei ole õigushüve veel kahjustanud ja toimepanijal on sündmuste üle kontroll. Eraldiseisev on seejuures küsimus, kas on täidetud subjektiivse koosseisu tunnused.

3.2.2. Lõpetamata ja lõpetatud katse eristamine

KarS-i §-des 41 ja 42 on süüteokatsest loobumisel esitatud lõpetamata ja lõpetatud katse kohta erinev regulatsioon. Saksa karistusseadustik sellist erisust välja ei too, küll on seda käsitletud Saksa õiguskirjanduses.²⁷⁵

Lõpetamata ja lõpetatud katse korral on erinevalt määratud tegu, mille kaudu saab katseteole avaldada sellist mõju, et süüteokatset ei ole alust toimepanijale ette heita ja teda selle eest karistada.

Eesti karistusseadustiku regulatsiooni kohaselt on lõpetatud ja lõpetamata katse eristamiseks kriteerium, kas isik on oma ettekujutuse järgi teinud kõik, mis on süüteo koosseisu asjaolude realiseerumiseks vajalik. Toimepanija ettekujutuse olulisuse toob välja Saksamaa Liidukohtu lahend, mille kohaselt, kui toimepanija ettekujutusele vastavalt on ta lõpetama katse staadiumis, kuigi tege-
likkuses on tegemist nurjunud katsega, tuleb hinnata, kas ta on täitnud loobumise reeglid lõpetamata katse järgi.²⁷⁶

Edasi on tähtis, mis hetkel toimepanija arvas, et on kõik vajaliku teinud.²⁷⁷ Karistusõiguses eristatakse sellele küsimusele vastamisel üksikakti ja terviklahenduse käsitlust, mis pakuvad lahendusi, kuidas teha vahet lõpetatud, lõpetamata ja nurjunud katsel, samuti esitavad need kaks käsitlust piiri, mis ajani ja millisel viisil on isikul võimalik loobuda süüteokatsest.

Üksikakti teooria kohaselt tuleb isiku käitumisakte vaadelda eraldi. Juhul kui isik lasi üksiku ebaõnnestunud teoga käest sündmuste käigu, on tegemist mitte tagasi võetava üksikteoga ja seega nurjunud katsega.²⁷⁸ Üksikakti teooria pool-
daja on G. Jakobs. Tema argumentatsiooni järgi tuleb loobumise põhistamisel aluseks võtta katsespetsiifiline lähenemine, mille kohaselt seisneb loobumine süüteokatse muutmises.²⁷⁹ Loobumine on võimalik nii kaua, kuni toimepanija on plaanipäraselt hoidnud ära süüteokatsest tulenevad riskid õigushüvele.²⁸⁰ Kui isik esialgse teoplaani kohaselt ei suuda tegu lõpuni viia, on süüteokatsest loobumine välistatud isegi siis, kui tagajärg lõpptulemusena ei saabu. Üksikakti teooriale heidetakse ette, et halvemas olukorras on see isik, kes on toime pannud esialgse plaani kohaselt ebaõnnestunud käitumisakti, kuid näeb

²⁷⁵ V. Krey, R. Esser, lk 534.

²⁷⁶ BGH otsus 08.12.2016 – 2 StR 440/16 – Arvutivõrgus: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=77130&pos=0&anz=1> (vaadatud 10.02.2017).

²⁷⁷ E. Samson, lk 326.

²⁷⁸ K. Kühl, lk 334.

²⁷⁹ G. Jakobs. Rücktritt als Tatänderung, lk 84–85.

²⁸⁰ G. Jakobs. Rücktritt als Tatänderung, lk 104.

võimalust jätkata – sellisel juhul ta alustatud süüteokatsest enam loobuda ei saa. Kui aga isik, kes on jõudnud lõpetatud katse staadiumi, hoiab aktiivse teoga tagajärje ära, saab ta veel loobuda.²⁸¹ Selline üksikakti käsitlusviis seab ohtu ohvri, sest süüteokatse tegija võib tulla mõttele kõrvaldada ohver kui tema kuriteo ainus tunnistaja, sest süüteokatsest loobuda, kui esialgne plaan on ebaõnnestunud, ei saa, kuid võimalus tegu lõpuni viia on olemas.²⁸² Eelkirjeldatu põhjal võib väita, et üksikakti teooria aluseks võtmine võib õigushüvede kaitse aspektist liialt piirata süüteokatsest loobumise võimalusi.

Terviklahenduse teooria kohaselt tuleb toimepanija üksikuid käitumisakte vaadelda ühtse tervikuna.²⁸³ Siin võib omakorda eristada kahte lähenemist süüteokatse lõpetamata ja lõpetatud katseks määramisel. Planeerimishorisoni teooria kohaselt tuleb isiku ettekujutust hinnata süüteokatse alustamisel ning kui ta on vastavalt oma ettekujutusele asjaolud realiseerinud, on katse lõpetatud.²⁸⁴ Korregeeritud loobumishorisoni teooria kohaselt loetakse katse lõpetatuks, kui on toime pandud ka viimane, teoplaanis algselt puudunud tegu, mida isik arvab vajalikuks oma eesmärgi saavutamiseks.²⁸⁵ Muutuda võib nii kuriteo toimepanemise vahend ja viis ning isegi realiseeritav koosseis. Saksa kohtupraktika ja õigusteoorias valitsev arvamus lähtub korregeeritud loobumishorisoni teooriast, mille kohaselt otsus, kas süüteokatse on lõpetatud või lõpetamata, sõltub sellest, kuidas toimepanija hindab olukorda loobumise hetkel.²⁸⁶

Kui nõustuda käsitlusega, et katsetegu võib hõlmata mitut käitumisakti, on oluline näidata, kas ja kuidas avaldab süüteokatsest loobumine mõju käitumisaktidele, millega kuritegelikku tagajärge ei saavutatud mitte seetõttu, et toimepanija loobus, vaid need ei viinud plaanitud tulemuseni, seega nurjusid.²⁸⁷ Loobumise mõju kõigile realiseeritud käitumisaktidele on põhjendatud osategude seotuse kaudu, mis moodustavad loomuliku teoühitsuse.²⁸⁸ Ühendav lüli on nii ajalis-ruumiline seos kui ka sama kuritegelik eesmärk. Järelikult ei ole põhjendatud anda eri käitumisaktidele iseseisvat tähendust, sest tegemist on ühe teoga, mida toimepanija proovib realiseerida mitmel viisil. Vastupidisel juhul paneksite põhjendamatult paremasse positsiooni toimepanija, kes esialgses plaanis arvestas mitme võimalusega ja oli välja mõelnud, kuidas ühelt käitumisaktilt üle minna teisele. Loobumise kontekstis on oluline, et kogu kuritegeliku käitumise ajavahemikul on sündmused toimepanija kontrolli all ja ta saab otsustada, kas süüteokoosseisu realiseerimine viiakse lõpuni või mitte. Niikaua, kui on olemas võimalus süüteokoosseis veel realiseerida, saab ka õigushüve kahjustada. Õigushüvede kaitse aspektist ja ohvrikaitse põhimõtte kohaselt on põhjendatud

²⁸¹ K. Kühl, lk 334.

²⁸² K. Kühl, 335.

²⁸³ E. Samson, lk 328.

²⁸⁴ E. Samson, lk 328.

²⁸⁵ J. Sootak. Karistusõigus, lk 487.

²⁸⁶ E. Samson, lk 329.

²⁸⁷ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, lk 46.

²⁸⁸ A. Schönke, H. Schröder, § 24/19.

anda loobumisvõimalus seni, kui õigushüve veel kahjustatud ei ole, kuid samas on selleks võimalus, lähtudes korrigeeritud loobumishorisoni käsitlusest.²⁸⁹

Usu taastamine õigusnormide kehtimisse on korrigeeritud loobumishorisoni käsitlusest lähtudes samuti täidetud. Põhjendatud ei ole vaadelda eraldi iga käitumisakti, mis on vajalik kuritegeliku eesmärgi realiseerimiseks, vaid oluline on, et toimepanija on loobunud konkreetse kuritegeliku plaani teostamisest ja asunud käituma õigusnormide kohaselt. Kuritegelik plaan väljendub konkreetsetes ajas ja kohas sooritatud käitumisaktides, mis on kantud tahtlusest realiseerida kuriteo koosseis. Süüteost loobumine seevastu näitab, et kuritegelikust plaanist on lahti öeldud ja kuritegelik käitumine asendatud norme järgivaga. Eelöeldut tuleb arvestada üksnes konkreetse kuriteo realiseerimise korral, mitte aga järgmiste võimalike kuritegude suhtes.

Korrigeeritud loobumishorisonist lähtumine on kooskõlas lõpetatud katsest loobumisega. Viimase korral on võimalik loobuda, kui isik oma ettekujutuse järgi ei ole teinud kõike vajaliku selleks, et süüteo koosseis realiseerida. Loobumisvõimalus põhineb toimepanija kontrollil sündmuste üle, sest tema teopanus oli juba antud. Samuti on toimepanijal kontroll sündmuste üle seni, kuni ta tajub võimalust süüteo koosseisu tunnuseid täita.

3.2.3. Loobumistegu lõpetamata katse korral

Lõpetamata katse korral ei ole toimepanija veel teinud kõike vajalikku tagajärje saabumiseks ja loobumiseks piisab KarS-i § 41 kohaselt süüteo lõpuleviimise katkestamisest. Teo katkestamine tähendab lahti ütlemist koosseisupärase teo plaanist, seega esialgse plaani asendamist uue, loobumist sisaldavaga.²⁹⁰ Teo katkestamisele on karistusõigusteeselises esitatud tingimused, et konkreetsest teost peab olema lõplikult lahti öeldud.²⁹¹ Nende kriteeriumide sisustamiseks võib õigusteoreetilises kirjanduses tuua esile kaks äärmuslikku seisukohta, nagu konkreetne ja abstraktne käsitlus, ning lisaks on variant, mis jääb nende kahe vahele.

Abstraktse käsitluse järgi on tegemist süüteokatsest loobumisega, kui toimepanija on lõplikult otsustanud mitte jätkata oma kuritegelike eesmärkide realiseerimist.²⁹² Järelikult ei ole süüteokatsest loobumise tingimus täidetud, kui isik otsustab varguse katkestada, sest talle helistab sõbranna, kellega ta soovib aega veeta. Samas ei loobu ta otsusest tegu siiski nädala pärast lõpuni viia, teades, et suvilaomanikud saavad alles kahe kuu pärast. Abstraktsele käsitlusele heidetakse ette, et selle puhul läheb kaduma süüteokatsest loobumise seos juba aset leidnud konkreetse süüteokatsega ja loobumist laiendatakse tulevikus toimuvatele käitumisaktidele.²⁹³

²⁸⁹ V. Krey, R. Esser, lk 538.

²⁹⁰ J. Sootak. Karistusõigus, lk 498.

²⁹¹ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/137.

²⁹² H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/138.

²⁹³ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/139.

Abstraktse kontseptsiooni vastand on konkreetne käsitus, mille kohaselt toimepanija peab katkestama konkreetse süüteokoosseisu realiseerimise, mida ta oma ettekujutust mööda oli alustanud. Sellisel juhul oleks iga kõrvalekallet ja modifikatsiooni võimalik käsitada esialgse plaani katkestamisena, loomulikult tingimusel, et täidetud on vabatahtlikkuse kriteerium.²⁹⁴

Õiguskirjanduses valitseb konkreetsetel käsitlustel põhinev lähenemine, kuid seda on korrigeeritud loomuliku elukäsitlusega, mille kohaselt modifikatsioonid, mis on vahetus ajalises ja ruumilises seoses esialgu kavandatuga, ei too iga kord kaasa teo katkestamist.²⁹⁵ Seejärel on oluline teha kindlaks muudatused, mille korral on tegemist veel sama teo jätkamisega, mitte aga uue alustamisega.

Erialakirjanduse väitel ei ole tegemist teost loobumisega, kui süüteo toimepanija ründab sama õigushüve, ent ründeviis ise on mõnevõrra muutunud. Ründeviisi muutmine võib avalduda sama süüteokoosseisu sees, näiteks kasvab peksmine üle pussitamiseks, olles mõlemal juhul suunatud isiku tapmisele. Samas on võimalik, et ründeviisi muutumine toob juurde kvalifitseeriva tunnuse sama koosseisu raames, olenevalt kuriteo toimepanemiseks kasutatavast vahendist. Ründeviisi muutmine võib aga kaasa tuua ka muutuse süüteokoosseisus, näiteks kelmus on muutunud varguseks, mille korral ei ole põhjendatud väita, et tegemist on uue teoga ja toimepanija on esialgsest teost loobunud.²⁹⁶ Seega ei ole tegemist süüteokatse katkestamisega, kui rünne jätkub sama õigushüve vastu ja ebaõigus avaldub sarnases kahjustamises, kuigi mitte samas koosseisus karistusseadustiku eriosa tähenduses.

Kõrvalekalle esialgsest teoplaanist võib avalduda selles, et muutub ründe objekt. Näiteks isik, kes on soovinud toime panna röövimise, kuid saab teo sooritamise käigus aru, et rünnataval ei ole raha, otsustab realiseerida vägistamise koosseisu. Eeltoodud käsitluse kohaselt ei oleks tegemist sama teo jätkamisega, sest esimene tegu (röövimine) nurjus ja toime otsustati panna uus tegu (vägistamine). Kui toimepanijal oli võimalus ka röövimist kui esimest teo osa realiseerida, siis nüüd on ta sellest loobunud.

Süüteo edasise katkestamise sisustamisel, võttes aluseks süüteokatsest loobumise põhjendatuse teooriad, võib jõuda järgmise lahenduseni. Õigushüvede kaitse aspektist on põhjendatud siduda teo katkestamine konkreetse aja ja kohaga, milles plaanitud tegu hakati realiseerima, sest loobumise tulemusel jääb konkreetne ründeobjekt kahjustamata. Teo katkestamisena ei tule mõista iga kõrvalekallet esialgsest plaanist, vaid üksnes sellist, mille tulemusena hakkab muutunud ründeviis oluliselt mõjutama etteheidetavat ebaõigust; ka on muutunud õigushüve. Erandiks oleks üksnes olukord, kui tegemist on olemuslikult sarnaste õigushüvedega, näiteks tervis ja elu. Kui toimepanija otsustab tapmise asemel tekitada tervisekahjustuse, on see oluline muudatus realiseeritava ebaõiguse suhtes ja toimepanija on esialgsest plaanist lahti öelnud. Seevastu olukord, kus plaan tekitada tervisekahjustus kasvab üle tapmiseks, ei ole käsitatav

²⁹⁴ U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen, § 24/50.

²⁹⁵ U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen, § 24/50.

²⁹⁶ K. Kühl, lk 342.

kõrvalekaldena. Siiski on oluline, et esimesele teole järgnev tegu hõlmaks esialgse teo ebaõiguse nii ründeviisi kui ka õigushüve aspektist – sellise eelduse on võtnud aluseks Saksa kohtupraktika.²⁹⁷

KarS-i § 41 on loobumise lõpetamata katsel sidunud süüteo lõpuleviimise katkestamisega. Siit võib järeldada, et kui kõrvalekalle puudutab etteheidetavat koosseisu, on esialgu plaanitu katkenud ja süüteokatsel loobumise eeldused täidetud. See käsitlus võib minna aga vastuollu teoühtsusega ning hakkaks ajas ja ruumis loomuliku elukäsitluse kohast ühte tegu liialt tükeldama. Seega tuleks süüteona käsitada ajas ja ruumis terviklikku käitumisakti, mis on ühendatud konkreetse kuritegeliku plaani realiseerimisega, kusjuures võivad kaasneda teatud kõrvalekalded esialgsest.

3.2.4. Loobumistegu lõpetatud süüteokatsel

Lõpetatud süüteokatsel on tegemist juhul, kui toimepanija oma ettekujutuse järgi on teinud kõik, et tagajärg saabuks. Ta arvestab pärast viimase teo toimepanemist üsnagi tõenäolise võimalusega, et tagajärg saabub ilma lisategudeta. Isik peab olema ohuteadlik – teadma, et tagajärje saabumine ei ole kaugel.²⁹⁸

Lõpetatud katse korral võib loobumine seisneda tagajärje ärahoidmises (vt ptk 3.1.4.1) või tõsimeelses püüdmises tagajärge ära hoida (vt ptk 3.1.4.2), eeldusel, et üksiktäideviija puhul ei piisanud teo lõpuleviimiseks lõpetatud katsel.

3.2.4.1. Tagajärje ärahoidmine kui loobumistegu lõpetatud katse korral

Õiguskirjanduses puudub üksmeel tagajärje ärahoidmise kui loobumisteo tingimuste kohta. Olenevalt sellest, kas oluline on üksnes tagajärje vältida või rõhutatatakse ka toimepanija tegu, võib eristada kahesugust lähenemist, nagu võimaluste avamise teooria ja prima panuse käsitlus.

Võimaluste avamise teooria nõuab naturalistlikku kausaalsust loobumisteo ja saabumata jäänud tagajärje vahel ning rõhuasetus on tagajärje ärajäämisel.²⁹⁹ Järelikult ei ole tähtis, et loobumistegu avaldas mõju ainult koos teiste asjaoludega ja et tagajärje vältimiseks oleks olnud ka paremaid võimalusi. Loobumisteo tingimused on täidetud ka n-ö pooliku loobumise korral, kus toimepanija on tagajärje ärahoidmiseks valinud riskantsema viisi – ja seega ei ole andnud võimalikku parimat panust –, kuid tagajärg jäi saabumata.³⁰⁰

Võimaluste avamise teooria positiivseks küljeks on asjaolu, et seeläbi on paranenud võimaliku ohvri võimalused pääseda õigushüve kahjustamisest, mis-

²⁹⁷ BGH otsus 13.02.1985 - 3 StR 481/84. – NJW 1985, 1788-1789.

²⁹⁸ K. Kühl, lk 346.

²⁹⁹ H. Boss, lk 60.

³⁰⁰ I. E. Weinhold. Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch. Nomos: Baden-Baden 1990, lk 94-95.

tõttu on see lahendus eelkõige seotud ohvrikaitse põhimõttega.³⁰¹ Samas on võimaluste avamise teooria saanud õiguskirjanduses tugeva kriitika osaliseks, eelkõige seepärast, et puudub kooskõla loobumise põhjendamise alustega ega ole kooskõla teise loobumisalternatiivi tõsimeelse püüdmisega.³⁰² Naturalistlikku põhjuslikkuse kohaselt ei ole tähtis loobumisteo iseloom, vaid üksnes tulemus, et tagajärg jäi saabumata. Loobumise põhjendatuse teooriate kontekstis on keeruline põhjendada, et piisab naturalistlikust põhjuslikkusest, kuna sellisel juhul on suur roll õnnel ja juhuslikkusel, mille alusel on raske väita, et toimepanija on kontrollinud sündmuste arengut ja taastanud usu õigusnormi kehtimisse. Kannatanu kaitse aspektist pakub see üksnes ebakindlat kaitset.

Kui defineerida loobumist tagajärge ärahoidva teo iseloomu abil, ei piisa lihtsalt faktist, et tagajärge ärajäämise ja loobumisteo vahel on põhjuslik seos. Toimepanija tegu peab olema optimaalne, s.o parim võimalik tegu, mida saab teha tagajärge ärahoidmiseks. Tagajärge reaalse ärahoidmise korral peab tegu samuti näitama tõsimeelset püüdu tagajärge vältida, nagu see on KarS-i § 42 lg 1 lause 2 ja § 43 lause 2 järgi nõutav juhul, kui tagajärg jääb saabumata toimepanija teost sõltumata.³⁰³ Toimepanija peab valima võimalike lahenduste hulgast parima ja tõhusaima viisi, selle järgi nimetatakse eeltoodud käsitlust parima panuse lahenduseks. Kui toimepanija küll hoiab tagajärge ära, kuid tegemist ei ole optimaalse teoga, ei ole loobumise tingimused täidetud.³⁰⁴ Järelikult ei täida n-ö pooliku loobumise eeldused loobumisteo tingimusi.

Parima panuse lahenduse käsitluse kohaselt on kindlasti paremini täidetud õigusnormidesse usu taastamise tunnus, sest toimepanija on võtnud ette teo, mis peaks kõige tõhusamalt tagajärge vältima, ning näidanud, et sellise teo sooritamine on talle oluline ja et tegu on tõesti suunatud tagajärge ärahoidmisele. Samas ei saa otse väita, et parima panuse lahenduse kohaselt on toimepandu isiku kontrolli all, sest kõik võimalikud lahendused, võivad olla ebakindlad ja nende edukus vähetõenäoline.

Parima lahenduse käsitlust on kritiseeritud, sest vastavalt seaduse sõnastusele on oluline vältida tagajärge ning ei ole tähtis, kas see on saavutatud parima võimaliku teoga või mitte.³⁰⁵ KarS § 42 lg 1 kohaselt on oluline, et hoitakse ära tagajärg, tingimusi teole ei ole esitatud. Siiski võib erialakirjandusest leida seisukoha, et optimaalne päästmistegevus on ühitatav seaduse sõnastusega, sest nimetatud mõiste – tagajärge ärahoidmine – tuleb sisustada ja tegemist on süüteo koosseisu normatiivse tunnusega.³⁰⁶

Parima panuse lahendust on kritiseeritud ka õigushüvede kaitse seisukohalt. Toimepanija võib mitte valida parima lahenduse, kartes, et sellega võib ilmsiks

³⁰¹ C. Roxin. Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch. – T. Weigend, G. Küpper (Hrsg). Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999. Berlin: de Gruyter 1999, lk 332.

³⁰² C. Roxin. Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch, lk 333.

³⁰³ H. Boss, lk 64.

³⁰⁴ G. Jakobs. Strafrecht, lk 620.

³⁰⁵ C. Roxin. Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch, lk 332.

³⁰⁶ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, lk 66.

tulla tema kuritegu, kui samas on võimaliku tagajärje vältimiseks veel teisigi käitumisakte, mis aga ei täida parima panuse tunnust. Seega loobumistee piiramine üksnes parima teo sooritamiseks võib kanntanu pääsemisvõimalusi hoopis vähendada.³⁰⁷

Eeltoodud diskussioon toob esile, et nii võimaluste avamise teooria kui ka parima lahenduse käsitlus ei suuda anda vastuoludeta selgitust, milline peaks olema süüteokatses loobumise tegu. Saksa ülemkohtu praktikas võib leida mõlema käsitluse kasuks kalduvaid lahendeid, siiski on viimati tehtud lahendused lähtunud tagajärje ärahoidmisele orienteeritud käsitlusest.³⁰⁸

Õiguskirjanduses on jõutud tulemusele, et pelgalt ühest või teisest seisukohast lähtumine ei anna lahendust, vaid on vaja uusi argumente. Ühe võimalusena on pakutud, et nii nagu koosseisu tasandil tuvastatakse põhjuslik seos lisaks naturalistlikule põhjuslikkusele objektiivse omistamise reeglite kohaselt, siis sama lähtepunkti võiks aluseks võtta süüteokatses loobumisel, mille alusel saaks väita, et tagajärg jäi saabumata toimepanija panuse, mitte aga juhuse tõttu, ning tagajärje ärahoidmine on toimepanija kätetöö.³⁰⁹

H. Bossi käsitluse kohaselt ei saa normatiivse omistamise reegleid vahetult kasutada, sest siin ei too tegu kaasa tagajärge, vaid peab selle hoopis ära hoidma. Järelikult ei saa süüteokatses loobumisel ja tagajärje ärahoidmisel kasutatavaid argumente, nagu ohu suurendamine või tegutsemine normi kaitsealas, otse üle kanda. Seetõttu on vaja-leida erikriteeriumid, mille alusel näidata, et süüteokatses loobumise korral on tagajärje ärajäämine toimepanija panus. H. Bossi käsitluse järgi peab loobumistegu olema sobiv tagajärje ärahoidmiseks, et saaks väita, et see oli toimepanija kätetöö.³¹⁰ Optimaalse toimingu nõudmine ei ole küll põhjendatud, kuid see iseenesest ei tähenda, et ei võiks olla lisatingimusi naturalistlikule põhjuslikkusele. Ka süüteokoosseisu tasandil arvestatakse põhjuslikkuse kontrollimisel lisanõudeid. Kuigi loobumine ei ole Saksa karistusõiguse järgi süüteokoosseisu osa, vaid karistust välistav asjaolu, tuleb ka siin tuvastada seos loobumistee ja tagajärje vahel. Loobumistegu on sobiv, kui objektiivselt, *ex ante* vaatlusega on tuvastatav ettenähtavalt tagajärge ärahoidev mõju, kuid tegemist ei pea olema optimaalse teoga.³¹¹ Seega loobumiseks ei piisa, kui tuvastada üksnes naturalistlik põhjuslikkus, kuid samas ei ole nõutud, et toimepanija valiks kõigist võimalikest lahendustest parima. Nimetatud kriteeriumi järgi on välistatud juhtumid, kus toimepanija on küll teinud teo, mis on tagajärgjega põhjuslikus seoses, kuid selline seos ei ole ettenähtav ja tegemist on pigem juhuse või erandliku olukorraga, mis tegelikult viis tagajärje äralangemiseni. Seega lähtub H. Boss sisu poolest normatiivsest omistamisest, kohandades selle reeglid süüteokatses loobumise kontekstile.

³⁰⁷ C. Roxin. Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch, lk 333.

³⁰⁸ W. Joecks, K. Miebach, § 24.

³⁰⁹ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, lk 62.

³¹⁰ H. Boss, lk 186.

³¹¹ H. Boss, lk 197.

Eraldi küsimused tekivad kolmandate isikute kaasamisel tagajärje ärahoidmisesse, näiteks kas nõuded toimepanija enda või kolmanda isiku tegevuse suhtes tagajärje ärahoidmiseks on ühesugused. Eesti ega Saksa seadus ei nõua, et loobumisteo tingimused täidaks üksnes toimepanija omakäeline tegevus ning sageli ei ole see ka võimalik, sest eeldab erioskustega isiku (nt arsti) sekkumist. Küll on aga oluline, et just toimepanija oleks kaasanud kolmanda isiku tagajärje ärahoidvasse tegevusse.³¹² Ainult siis saab väita, et tagajärje ärahoidmine on põhjuslikus seoses loobumisteoga ja selles väljendub toimepanija panus.

C. Roxin on jõudnud järeldusele, et kui tagajärje ärahoidmine eeldab kolmandate isikute tegevust, ei piisa lihtsalt tegevusest, mis on põhjuslikus seoses tagajärje ärahoidmisega, vaid on vaja optimaalset tegu.³¹³ Ta põhistab oma käsitlust kriminaalpoliitilise argumendiga. Omakäelise teo korral ei ole vaidlust, et tagajärg on ära jäänud just toimepanija teo tõttu, nt haava sidumine või mürgistusvastase ravimi andmine. Sellisel juhul oleks põhjendatu nõuda, et toimepanija oleks valinud kindlama viisi tagajärje vältimiseks, nt arsti kutsumise.³¹⁴ Järelikult on toimepanija näidanud, et ta on otsustanud õiguskuuleka käitumise kasuks. Kui päästmistegevusse on kaasatud kolmandad isikud, on olukord teine, sest kui toimepanija seab kõrgemale enda pääsemise huvid, ei ole sellisel tegevusel piisavat põhistust isiku karistusest vabastamiseks.³¹⁵ Õiguskirjanduses on eeltoodud seisukoht pälvinud kriitikat põhjusel, et omakäeline tegevus ei vähenda rohkem süüteokatsega loodud õigustkõigutavat muljet kui kõrvalist abi kaasav tegevus. Omakäelise eduka tegevuse kasuks otsustamisel võib olulist rolli mängida toimepanija soov süütegu varjata, mitte aga püüd õigushüve ohustamist kindlamini ära hoida, sest sageli on tõhusam just kaasata professionaalne abi.³¹⁶ Seega tagajärje ärahoidev omakäeline tegevus ei näita toimepanija intensiivsemat või kindlamat pöördumist õiguskuuleka käitumise poole.³¹⁷ Tagajärje ärahoidmine on toimepanija loobumisteo tulemus, kui isik on kausaalhela kulgemist valitsenud ning ei ole oluline, kas ta tegutses üksi või oli selles osaline, kaasates teisi isikuid.³¹⁸

Süüteokatsest loobumise põhjendatuse teooriaga on kooskõlas loobumisteo koosseisu lõpuleviimata jätmise vahel nõuda lisaks tingimuslikule põhjuslikkusele veel tuvastamist, et tagajärje ärajäämine on toimepanija kätetöö, sest see läbi on põhjendatud väita, et sündmuste areng on olnud isiku kontrolli all, usk õigusnormi kehtimisse on taastatud ning samuti on sel viisil tagatud õigushüvedele tõhus kaitse. Niisugusel juhul ei piisa toimepanija mistahes teost, mis on põhjuslikus seoses tagajärje ärajäämisega, vaid süüteokatsest loobuja peab valima erinevate variantide hulgast sellise, mis on kohane ja sobiv tagajärje ära hoidma. Näiteks on isik lähimast asulast kaugel asuvas metsas sooritanud

³¹² V. Krey, R. Esser, lk 548.

³¹³ C. Roxin. Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch, lk 336.

³¹⁴ C. Roxin. Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch, lk 332.

³¹⁵ C. Roxin. Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch, lk 337.

³¹⁶ H. Boss, lk 137, 142.

³¹⁷ H. Boss, lk 142.

³¹⁸ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/161.

lõpuleviidud tapmiskatse. Tagajärje ärahoidmiseks on vajalik arstiabi. Ta võib ise kannatanu haiglasse viia, jätta kannatanu haigla lähedale lootuses, et keegi ta leiab ja kannatanu päästetakse, kutsuda kiirabi, öelda metsas olevale marjulisele, et eluohtlikus seisundis olev inimene vajab abi, kuid toimepanija ei saa oma telefoni kasutada. Kui nõuda, et isik peab valima teo, mis oleks sobiv ja kohane ning jätaks võimalikult vähe ruumi juhusele, siis ilmselgelt ei täida loobumise tingimusi kannatanu üksnes haigla lähedale jätmine või metsas marjulise poole pöördumine, teadmata, kas viimane teeb midagi kannatanu abistamiseks. Samas sõltub tagajärg siis, kui toimepanija kutsub kiirabi või toimetab kannatanu ise haiglasse, suures osas juhusest, olenedes, kui kiiresti arstiabi saabub ja kui tugev on kannatanu tervis, et pääseda. Eeltoodu alusel on toimepanija kohustatud valima teo, mis on antud olukorras võimalikult tõhus tagajärge ära hoidma. Kuigi see ei välista juhuslikkust, peab toimepanija valima variandi, mis välistaks põhjendamatud riskid – sellisest teoviisist nähtub, et toimepanija on juhtinud sündmuste kulgu ja on näidanud, et õige on valida käitumine, mis hoiab ära õigushübe kahjustamise. Samuti tagab see kannatanule võimalikult tõhusa kaitse.

3.2.4.2. Tõsimeelne püüdmine kui loobumistegu lõpetatud katsel

Tõsimeelset püüdmist kohaldatakse siis, kui tagajärje mittesaabumine ei ole seotud toimepanija teoga, vaid on tingitud muudest asjaoludest (KarS-i §42). Järelikult saab seda võimalust kohaldada eelkõige kõlbmatu katse korral. Samuti aktualiseerub tõsimeelne püüd tagajärge ära hoida siis, kui süüteo toimepanijaid on mitu (lähemalt käesoleva töö IV osas).

Tõsimeelse püüdmise korral on rõhuasetus seatud toimepanija käitumisele. Oluline on, et isik on vahetult asunud tagajärge ärahoidvat tegevust realiseerima, üksnes tema vastavasisulisest mõttest või kavatsusest ei piisa.³¹⁹

Saksa õiguskirjanduses ja kohtupraktikas valitseb seisukoht, et tõsimeelne püüdmine tuleb sisustada parima teo käsitle kohaselt, nõudes toimepanijalt optimaalset pingutust ja kohustust valida tagajärje vältimiseks parimad vahendid.³²⁰ Järelikult on nõutav, et toimepanija ammendaks tagajärje ärahoidmiseks kõik talle teadaolevad võimalused ja kolmandate isikute kaasamisel peab ta jälgima, et need võtaksid päästmiseks vajalikud abinõud tegelikult kasutusele.³²¹

Erialakirjanduses on väljendatud ka vastupidist seisukohta, mille kohaselt piisab tõsimeelseks püüdmiseks mistahes teost, mis oma olemuselt võiks tagajärje ära hoida.³²² Järelikult on siin aluseks võetud sisult sama käsitlus, kui tagajärje ärahoidmisel, mille kohaselt piisab, kui on täidetud põhjusliku seose tingimused.

³¹⁹ K. Kühl, lk 351.

³²⁰ V. Krey, R. Esser, lk 552.

³²¹ K. Kühl, lk 351.

³²² K. Kühl, lk 352.

Võttes aluseks mõiste „tõsimeelne püüdmine” keelelise aspekti, siis see pigem toetab seisukohta, et igasugune püüdmine ei täida veel loobumisteo tingimusi.³²³ Järelikult ei täidaks tingimusi n-ö poolikul viisil tagajärje ärahoidmine, kus suur roll on jäetud juhuslikkusele.³²⁴ Samas ei tulene seaduse sõnastuses kasutatud väljendist „tõsimeelne püüdmine”, et toimepanija peaks sooritama parima teo, mis on vajalik tagajärje ärahoidmiseks, vaid piisab toimingust, mis on selleks kohane ja sobiv.³²⁵

Siiski on oluline arvestada, et tõsimeelse püüdmise korral saab lähtuda üksnes oletuslikust põhjuslikkusest, mis toob kaasa ka suuremad nõudmised loobumisteo sidumiseks võimaliku tagajärje ärajäämisega. Tõsimeelse püüdmise korral tuleb kindla teadmisega külgneva tõenäosusega tuvastada, et loobumistegu hoiaks ära tagajärje, seega peab olema ka tagajärje saabumise risk oluliselt vähenenud.³²⁶ A. Tipoldi käsitusel kohaselt on tõsimeelseks püüdmiseks sobiv selline käitumisakt, mis aitab oluliselt vähendada tagajärje saabumist. Toimepanija ei pea valima kõige parema vahendi, vaid võib valida ka järgmise toimiva vahendi, kui sellega on piisavalt tagatud tagajärje mittesaabumine.³²⁷ Järelikult on nõutav kohane ja piisava kindlusega päästmistoiming. Nimetatud nõuetele vastav tegu tuvastatakse asjatundliku kõrvaltvaataja hinnangu alusel.³²⁸

Eeltoodust lähtuvalt on oluline, et nii nagu tagajärje ärahoidmise ja loobumisteo seos tuvastatakse objektiivse kriteeriumi alusel, nii määratakse ka tõsimeelse püüdmise korral vajalik tegu kindlaks objektiivselt. Oluline on aga märkida, et nii süüteokatse alustamise kui ka kulgemise staadiumide määramine on toimunud subjektiivse kriteeriumi kaudu, toimepanija ettekujutuse järgi. Samas ei nõua seadus, et kogu süüteokatsest loobumise regulatsiooniga seotu peaks olema tuvastatud subjektiivse kriteeriumi alusel. Seadus toob üheselt esile, millistel juhtudel tuleb võtta aluseks subjektiivne kriteerium, ning see on süüteokatse alguse ja edasise kulgemise määramine, kuid ei puuduta loobumisteole esitatavaid nõuded. Loobumise põhjendatuse teooriate aspektist on oluline, et tagatud oleks õigushüve säilimine, mistõttu on põhjendatud objektiivselt nimetatud asjaolu tuvastamine, sest ei piisa üksnes toimepanija ettekujutusest, et koosseis jäi lõpule viimata. Vastupidisel juhul võiks loobumisteo nõudeid täita ka näiteks kristallkuuli ostmise mürgitamisest päästmiseks.

Samuti on oluline, et nii tagajärge ärahoidva teo kui ka tõsimeelse püüdmise sisustamisel oleks lähtutud võimalikult sarnastest kriteeriumitest, sest mõlemal juhul on oluline näidata, et tagajärg jäi saabumata toimepanija teo tulemusel. Seejuures ei ole kuidagi põhjendatud, miks peaks kõlbmatu katse (KarS-i § 26) korral olema toimepanija panus suurem kui teo korral, mis realselt hoiab ära võimaliku tagajärje. Loobumisteo realiseerimise ajal kõlbmatu katse korral ei

³²³ A. Tipold. Rücktritt und Reue: Rücktritt vom Versuch und verwandte Bestimmungen. Wien: NWV, Neuer Wiss. Verl. 2002, lk 176.

³²⁴ A. Tipold, lk 174.

³²⁵ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/133.

³²⁶ A. Tipold, lk 171–172.

³²⁷ A. Tipold, lk 174.

³²⁸ A. Tipold, lk 174.

taju toimepanija, et tema tegu ei saagi viia kavandatud tulemuseni. Toimepanija ettekujutuse kohaselt ei ole erinevust, kas tegu on tavalise või kõlbmatu katsega. Lähtuvalt eeltoodust, seades tavalise katse korral tingimuseks naturaalse põhjuslikkuse ja kõlbmatu katse korral tõsimeelse püüdmise, siis seataks loobumisele tavalisest katsest põhjendamatult kergemad nõudmised kui kõlbmatu katse korral. Samuti ei sea seaduse sõnastus takistusi ühesuguseks lähenemiseks nii tagajärje tegeliku ärajäämise kui ka tõsimeelse püüdmise korral, sest kummalgi juhul ei ole täpselt kindlaks määratud, kuidas tuleb tuvastada seos loobumisteo ja ärajäänud tegeliku või oletusliku tagajärje vahel. Ilmselgelt toetavad loobumise põhjendatuse teooriad seisukohta, et toimepanijalt tuleb nõuda sobivat ja kohast tegu.

3.2.5. Loobumistegu tegevusetusdelikti korral

Nõuded tegevusetusdeliktile süüteokatsest loobumise korral on samad, mis tegevusetusdelikti korral, sest eraldiseisvat regulatsiooni tegevusetusdelikti kohta ei ole esitatud ei Saksa ega Eesti karistusseadustikus. Kui tegevusetusdelikti korral võis toimepanija loobumistegu avalduda nii passiivseks jäämises (loobumine teo edasisest realiseerimisest) või aktiivses käitumises (tagajärje vältimine), siis tegevusetuse korral saab loobumistegu seisneda ainult aktiivses käitumises, mis on suunatud tagajärje ärahoidmisele. Nimetatu tuleb juba tegevusetusdelikti olemusest, sest tegevusetusdelikti puhul eirab toimepanija kohustust teha nõutav aktiivne tegu.

Nii Saksa õiguskirjanduses kui ka kohtupraktikas on seisukoht, et tegevusetusdelikti korral on loobumiseks alati vaja samade eelduste täitmist, mis lõpetatud katse korral, s.o toimepanija aktiivset tegu, mistõttu on lõpetatud ja lõpetamata katse eristamine põhjendamatu.³²⁹

Saksa õiguskirjanduses on väljendatud ka vastupidine seisukoht, mille kohaselt on tegevusetusdelikti korral põhjendatud eristada lõpetamata ja lõpetatud katset, kuna nende eristamise kaudu on võimalik paremini tuvastada, milles konkreetsel juhul peab avalduma toimepanija loobumistegu.³³⁰ Tegevusetusdelikti lõpetamata katse korral piisab teo toimepanemisest, mis oli algul kohustuse täitmiseks vajalik (näiteks lapsele süüa andmine), kuid lõpetatud katse korral peab ta tema ettekujutuse kohaselt tegema lisateo (näiteks arstiabi kutsumine), sest esialgu vajalikust teost enam ei piisaks.³³¹ Samas puudub üksmeel,

³²⁹ BGH otsus 29. 10. 2002 – 4 StR 281/02 . – Arvutivõrgus <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/02/4-281-02.php3> ja BGH otsus 13.02.1985 – 3 StR 481/84 . – Arvutivõrgus http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/entscheidungen_node.html (vaadatud 10.02.2016) ning BGH otsus 29.06.2016 – 2 StR 588/15. – (NSTz 2016, 664, beck-online, vaadatud 20.02.2017).

³³⁰ W. Küper. Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. – ZStW, 112 (2000), Heft 1, lk 42.

³³¹ W. Joecks, K. Miebach, § 24 /83; J. Sootak. Karistusõigus, lk 582–583.

kuidas eristada loobumist lõpetatud ja lõpetamata katset tegevusetusdelikti korral.³³²

Kuigi tegevusetusdelikti korral on võimalik eristada lõpetatud ja lõpetamata katset, ei ole siiski võimalik üle kanda lõpetamata süüteokatselt loobumise regulatsiooni tegevusetusdeliktile, sest tegevusetusdelikti puhul on võimalik tagajärge vältida üksnes aktiivse teoga, s.o asudes tegevusse, mille tulemusena välditakse tagajärge. Samuti ei ole õiguskirjanduses seisukohta, et tegevusetusdelikt vajaks eri regulatsiooni süüteokatselt loobumise nõuete kohta. Järelikult on küsimus, kas toimepanija aktiivse teo tulemusena on hoitud ära tagajärg. Seega tuleb Eesti karistusseadustiku kohaselt lahendada süüteokatselt loobumine tegevusetusdelikti korral § 42 järgi ning loobumine on võimalik nii aktiivse teo kui tõsimeelse püüdmise kaudu tingimusel, et tagajärg ei saabu, v.a mitme toimepanija korral, kus teatud juhtudel piisab üksnes tõsimeelsest püüdmisest.

Järelikult on nii tegevusetusdelikti kui ka tegevusetusdelikti korral küsimus, milles peab avalduma nõutav tegu, mille puhul saab väita, et tagajärje ärahoidmine on seotud toimepanija käitumisega. Sellele küsimusele vastamisel tuleb lähtuda samadest alustest, mis tegevusetusdelikti puhul.

Erialakirjanduses valitseva arvamuse kohaselt piisab loobumisteoks igast teost, mis on põhjuslikus seoses tagajärje ärahoidmisega, ning ei ole vajalik, et toimepanija kasutaks optimaalsemat tegu tagajärje vältimiseks. Samas kui isik valib tegevusetusdelikti korral mitme võimaliku teo hulgast käitumisakti, mis ei ole kõige mõjusam, tuleb nentida nõutud teo tegemata jätmist.³³³ Seega tekib küsimus, kas ei teki vastuolu tegevusetusdelikti korral nõutud teo ja loobumisteo eelduste vahel, kuna loobumiseks piisab vähem kui tegevusetusdelikti puhul, et koosseis realiseerida. Nii näiteks juhul, kui isa näeb poega uppumas, kuid otsustab teda mitte päästa, vaid rannast ära minna. Mõni minut hiljem pöördub ta tagasi, kuid ei teata ise vetelpäästjale ega asu poega päästma, kuigi on hea ujuja, vaid teatab päevitavale naisterahvale, et keegi vist upub, osutades järvele. Pärast seda lauset isa lahkub rannast. Naisterahvas võtab öeldut tõsiselt ja teatab viivitamata vetelpäästjale, sest ise ta ujuda ei oska, ja laps päästetakse. Ajahetkest, mil poeg oli ohus, oli isal kohustus ta päästa, mida tal oli võimalik realiseerida, pannes toime süüteokatse. Eelnevalt toodud seisukoha järgi piisas süüteokatselt loobumiseks teost, mis oli põhjuslikus seoses tagajärje ärahoidmisega. Samas ei täida selline käitumisviis nõutava teo tingimusi, kuna isa valis võimalikest variantidest ühe ebakindlama, kuigi tal oli võimalik valida ka kindlam variant. Kuigi võib väita, et süüteokatselt loobumisel on välistatud toimepanija süü ja alles jääb katseteo õigusvastasus, siis süü puudumine ei tohiks samuti rajaneda juhusel, vaid toimepanija peaks sooritama optimaalseima teo. Seda nii tegevusetusdelikti kui tegevusetusdelikti puhul, lihtsalt tegevusetusdelikti puhul avaldub selle põhjendatus selgemini.

³³² W. Küper, lk 42–43.

³³³ J. Sootak. Karistusõigus, lk 570.

3.2.6. Loobumistegu mitme toimepanija korral

Mitme toimepanija korral loobumine on reguleeritud KarS-i §-s 43, mille kohaselt võib loobumistegu seineda tagajärje ärahoidmises või selle tõsimeelses püüdmises. Nimetatud sätet kohaldatakse KarS-i §-de 20–22 alusel siis, kui tegemist on kaastäideviimisega või lisaks täideviijale osaleb teos veel kaasaaitaja või kihutaja. Siiski tuleb arvestada, et kui täideviija tegutseb koos kaasaaitaja või kihutajaga, siis täideviija loobumine lahendatakse samuti kui üksik-täideviija korral KarS-i §-de 41–42 järgi, kuid kaasaaitaja ja kihutaja korral KarS-i § 43 järgi. Viimase juhtumi puhul on oluline märkida, et kuigi kuriteo toimepanemises osaleb mitu toimepanijat, siis täideviija valitseb täideviimistegu täielikult üksinda, mistõttu on põhjendatud tema poolt süüteokatses loobumisküsimuse lahendamine nagu üksiktäideviija korral.³³⁴

Süüteokatses loobumine mitme täideviija puhul on nagu üksiktäideviijagi puhul süüd välistav asjaolu ning kehtib üksnes selle isiku suhtes, kes on loobumise eeldused täitnud. Erinevalt üksiktäideviijast ei ole mitme toimepanija korral eristatud loobumistegu lõpetatud ja lõpetamata süüteokatsel. Seda on põhjendatud asjaoluga, et mitme toimepanija füüsiliste ja psüühiliste panuste vahel esineb sageli väljaselgitamatu kausaalseoste rägastik.³³⁵ Samas võib piisata ka mitme toimepanija puhul loobumisest sellest, et üks täideviija katkestab edaspidise kuritegeliku käitumise kui on täidetud muud loobumise eeldused.³³⁶

Olulisim erinevus süüteokatses loobumisel üksiktäideviija ja mitme toimepanija korral on see, et mitme toimepanija puhul on loobumise eeldused konstrueeritud nii, et iga toimepanija tegu peab olema suunatud kuriteo kui terviku ärahoidmisele, mitte üksnes tema enda panuse neutraliseerimisele. Eeltoodu on põhjustatud asjaoluga, et mitme isiku ühise panustamise tulemusel on tegemist eriti suure ohtlikkusega, mis on avaldunud kõigi toimepanijate käitumisaktide tulemusena ja enamasti ei piisa üksnes enda panuse tagasivõtmisest.³³⁷ Nimetatud seisukoha kriitikana on õiguskirjanduses nimetatud, et väide eriti suurest ohtlikkusest ei pea paika, samuti on see küsitav kriminaalpoliitilisest seisukohast, nimelt peaks kriminaalpoliitiline eesmärk olema suunata toimepanijat oma panust tagasi võtma seni, kui õigushüve veel kahjustatud ei ole.³³⁸ Kriitikaga tuleb nõustuda selles osas, et alati ei pruugi mitme toimepanija korral olla tegemist suure ohtlikkusega, sest võimalikud on mitmesugused variatsioonid, kuidas mitu isikut ühiselt osalevad kuriteo toimepanemises. Üldjuhul on mitme isiku toimepandud kuritegu siiski ohtlikum, kuna kuritegeliku eesmärgi realiseerimiseks on võimalik ühendada eri isikute oskused, teadmised ja käitumisaktid. Mitme isiku poolt kuriteo toimepanemisel seisneb igatühe panus lisaks

³³⁴ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/240.

³³⁵ J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik, § 43 p 2.

³³⁶ BGH otsus 08. 02. 2012 – 4 StR 621/11– NSTZ-RR 2012, 167, beck-online (vaadatud 20.02.2017).

³³⁷ C. Roxin. Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer. – A. Eser (Hrsg). Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag. München: C. H. Beck 1998, lk 279.

³³⁸ C. Roxin. Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer, lk 279.

konkreetses eseme või plaani väljamõtlemisele veel teiste toimepanijate tahtluse tugevdamises, sest nõustudes ja osaledes ühises kuriteos näitab isik üles heakskiitu ebaõiguse realiseerimise suhtes. Igal toimepanijal võib olla võimalik küll tagasi võtta tema konkreetne panus, kuid on keeruline ja sageli võimatu likvideerida kogu mõju kuriteo toimepanemisele. Arvestades eeltoodut on mitme toimepanija korral põhjendatud nõuda, et nende igapäevane loobumistegu oleks suunatud kuriteo kui terviku ärahoidmisele. Siiski varitseb eeltoodud regulatsioonis oht, et toimepanijale hakatakse ette heitma võõrast tegu, konkreetne kuritegelik tagajärg saavutati ilma toimepanija-poolse panuseta.³³⁹

Eeltoodud tingimuse tasakaalustamiseks on karistusseadustikus ette nähtud, et mitme toimepanija korral on loobumise nõuded täidetud, kui toimepanija on tõsimeelselt püüdnud tagajärje saabumist vältida, kuid tagajärg saabus ikkagi. Ühest küljest on süüteokatselt loobumise nõuded mitme toimepanija korral rangemad, sest loobuja tegu peab olema suunatud kuriteo kui terviku ärahoidmisele, ent teisest küljest kergemad, kuna piisab üksnes tõsimeelsest püüdmisest, mis ei suutnud õigushüve kahjustamist vältida. Eeltoodut põhjendab mitme toimepanija korral igapäevane panuse erinevus ja võimatus täielikult kontrollida teise inimese käitumist. Näiteks A on andnud kaastäideviija B-le muukraua seifi avamiseks ja selle enne varguse algust tagasi võtnud, kuid B ei lasknud ennast sellest heidutada ning realiseeris varguse raudkangi kasutades. Järelikult on A tõsimeelselt püüdnud tagajärge vältida, sest tal oli piisav põhjus eeldada, et on seeläbi nurjanud teo kui terviku toimepanemise, sest muukraud oli kuriteoks vajalik vahend. Süüteokatselt loobuja oli tõesti oma panuse neutraliseerinud ja teine toimepanija on tegutsenud loobuja teost sõltumatult, mille alusel on igati põhjendatud kohaldada süüteokatselt loobumise regulatsiooni.

Järgnevas näites on küll süüteokatselt loobumise nõuded täidetud, kuid siiski tekib küsimus loobumise põhjendatuse teooriate ja isikute võrdse kohtlemise aspektist. A ja B on otsustanud tappa C. Selleks lähevad nad C juurde ja meelitavad ta mürgitatud kooki sööma, mille A ja B on ühiselt valmistanud. Koogis olevast mürgist peaks piisama C surma põhjustamiseks. Kui C on koogi ära söönud, hakkab A kahetsema ning otsustab C elu päästa, sest tema teada peaks õigeaegse arstiabi ja vastumürgiga saama C elu päästa. A informeerib kiirabi, millise mürgiga on tegemist ning annab detailse ülevaate mürgi manustamisest ja kogusest, et meditsiinitöötajad saaksid võimalikult tulemuslikult reageerida. C-le antakse vastumürki, kuid sellega jäädi hiljaks ja C sureb. A on püüdnud tõsimeelselt loobuda C tapmisest, kuid ebaõnnestunud. KarS-i § 43 lg 2 regulatsiooni järgi oleks A täitnud kõik eeldused loobumiseks, sest nõutud on üksnes tõsimeelne püüdmine hoida ära tagajärg, olenemata asjaolust, kas toimepanija on neutraliseerinud oma panuse. See lahendus viib aga ebaloogilise järelduseni, sest kui A oleks toiminud üksinda, ei oleks süüteokatselt loobumise eeldused täidetud.

Eesti õiguskirjanduses on küll märgitud, et KarS-i § 43 lg-s 2 peab mitme toimepanija korral loobuja tõsimeelne püüdmine esinema lisaks tema enda

³³⁹ V. Krey, R. Esser, lk 557.

panuse neutraliseerimisele.³⁴⁰ Seda asjaolu on rõhutatud ka karistusõiguse üldosa õpikus, kus on märgitud, et loobumise eeldused on täidetud juhul, kui tegu viiakse lõpuni sõltumatuna loobuja varasemast teopanusest.³⁴¹ Eesti kohtupraktika nimetatud sätte tõlgendamise osas puudub. Oluline on märkida, et Eesti ega Saksa karistusseadustik ei tee vahet, kas mitme toimepanija puhul on tegemist kaastäideviijate või täideviija ja kihutaja ning kaasaitajaga. Samuti ei ole oluline, millises faasis isik ümber mõtleb, kas veel ettevalmistamise puhul või juba lõpetatud katse puhul. Järelikult hõlmab see väga palju erinevaid juhtumeid.

KarS-i § 43 kohaselt on nõutud üksnes toimepanija tegu, mis on suunatud süüteo kui tervikuga saavutatava tagajärje ärahoidmisele ja nõuet toimepanija enese panuse neutraliseerimiseks ei ole mainitud. Võib küll väita, et kui toimepanija ei ole oma teopanust tagasi võtnud, siis ei ole ta tõsimeelselt püüdnud tagajärge vältida, kuid selline tõlgendus oleks vastuolus seaduse sõnastusega. Näiteks Saksa karistusseadustiku § 24 lg-s 2 on üheks valikuks süüteokatsest loobumisel mitme toimepanija korral märgitud tõsimeelne püüdmine, mis ei hoia ära koosseisu lõpuleviimist, kuid see on toimunud sõltumata toimepanija panusest. Toimepanija panuse neutraliseerimine lisaks püüdele tagajärge ära hoida on põhjendatav loobumise eeldusena mitme toimepanija korral, sest sealäbi ei ole toimepanija enam seotud ühiselt plaanitud teoga ja tegu viidi lõpuni ilma tema panuseta. Tuvastamiskriteeriumiks, kas toimepanija panus on tagasi võetud, on asjaolu, kas sellel on jätkuv mõju kuriteo lõpuni viimisel.³⁴²

Oluline on märkida, et kogu süüteokatsest loobumise eesmärk on tagada õigushüvede lisakaitse ja toimepanija süü välistamist põhjendab tema panus tagajärje ärajäämisesse. Nõudmata oma teopanuse tagasivõtmist, võiks süüteokatsest loobumise regulatsioon laieneda juhtumitele, mille puhul ei ole täidetud süüteokatsest loobumise põhjendatuse teooria kohased eeldused, mille kohaselt toimepanija peaks tagasi võtma panuse, mille on andnud õigushüve kahjustamiseks ja õigusnormide kehtimise kõigutamiseks.

Siinse töö autor on seisukohal, et Eesti karistusseadustikku tuleks täiendada mitme toimepanijaga loobumise korral, kui tõsimeelsel püüdmisel ei õnnestunud tagajärge ära hoida. Lisatingimuseks tuleks välja tuua, et toimepanija peab olema tagasi võtnud oma teopanuse või kõrvaldanud või vähendanud oluliselt selle mõju. Ilma nimetatud täienduseta ei ole võimalik väita, et isik ei ole seotud enam ühiselt realiseeritava kuriteoga. Samas ei ole oma panuse tagasivõtmine oluline, kui toimepanija suutis tagajärge ära hoida, sest eesmärk on ikkagi vältida kuriteo lõpuni viimist.

Arvestades ühiselt toimepandud kuriteo eripära, mis avaldub omavahel põimunud kausaalahelates, tuleks toimepanijale anda võimalikult suur stiimul käituda õigushüve säästvalt. KarS-i § 60¹ regulatsioon ei kehti juhtumitele, mil mitme toimepanija korral püüdis neist üks isik edutult – teo ohtlikkus ei vähenenud – tagajärge ära hoida. Seega oleks KarS-i § 60¹ vaja täiendada lõikega,

³⁴⁰ J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik, § 43 p 3.4 ja 4.

³⁴¹ J. Sootak. Karistusõigus, lk 502.

³⁴² C. Roxin. Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer, lk 273.

mille kohaselt võib mitme toimepanija korral juhul, kui üks toimepanija püüdis tagajärge tõsimeelselt vältida, ent süüteoaktsest loobumise eeldused ei ole täidetud, kohus selle ühe toimepanija karistusest vabastada või tema karistust kergendada. Eeltoodud regulatsioon võimaldaks paindlikult reageerida erinevatele juhtumitele, tagades võimalikult suurel määral õigushüvede kaitse.

3.2.7. Loobumisteo subjektiivsed tunnused

Loobumisteo subjektiivsed tunnused näitavad, kuidas peab loobumistegu kajastuma toimepanija teadvuses ehk teisisõnu, kas ärahoidmisteo suhtes peab olema nõutav konkreetne tahtluse vorm või piisab mistahes, sealhulgas ka kaudsest tahtlusest. KarS-i § 40–43 tekst ei esita konkreetset tahtluse liiki, seda pole nimetatud ka Saksa karistusseadustikus. Õiguskirjanduses on mitmesuguseid seisukohti: ühed peavad põhjendatuks üksnes kavatsust, teiste arvates piisab kaudsest tahtlusest. Viimane on ka Saksamaa kohtupraktika valitseva arvamuse seisukoht.³⁴³ Kaudse tahtluse korral peab toimepanija võimalikuks, et tema loobumisteoga hoitakse tagajärg ära ning ta möönab seda.

Kaudne tahtlus ei ole välistatud ka juhul, kui tagajärje püütakse tõsimeelselt ära hoida. Võttes aluseks viimastise sõnastuse, võiks väita, et niisugusel juhul on vajalik üksnes kavatsus, kuna on keeruline väita, et kuigi toimepanija midagi ei soovi, ta ikkagi tõsimeelselt püüab seda teoks teha. Siiski tuleb arvestada, et kaudne tahtlus nagu otsenegi tahtlus on reeglina seotud kõrvaltagajärgega.³⁴⁴ Järelikult on võimalik konstrueerida olukord, milles B soovib ühte tagajärge, näiteks tappa konkreetne isik, kuid olenevalt toimepanemise viisist võib sellega kaasneda ka teiste isikute surm. Näiteks soovides tappa terrorist A-d, saadab B talle mürgitatud veini, kuna A on suur veinisõber, kuid mõnikord joob veini ka A naine. Soovides A surma, möönab B samuti tema naise surma võimalikkust. Paari tunni pärast, kui vein on joodud, selgub, et A ei olegi terrorist, vaid hoopis salajane informatsioonikoguja, kes esitleb end terroristina. B kutsub kiirabi ja teatab mürgitatud veinist, kuid talle on oluline üksnes A päästmine, millega võib kaasneda A naise päästmine. Hiljem selgub, et B oli mürgi asemel veini pannud hoopis tuhksuhkrut. B on nii süüteo koosseisu realiseerimise kui ka loobumisteo poolest A puhul käitunud kavatsusega, kuid A naise suhtes kaudse tahtlusega. Eeltoodu näitab, et koosseisu lõpuleviimise tõsimeelne püüdmine on võimalik kaudse tahtlusega.

Edasi tuleb küsida, kas selline lähenemine on kooskõlas nõudega, et toimepanija peab kontrollima süüteoaktset ja sellest tulenevat võimalikku tagajärge, ning samuti õigushüve kaitsmise põhimõttega ja usalduse taastamisega õigusnormi kehtimisse.

Erinevus otsese ja kaudse tahtluse vahel seisneb intellektuaalse elemendi intensiivsuses, st kui kindel on toimepanija oma loobumisteo mõjus tagajärje

³⁴³ K. Kuhl, lk 346.

³⁴⁴ J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik, § 16/15.

äraajäämisele. Olenevalt asjaoludest võib esineda olukordi, kus toimepanija peab võimalikuks, et tema päästmistooming hoiab tagajärje ära, kuid ta ei ole selles kindel. Kui välistada kaudse tahtlusega loobumised, võib väita, et päästetoomingu mõju realistlikult hindav isik võiks kaotada loobumisvõimaluse.³⁴⁵ Toimepanija hinnang, kas ta peab tagajärge ärahoidvat tegu reaalselt saavutatavaks või üksnes võimalikuks, ei näita, et ta oleks vähem orienteeritud oma tegu ümber pöörama.³⁴⁶ Siinjuures on oluline tõik, et lõpetatud katse korral on täielik kindlus selle kohta, et tagajärge õnnestub vältida, väga ebatõenäoline või isegi võimatu, selline prognoos võib olla üksnes lõpetamata katse korral. Kui nõuda subjektiivselt koosseisust teadmist tagajärje ärahoidmise kohta, piiraks see märkimisväärselt võimalust kohaldada loobumisregulatsiooni. Kindlasti ei ole lõpetatud katse korral loobumisvõimaluse välistamine põhjendatud õigushüvede kaitse aspektist, sest kuni veel on võimalik vältida kannatanu huvide kahjustamist, on põhjendatud ka loobumisvõimaluse andmine.

Õigushüvede kaitse aspektist on tähtis suunata toimepanija käitumist nii, et süüteokoosseisu lõpule viimata jäämine oleks võimalikult tõenäoline. Eeltoodu põhjal võiks väita, et toimepanijal peaks loobumisteo suhtes olema kavatsesus, kuna sel juhul piisab, kui loobumistegu pidada võimalikuks mõtlemise tasandil, kuid tahtlisel poolel peab toimepanija eesmärk olema tagajärg ära hoida – see näitaks suunatust õigushüve kaitsta. Ent kavatsesuse tingimuseks seadmine ei tugevda õigushüvede kaitset, vaid pigem piiraks seda põhjendamatult, kuna kaudne tahtlus avaldub eelkõige seoses kõrvaltagajärgedega, mille suhtes on toimepanijal nii süüteokatset realiseerides kui ka loobumistegu toime pannes ainult kaudne tahtlus. Soov tagajärge ära hoida ei suurenda samas tõenäosust jätta süüteokoosseis lõpule viimata ja järelikult ei näita, et sel juhul on toimepandu isiku kontrolli all rohkem kui kaudse tahtluse puhul.

Järelikult nii seaduse sõnastuse järgi kui ka loobumise põhjendatuse teooriate kohaselt ning arvestades nii õigushüvede kaitse aspekti, teo kontrolli all hoidmist ja usalduse taastamist õigusnormide kehtimisse, on kaudne tahtlus põhjendatud.

3.3. Vabatahtlikkus kui süüteokatsest loobumise element

Kui kuriteokatse toimepanemisel heidetakse isikule ette, et ta valis ebaõiguse kasuks, siis vabatahtlikkusega näitab toimepanija, et vaatamata esialgsele otsusele pöörduda õigusvastasele teele, jõudis ta veel enne õigushüve kahjustamist arusaamale, et ei soovi kuritegu ikkagi lõpule viia ja on ebaõiguse asemel valinud õiguspärase käitumise. Vabatahtlikkus iseloomustab toimepanija otsustamisprotsessi, mille tulemuseks on otsus jätta kuritegu lõpuni viimata.

³⁴⁵ I. E. Weinhold, lk 164.

³⁴⁶ I. E. Weinhold, lk 164.

3.3.1. Vabatahtlikkuse määramise kriteeriumid

Vaba tahe kui inimloomust iseloomustav tunnus on filosoofidele ja psühholoogidele uurimisainet pakkunud juba sajandeid. Ühest vastust küsimusele, kas ja millises ulatuses saab rääkida inimese vabast tahtest, ei ole siiski suudetud leida ning vaidlus deterministide ja indeterministide vahel on siiani lahenduseta.

Karistusõigusliku vastutuse eeldus on vaba tahe. Normatiivse süümõiste kohaselt heidetakse isikule ette, et ta ei käitunud õiguspäraselt, olles langetanud otsuse ebaõiguse kasuks, kuigi oleks võinud käituda õiguspäraselt ja langetada otsuse õiguse kasuks³⁴⁷. Karistusõiguse keskpunktis, mis lähtub finalistlikust süüteomõistest ja normatiivsest süümõistest, on inimene, kelle käitumine on küll mõjutatud temast sõltumatutest teguritest, nagu instinktid, päritolu, iseloom, kasvatus, võimed jts, kuid kes on võimeline nende tegurite toimet hindama ning seega ka oma käitumist ise kontrollima ja määrama nii, et see vastaks ühiskonnas omaks võetud käitumisnormidele.³⁴⁸ Toimepanijal on seega otsustusvabadus, kas kuritegu toime panna või mitte. Asjaolud, mille tõttu pole põhjendatud kuritegeliku käitumise kasuks otsustamist ette heita, välistavad süü. Karistusseadustikus on need määratud süüvõimena ja süüd välistavate asjaoludena §-des 32–43¹. Üks süüd välistav asjaolu on loobumine süüteokatselt.

Kuigi süüteokatselt loobumine on karistusseadustiku kohaselt süüd välistav asjaolu ja ka süü eeldus on vabatahtlikkus, ei tulene sellest veel, et vabatahtlikkus nende mõlema puhul ühtmoodi tuvastatakse. Süü puhul on tegemist normatiivse kategooriaga ning iga kord ei uurita, kas konkreetne toimepanija oli võimeline oma tegu vastavalt sellele juhtima ja tagajärge vältima. Vabatahtlikkuse kui süüteokatselt loobumise elemendi puhul pole seadusandja aga esile toonud, kuidas seda tuvastada. KarS-i §-s 40 on lihtsalt kindlaks määratud, et üks eeldus on vabatahtlikkus. Karistusõiguse teoorias on selle tuvastamiseks kaks käsitlust – normatiivne ja psühholoogiline.

3.3.1.1. Psühholoogiline käsitlusviis – toimepanija on oma otsuse isand

Psühholoogilise kontseptsiooni kohaselt tuleb empiiriliselt kindlaks teha, milline oli toimepanija suhtumine oma teosse ja võimalikkusesse see selle lõpule viimise viia. Vabatahtlikkus tähendab isiku otsustamisvabadust – ta tajub, et kuriteo lõpuleviimine on võimalik, kuid otsustab siiski jätta kuriteo lõpule viimata.³⁴⁹ Toimepanija tunnetab, et ta on oma otsuse valitseja. Loobumismotiivi sisu ja selle kiiduväärsus või hukkamõistetavus ei ole olulised, sest seda ei käsitata hinnanguliselt.

Psühholoogilise teooria keskmes on küsimus, millistele asjaoludele pöörata tähelepanu, tuvastamaks, et toimepanija on oma otsuse isand, sest inimsüühika

³⁴⁷ E. Samson, lk 210.

³⁴⁸ J. Sootak. Karistusõigus, lk 438.

³⁴⁹ M. Herrmann, lk 101.

ei ole üheselt ja selgelt mõistetav. Karistusõiguse teooria on pakkunud mitmesuguseid sõnastusi, kuidas vabatahtlikkust määrata.

R. Frankilt nime saanud Franki reegli kohaselt tuleb vabatahtlikkuse kindlakstegemisel tuvastada, kas toimepanija ettekujutuse kohaselt oli tal süüteo koosseis võimalik realiseerida või mitte. Vabatahtliku loobumise korral peaks toimepanija endale ütleva, et tal on küll võimalus tagajärg saavutada, kuid ta ei soovi seda. Mittevabatahtliku loobumise puhul soovib toimepanija tagajärge saavutada, kuid see ei ole võimalik.³⁵⁰ Saksa õiguskirjanduses heidetakse aga sellele käsitlesele ette, et nii ei tuvastata mitte vabatahtlikkust, vaid kontrollitakse nurjunud katset³⁵¹ – nimelt eeldab vabatahtlikkus, et tegu on võimalik lõpule viia, kuid just selles olukorras otsustab toimepanija ümber mõelda. Järelikult ei saa Franki reeglit tahtevabaduse tuvastamiseks vahetult kohaldada.

Psühholoogilise tahtevabaduse kontseptsiooni kohaselt on vabatahtlikkus sõnastatud kui *kvaasi võimatus tegu lõpule viia*. Nurjunud katsega on tegemist, kui toimepanija ei suuda väliste asjaolude või psüühiliste või füüsiliste tegurite tõttu tegu lõpuni viia. *Kvaasi võimatusega tegu lõpule viia* – seega mittevabatahtlikkusega – on tegemist juhul, kui toimepanijat ei muuda teovõimetuks mitte kujunenud asjaolud, vaid ta leiab, et teo lõpuleviimine ei ole põhjendatud. Sellegi käsitlese rakendamine takerdub raskustesse, kuna jääb selgusetuks, kuidas tuvastada mõistlikkus ja otstarbekus teo lõpuleviimise seisukohalt.³⁵²

H. Schröder on püüdnud tahtevabadust selgitada toimepanija otsust mõjutavate motiivide kaudu. Isiku otsus on vabatahtlik siis, kui tema otsus on tingitud autonoomsetest motiividest, s.t mitte süütegu objektiivselt takistavate või võimatuks tegevate asjaolude tõttu. Otsus ei ole vabatahtlik heteronoomse motiivi korral, kui toimepanija oli sunnitud jätma kuriteo lõpuni viimata.³⁵³ Kuigi see selgitus on kooskõlas Saksa karistusseadustiku sõnastusega, ei anna sõnastus täpseid lisakriteeriume, mille alusel tahtevabadust tuvastada – pigem on tegemist seaduse teksti ümberkirjutamisega. Kriitika järgi on H. Schröder püüdnud oma seisukohta täpsustada, lisades riski suurenemise kriteeriumi, kuid jätnud esile toomata, mida see konkreetsemini tähendab, ning lõpptulemusena jääb kogu käsitlus liialt ebatäpseks, et selle alusel otsustada, kas otsus oli vabatahtlik.³⁵⁴ Siiski on Saksa kohtupraktikas võetud tahtevabaduse kindlaksmääramisel lähtepunktiks otsuse autonoomsete ja heteronoomsete motiivide eristamine.

Psühholoogilise tahtevabaduse käsitlust kritiseeritakse veel seetõttu, et raskusi võib valmistada selle ühitamine loobumise põhjendatuse teooriaga ja eelkõige juhul, kui väidetakse, et süüteokatsest loobumisega on toimepanija näidanud, et karistuse eesmärgid on tema suhtes täidetud. Psühholoogilise teooria kohaselt ei ole oluline süüteokatsest loobumise motiivi kooskõla õiguskorraga

³⁵⁰ C. Jäger. Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, lk 21.

³⁵¹ H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson jt (Hrsg). Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Loseblatt-Ausg. Köln: Heymann, § 24/19.

³⁵² K. Ulsenheimer. Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis. Berlin: de Gruyter 1976, lk 287–288.

³⁵³ A. Schönke, H. Schröder, § 24/43.

³⁵⁴ C. Jäger, lk 22.

ja vabatahtlikkuse kriteerium on täidetud ka juhtudel, kui isik otsustab loobuda ühest kuriteost, et toime panna raskem. Sellisel juhul on väga raske väita, et sellise isiku suhtes on karistuse mõistmise eesmärgid täitunud. Kui käsitada aga loobumist süüd välistava asjaoluna, siis eespool kirjeldatud probleemi ei teki, sest süü kui deliktistruktuuri kolmanda astme puhul on küsimuseks, kas toimepanijale konkreetse kuriteokatse etteheitmine on põhjendatud või mitte. Sellisel juhul on oluline üksnes toimepanija otsus konkreetse teo suhtes, kas viia õigushüve kahjustamine lõpule või mitte. Edasisel käitumisel ja motiivide kooskõlal õiguskorraga, mis jäävad väljapoole konkreetse teo lõpuleviimise otsust, ei ole tähtsust, sest ei ole süü kui deliktistruktuuri kolmanda astme puhul hindamise objekt.

Psühholoogiline tahtevabaduse käsitlus on kooskõlas Saksa karistusseadustiku sõnastusega, kuid samas on keeruline määrata, mida vabatahtlikkus täpsemini tähendab ning kuidas seda praktikas tuvastada, sest empiiriliselt on keeruline kindlaks teha toimepanija otsustusprotsessi ja seda mõjutavaid asjaolud. Seetõttu heidetaksegi Saksa õiguskirjanduses psühholoogilisele teooriale ette, et kuna toimepanija konkreetset meeleseisundit on keeruline ja sageli peaaegu võimatu tuvastada, siis otsus tehakse ikkagi n-ö keskmist mõistlikku inimest arvestades, mistõttu toimepanija otsustusprotsessi empiiriline kindlakstegemine on sageli üksnes fiktsioon.³⁵⁵ Karistusõiguslalases erialakirjanduses on väljendatud, et tahtevabaduse tuvastamisel tuleb lisaks psühholoogilistele kriteeriumitele arvestada ka normatiivseid.³⁵⁶ Kuigi Saksamaa Liidukohus on väljendanud, et vabatahtlikkuse tuvastamisel ei ole tähtsust loobumismotiivi eetilisel, siis toimepanija süüteokatsest loobumise otsuse asjaolude tuvastamisel tuleb kindlaks teha, kas isikul oli konkreetsses situatsioonis arukas jätkata kuriteo toimepanemist või mitte.³⁵⁷ Nimetatud käsitlus sisaldab hinnangulist, mitte üksnes empiirilist mõõdet.

3.3.1.2. Normatiivne tahtevabaduse kontseptsioon – tagasipöördumine nn õiguse rongile

Normatiivse käsitluse kohaselt tuvastatakse tahtevabadus hinnanguga, kas toimepanija on pöördunud tagasi õiguskuuleka käitumise juurde.³⁵⁸ Et tuvastada süüteokatsest loobumise vabatahtlikkus, tuleb kindlaks teha toimepanija motiiv kuriteo lõpuleviimata jätmiseks. Kokkuvõtvalt on R. Schmidt selle sõnastanud järgmiselt: „Asjaolu, mis ajendas toimepanijal kuriteokatset alustama, oli tema paha tahe ning seetõttu ei ole põhjendatud karistusest vabastada katse eest, kui see on tehtud hukkamõistetava motiivi tõttu.”³⁵⁹

³⁵⁵ K. Ulsenheimer, lk 300.

³⁵⁶ W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/157.

³⁵⁷ BGH otsus 28.02.1956 – StR 352/55. – NJW 1956, 718–719.

³⁵⁸ G. Küpper. Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik. Berlin: Duncker und Humblot 1990, lk 182.

³⁵⁹ K. Ulsenheimer, lk 291.

Mõõdupuu, mille kohaselt hinnata motiivi kiiduväärsust või hukkamõistetavust peaks P. Bockelmanni arvates olema „üldine arusaam õigest käitumisest”, teisisõnu ühiskonnas kehtiv kategooriline imperatiiv. Selle kriteeriumi kohaselt ei ole vabatahtlikkus välistatud, kui isik loobub süüteost seetõttu, et kardab karistust, kuid loobumine pole vabatahtlik, kui toimepanija loobub teo lõpuni viimisest, kuna leiab, et on lihtsamaid viise oma eesmärgi saavutamiseks kui kuritegu.³⁶⁰

Kuivõrd üldine arusaam õigusest ei ole üheselt tuvastatav ja võib seetõttu vastuollu minna karistusõiguse määratlusnõudega, on normatiivse tahtevabaduse teooria esindajad leidnud, et süüteokastest loobumise motiiv peab olema kooskõlas kehtivate õigusnormidega ja pole vajalik tuvastada väljapoole kirjutamata õigust jäävat isiku eetilisust. Süüteokastest loobumise vabatahtlikkust näitab toimepanija tagasipöördumine nn õiguse rongile. Seejuures ei ole aga esile toodud, kuidas ja mille alusel tuvastada toimepanija loobumismotiivi kooskõla õiguskorraga.³⁶¹

C. Roxini tahtevabaduse kontseptsiooni kohaselt tuleb isiku pöördumine õiguskuuleka käitumise juurde tuvastada otsuse mõistlikkuse abil, võttes aluseks kuritegeliku maailma reeglid. Vabatahtliku loobumise korral saab toimepanija aru, et lähtuvalt nn kuritegelikust arukusest oleks mõistlik kuritegu lõpuni viia, kuid ometi ei tee seda ning selle otsusega näitab ta tagasipöördumist õiguskuuleka käitumise juurde.³⁶² C. Roxini kontseptsiooni kritiseeritakse aga seetõttu, et pole võimalik määrata hinnangu andmise kriteeriume, s.o kuidas ja mille alusel kindlaks teha kuritegeliku maailma käitumisreeglid, mis erinevad nii kuriteo liikide kui ka konkreetsete kurjategijate korral.

Kui normatiivse tahtevabaduse kontseptsiooni pooldajad heidavad psühholoogilisele käsitlusele ette selle määramatust ja praktikas rakendamise raskust, siis tegelikult on sama probleemi ees ka normatiivne käsitus, mis ei suuda anda üheselt mõistetavaid ja praktikas kohaldatavaid reegleid, et hinnata, millal on tegemist tagasipöördumisega õiguskuuleka käitumise juurde. Lisaks heidetakse normatiivsetele käsitlustele ette tahtevabaduse sisustamist seaduses nimetamata lisakriteeriumiga, loobumismotiivi kooskõla õiguskorraga. Samas annab just eelnimetatud lisakriteerium – toimepanija pöördumine õiguskuuleka käitumise juurde – aluse väiteks, et karistuse eesmärgid on täidetud ning seega on kooskõlas loobumise põhjendatuse teooriatega, mille kohaselt süüteokatse lõpule viimata jätmisest loobumisel ei ole vaja toimepanijat karistada.³⁶³

³⁶⁰ P. Bockelmann. *Strafrechtliche Untersuchungen*. Göttingen: O. Schwartz 1957, lk 164.

³⁶¹ C. Jäger, lk 25.

³⁶² C. Roxin. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, lk 600.

³⁶³ C. Jäger, lk 21.

3.3.1.3. Kokkuvõte psühholoogilisest ja normatiivsest kontseptsioonist

Nagu eelnenud analüüs näitas, ei ole psühholoogiline ja normatiivne kontseptsioon nii vastandlikud, kui esialgu tundub. Nimelt on ka psühholoogilise teooria esindajad aktseptinud, et kui tekivad raskused toimepanija otsusprotsessi empiirilisel tuvastamisel, võib vajalikuks osutuda hinnanguliste kriteeriumite rakendamine. Normatiivse teooria uuemate käsitluste kohaselt nähtub loobumismotiivi kooskõla õiguskorraga juba faktist, et isik otsustas vabatahtlikult jätta konkreetse kuriteo lõpuni viimata ning tema järgnev käitumine ja võimalik uute kuritegude toimepanemine edaspidi ei oma tähtsust.³⁶⁴ Erinevus normatiivse ja psühholoogilise teooria vahel on eelkõige lähtepunktis: kas määrav on toimepanija õigusmeelsuse kindlakstegemine või konkreetse otsuse vabatahtlikkus.³⁶⁵ Enamiku kaasuste korral jõuavad mõlemad teooriad samadele tulemustele, kuid siiski mitte kõigis kaasustes, nagu ilmneb järgmistes alapeatükkides esitatud analüüsist. Tahtevabaduse tuvastamisel on õiguskirjanduses valitsev teooria psühholoogiline käsitlus. Õiguspraktikale jääb aga ikkagi küsimus, mida tähendab, et toimepanija on oma otsuse peremees ja tema otsus ei ole tingitud sunnist.

3.3.2. Isiku tahtevabadust välistava sunni määramine

Tahtevabaduse küsimuse üle otsustamisel tuleb esiteks tuvastada, kas toimepanija otsust mõjutavad tegurid olid üldse olemas ja seejärel kindlaks teha, milline oli nende mõju.³⁶⁶ Kui toimepanija tajub otsust mõjutavate asjaolude tõttu, et tegu pole võimalik lõpule viia või see on muutunud eesmärgipäraseks, on tegemist nurjunud katsega ja küsimust süüteo katkestamise loobumise vabatahtlikkusest ei kerkigi. Vabatahtlikkuse tuvastamine aktualiseerub juhtudel, kui teo toimepanija tajub, et tal põhimõtteliselt on võimalik valida erinevate käitumisvariantide vahel. Oluline on just subjektiivne taju süüteo lõpuleviimise võimalikkusesse, mitte selle objektiivne saavutatavus. Vabatahtlikkuse tuvastamisel tuleb kindlaks teha, miks otsustas toimepanija konkreetse käitumisvõimaluse kasuks, kas mõjutatuna sunnist või olles ise oma otsuse peremees. Ühtset seisukohta, milline sunni määr välistab toimepanija otsuse vabatahtlikkuse, õiguskirjanduses ei ole antud ja sellele ei anna vastust ka karistusseadustik.

K. Amelungi käsitluse kohaselt on toimepanija otsus vabatahtlik, kui see ei ole mõjutatud reaalsest ohust tema suhtes õigusaktides ettenähtud meetmete rakendamisest, mis piiravad tema õigusi või toovad kaasa kohustusi. Lisaks eeltoodule on tahtevabadust oluliselt mõjutav sund ka olukord, kus ei ole tegemist küll õigusaktides sätestatud negatiivse tagajärjega, kuid tegemist on toimepanija seadusega kaitstud õigushüve samaväärselt mõjutava asjaoluga. Nii oleks näiteks võrdväärse sunnina käsitatav olukord, kus pärast kuriteo katkestamise alustamist ähvardab toimepanija vara või tervist loodusjõu poolt tingitud oluline kahju ja

³⁶⁴ C. Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil II, lk 599.

³⁶⁵ K. Ulsenheimer, lk 299.

³⁶⁶ K. Amelung, lk 238.

selle ärahoidmiseks peab ta kuriteo katkestama. Lisaks võib sund tuleneda toimepanija psüühilisest või füüsilisest seisundist, mille tõttu on raskendatud kuriteo lõpuleviimine. Seejuures märgib autor, et valitsematute tegurite puhul on tegemist juba nurjunud katsega.³⁶⁷

K. Amelungi definitsioon annab küll lähtepunkti, mille alusel kindlaks teha võimalikud sunnitegurid, kuid jätab välja toomata nende seotuse konkreetse toimepanija otsusega süüteokatest loobumiseks. Oluline ei ole mingi asjaolu sunni määr, vaid selle mõju otsusele kuritegu lõpuni viia.

Leitakse selleks, et kindlaks määrata, missugune sund välistab toimepanija otsuse vabatahtlikkuse, võiks kasutada Saksa karistusseadustiku §-s 35 sätestatud süüd välistavat hädaseisundit. Nimetatud regulatsiooni aluseks võtmist põhjendatakse asjaoluga, et § 35 käsitleb samuti olukorda, kus isiku otsus on nii tugevalt mõjutatud, et õigusvastast tegu pole põhjendatud talle ette heita. Saksa karistusseadustiku §-s 35 on vastutust välistav sund oht toimepanija või tema lähedase elule, tervisele või vabadusele. Saksa kohtupraktika ei ole nimetatud kriteeriumi tahtevabaduse tuvastamisel veel kasutanud. Hädaseisundi olukorras ja loobumissituatsioonis oleva sunni võrdlemine ei ole asjakohane, kuna need on ette nähtud erinevatele olukordadele. Hädaseisundiga lubatakse kahjustada kolmanda, asjasse mittepuutuva isiku õigusi ja selliseks teoks õiguse andva sunni määr peab olema oluliselt suurem kui süüteokatest loobumisel, kus toimepanija ise on loonud õigusvastase teo, ilma et selleks oleks mingit õigust. Süüteokatest loobumisel peaks vabatahtlikkuse välistama sund, mis mõjutab toimepanijat oluliselt vähem kui süüd välistava hädaseisundi puhul.³⁶⁸

Võttes kokku, missugune sund ja millises olukorras välistab toimepanija otsuse vabatahtlikkuse, võib väita, et igasugune asjaolu, mis mõjutab toimepanija otsust jätta kuritegu lõpule viimata, ei välista vabatahtlikkust. Vabatahtlikkuse välistab ainult selline välismaailmast või toimepanijast endast tulenev asjaolu, mis märkimisväärselt mõjutab otsust tegu lõpuni viia. Vabatahtlikkuse kriteerium on täidetud juhul, kui arvestades konkreetset toimepanijat ning tema elukogemust, oskusi ja teadmisi, on tal võimalik tegu lõpuni viia ja oma kuriteoga soovitud eesmärk saavutada, kahjustamata või ohtu seadmata talle olulisi õigushüvesid, nagu tema enda või temaga seotud isiku elu, tervis, vabadus ja vara määral, mis kaaluks üle kuriteoga saavutatava. Õigushüvede kahjustamise oht võib tuleneda nii võimalike negatiivsete meetmete rakendamisest toimepanija suhtes kui ka muudest asjaoludest. Igal üksikul juhul jääb nende asjaolude tuvastamine ja individualiseerimine lähtuvalt konkreetsest isikust kriminaalasja lahendava kohtu ülesandeks.

³⁶⁷ K. Amelung, lk 215–237.

³⁶⁸ W. Joecks, K. Miebach, § 24/130–136.

3.3.3. Konkreetsete asjaolude mõju toimepanija otsuse vabatahtlikkusele ja piiritlemisele nurjunud katsest

Kuigi süüteokatsest loobumise otsuse vabatahtlikkus tuleb tuvastada igal üksikjuhul eraldi, võib esile tuua asjaolud, millel on tähtsus, et teha kindlaks süüteokatsest loobumise vabatahtlikkus ja piiritleda nurjunud katse. Edasises käsitleti viidatud asjaolusid ning analüüsin nende tähendust normatiivse ja psühholoogilise teooria alusel.

Süüteokatsest loobumise otsuse vabatahtlikkust mõjutavad järgmised tingimused:

- a) toimepanija tajub riski, et kuriteo toimepanemine võidakse avastada;
- b) punktis a kirjeldatu tajumisega kaasnev karistusõiguslike meetmete rakendamine kartus. Isiku abstraktne mõte kuriteo võimalikust avastamisest ja tema karistamisest ei välista süüteokatsest loobumise otsuse vabatahtlikkust, vaid see peab olema konkreetne ja avalduma kuriteo situatsioonis.

Kuriteo avastamise risk võib olla suurenenud, kui kolmandad isikud (nt politseinikud, juhuslikud möödujad või kurjategija tuttavad) näevad kuritegu pealt ja toimepanija ettekujutuse kohaselt võtavad nad kasutusele meetmed, millega võib kaasneda karistuse rakendamine. Kui toimepanija tajub, et tal pole enam võimalust kalkuleerida, kas kujunenud uues situatsioonis viia tegu lõpule või mitte, sest ta peetakse kohe kinni, ei ole küsimus süüteokatsest loobumise vabatahtlikkuses, vaid tegemist on nurjunud katsega.³⁶⁹ Ühtset reeglit, mis juhtudel on tegemist sunnitud otsusega, õigusdogmaatika anda ei suuda. Kui aga süüteo toimepanemise pealtnägija teatab juhtunust politseile, kuid toimepanija oma ettekujutuse kohaselt jõuaks veel enne õiguskaitseorganite saabumist teo lõpule viia ja ka sündmuskohalt põgeneda, kuid otsustab siiski jätta kuriteo lõpule viimata, on tegemist vabatahtliku loobumisega.³⁷⁰ Loobumise vabatahtlikkus oleks välistatud, kui toimepanija tajub, et kuritegu on küll võimalik lõpuni viia, kuid hindab avastamisriski liiga suureks, sest kannatanu on ta isiku tuvastanud. Kannatanu poolt toimepanija äratundmisel on lisaks muudele asjaoludele oluline ka kuriteo liik. Tapmise korral ei ole toimepanija äratundmisel tähendust, sest just teo lõpuleviimisega kõrvaldab toimepanija enda suhtes võimaliku isikulise tõendi allika.

Avastamisriski suurenemine ei pea seisnema üksnes selles, et kuriteol on olnud pealtnägijaid, vaid võib tuleneda asjaolude muutumisest. Näiteks korterivargusega kaasnev arvestatust suurem müra, mis äratav naabrid, või kuriteo lõpuleviimisel tuleks välja toimepanija varasem kuritegelik käitumine.

Kuriteo avastamise riski suurenemine ja sellega kaasnev hirm karistuse ees välistavad süüteokatsest loobumise vabatahtlikkuse nii normatiivse kui ka psühholoogilise käsitluse kohaselt. Sellistes olukordades ei saa väita, et toime-

³⁶⁹ K. Ulsenheimer, lk 338.

³⁷⁰ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/174.

panija oleks pöördunud tagasi õiguskuuleka käitumise juurde või oleks oma otsuse peremees.

Süüteokatse võib jääda lõpule viimata põhjusel, et võrreldes esialgu ettekujutatuga on muutunud kuriteo situatsioon, mis toob kaasa takistusi koosseisu realiseerimiseks. Seesuguse olukorraga on tegemist siis, kui toimepanija avastab, et varguse lõpuleviimiseks tuleb tal lahti muukida veel üks uks või hoovis on kuri koer, samuti kui esialgne tegu, mis on suunatud koosseisulise tagajärje saavutamisele, ei ole andnud tulemusi. Kui toimepanemise muutunud situatsiooni tõttu on kuritegu võimatu lõpule viia, näiteks ei ole vahendit kuriteo jätkamiseks uutes oludes või see nõuab liigseid ja ebamõistlikke pingutusi, on tegemist nurjunud katsega. Psühholoogilise kontseptsiooni kohaselt on tegemist süüteokatsest vabatahtliku loobumisega siis, kui toimepanija tajub, et kohe realiseeritavaid lisapingutusi tehes on võimalik saavutada esialgu ettekujutatut. Normatiivne teooria käsitleb vabatahtlikkust veidi kitsamini ning leiab, et ei piisa üksnes sellest, kui tuvastada, et toimepanija tajus lisapingutusi sellistena, mida on võimalik realiseerida ja mis viivad tulemuseni, vaid tuleb hinnata, kas ta pidas lisapingutusi ka enese jaoks mõistlikeks ja pingutust väärivaiks.³⁷¹

Kuritegu võib jääda lõpuni viimata isiku psüühilise seisundi tõttu. Tegutsemisvõimet võivad mõjutada hirm, paanika ja muud psüühikast tulenevad asjaolud. Psüühiline seisund võib olla mõjutatud kuriteo käigus ilmnenud uuest asjaolust, kuid ka esialgu ettekujutatud kuriteosituatsioon ise võib vallandada psüühilise seisundi, millela isik ei olnud arvestanud.

Kui isik muutub teda tabanud psüühilise seisundi tõttu tegevusvõimetuks, näiteks minestab verd nähes või lihtsalt tunneb end justkui halvatuks, ei kerki üldse küsimust loobumise vabatahtlikkusest, vaid tegemist on hoopis nurjunud katsega, sest kuriteo jätkamine on muutunud võimatuks.

Eelnevast ei saa siiski järeldada, et igasugune kuriteosituatsioonis avalduv psüühilise seisundi muutus välistaks loobumise. Näiteks, kui toimepanija, nähes ohvri kannatusi, tunneb häbi ja vastikust sooritatute suhtes ja otsustab edasise loobuda, siis see ei välista vabatahtlikkust, sest toimepanijal on võimalus valida, kas viia ka talle endale selleks ajahetkeks taunitavaks muutunud tegu lõpuni või mitte. Samuti pole tähtis, milline asjaolu sellise tunde vallandab ning kellelt ja kuidas impulss tuli, selleks võib olla nii toimepanijas ärganud südametunnistus kui ka kannatanu palve.

Vabatahtlikkuse kindlakstegemisel psühholoogilise teooria järgi on oluline, kas ja milline mõju oli toimepanija psüühilisel seisundil tema otsusele teo lõpuleviimise võimalikkuse kohta: kas psüühilise seisundi tõttu oli teo lõpuleviimine muutunud toimepanija ettekujutuses niivõrd palju raskemaks, et ta otsustas kuriteo peatada või tundis toimepanija, et kuigi ta on psüühikast mõjutatud, suudab ta teo oma ettekujutuse kohaselt siiski lõpuni viia. Normatiivne teooria käsitleb vabatahtlikkust toimepanija psüühilist seisundit mõjutava asjaolu suhtes laiemalt ja vabatahtliku loobumisega on tegemist kõigil neil juhtudel, kui teo

³⁷¹ C. Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil II, lk 599, 606.

lõpuleviimine pole muutunud võimatuks, sest isik on pöördunud õiguskuuleka käitumise poole temast endast tuleneva asjaolu tõttu.³⁷²

Kuritegu võib jääda lõpuni viimata ka põhjusel, et toimepanijal selgub kuriteosituatsioonis, et tal ei ole võimalik saavutada eesmärki, mille realiseerimiseks ta süüteokatset alustas. Näiteks isik soovib varastada hinnalist maali, kuid avastab pärast korterisse sissemurdmist, et seda korteris ei ole või ta saab lähemal vaatlusel aru, et tegemist on üksnes amatöörlikult tehtud koopiaga, mistõttu ta loobub. Kui toimepanija ettekujutuse kohaselt on kuriteo koosseisuline asjaolu realiseerimatu, on tegemist nurjunud katsega. Siiski ei tarvitse kuriteo objekt olla nii kindlalt määratud, vaid ta võib mõelda, et sooviks varastada 500 000 eurot, kuid on rahul ka 5000 euroga. Kui toimepanija jätab teo lõpuni viimata olukorras, kus on enda kasuks võimalik pöörata vähemalt 5000 eurot, on loobumine vabatahtlik, kui aga üksnes 50 eurot, on tegemist nurjunud katsega, sest erinevus reaalselt saavutatava ja ettekujutatava eesmärgi vahel on nii suur, et kuriteo lõpuleviimine on muutunud toimepanija jaoks mõttetuks.

Kuriteo lõpuleviimine võib muutuda mõttetuks ka mittekoosseisulise eesmärgi äralangemise tõttu. Näiteks A on otsustanud tappa B väikeste mürgianustega, sest arvab, et B soovib kandideerida temaga samale töökohale. Uus töökoht on A suur unistus ning ta teab, et B on talle tugev konkurent. Veel enne teo lõpuleviimist saab A teada, et B kavatseb kolida välismaale ja alustada tegevust täiesti teises valdkonnas. Seejärel A loobub B edasisest mürgitamisest, sest B tapmisel ei ole tema jaoks enam mingit tähendust ja kuriteo jätkamine A eesmärgi saavutamiseks on muutunud mõttetuks. Siiski ei käsitata nimetatud kaasust nurjunud katsena, sest ebaõnnestunud katse küsimus kerkib ainult juhul, kui koosseisus kirjeldatud eesmärk või muu koosseisuline asjaolu ei ole saavutatav, kuid antud juhul ei esine mingeid takistusi tapmise lõpuleviimise osas.³⁷³ Kuriteo objekt ja selle tunnused muutunud ei ole, kuid muutunud on toimepanija soov eesmärki saavutada.

Psühholoogilise kontseptsiooni järgi on toimepanija otsus loobuda eespool kirjeldatud näites vabatahtlik, sest tal oli võimalik otsustada, kas viia tegu lõpule või mitte ja mingeid takistusi tal polnud. Normatiivse tahtevabaduse teooria kohaselt ei ole siin vabatahtlikkuse kriteerium täidetud, sest lähtuvalt nn kuritegelikust loogikast polnud põhjust tegu lõpuni viia ja järelikult ei ole toimepanija näidanud tagasipöördumist õiguskuuleka käitumise juurde. Kaasustes, kus määravaks on toimepanija motiiv loobuda võivadki normatiivne ja psühholoogiline käsitlus jõuda erinevate lahendusteni, sest psühholoogilise kontseptsiooni kohaselt ei ole tähendust motiivi sisul, selle eetilisel hukkamõistul või ka kiiduväärsusel. Sama kehtib ka olukordades, kus toimepanija loobub esialgu kavandatud kuriteost, et hiljem panna toime tasuvam kuritegu või ta mõistab, et konkreetsel juhul on tema eesmärgid saavutatavad ka ilma kuriteota. Saksamaa Liidu Ülemkohus on selliste kaasuste lahendamisel jõudnud järeldusele, et vabatahtlikkuse nõue on täidetud ja rõhutab seejuures lisaks kannatanu kaitse

³⁷² C. Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil II, lk 599.

³⁷³ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/168.

põhimõtet, mille kohaselt peab õigusemõistmine soosima käitumist, mille tulemusena saab ohver võimalikult vähe kahju. Vastupidisel juhul julgustatakse isikuid aga suuremale kahju tekitamisele ja kuritegude lõpuleviimisele.³⁷⁴

Saksamaa Liidukohtu väljendatud ohvrikaitse eesmärgi rõhutamist vabatahtlikkuse määramisel on õiguskirjanduses kritiseeritud. Sellele heidetakse ette, et kuigi kannatanu kaitse on loobumise põhjendatuse üks aluseid, ei tohiks kannatanu kaitse argumenti vabatahtlikkuse määramisel tegelikult kasutada. See ei näita toimepanija rolli kujunenud situatsioonis, mistõttu karistusõigusliku etteheite tegemisel privilegieeritakse toimepanijat. Ohvri õigushüved on kaitstud olenemata asjaolust, kas tegemist on nurjunud katse või loobumisega ja olenevata selle vabatahtlikkusest.³⁷⁵

Kuritegu võib jääda katsestaadiumi, sest süüteo lõpuleviimisel võiksid saada kahjustada toimepanija õigushüved või kaasneda muud negatiivsed tagajärjed, mille tõttu ta ei soovi enam kuritegu toime panna, kuigi iseenesest takistusi tal teo lõpuleviimiseks ei ole. Näiteks, kui toimepanija soovib õhku lasta kiriku, kuid jätab teo lõpule viimata, sest saab vahetult enne viimase toimingu tegemist teada, et hoones viibivad ka tema vanemad, mis muudab kogu olukorra tema jaoks soovimatuks.³⁷⁶ Samasugune olukord esineb ka järgmises näites, kus toimepanija loobub süüteost seetõttu, et näeb, et tema enda maja on põlema süttinud ja seda on vaja kustutada. Toodud näidetes faktilisi takistusi süüteokoosseisu asjaolude realiseerimiseks ei ole, kuid tekib küsimus, kas süüteo toimepanemisel ilmnenud asjaolud, mis vahetult mõjutavad otsust süüteo lõpuleviimise kohta, on käsitatavad vabatahtlikkust välistava sunnina. Selliste kaasuste lahenduse kohta ei olda õiguskirjanduses üksmeelsed. Normatiivse teooria kohaselt ei ole tegemist vabatahtliku loobumisega, sest otsus jätta kuritegu lõpule viimata ei ole tingitud tagasipöördumisest õiguskuuleka käitumise juurde, vaid hoopis asjaolust, et situatsioonist tulenevalt oli toimepanijale tähtsam päästa tema jaoks olulisem õigushüve. Psühholoogilise käsitluse esindajad on nimetatud asjaolude mõju kohta vabatahtlikkusele erineval seisukohal. Osa autoreid leiab, et kui takistusi teo lõpuleviimiseks pole, kuna ei esine faktilisi asjaolusid, mille tõttu toimepanijal ei ole võimalik kuriteo koosseisu realiseerida, ning isik otsustab jätta kuriteo lõpuni viimata, on vabatahtlikkuse kriteeriumid täidetud. Vabatahtlikkusega ei saa aga loobumise puhul olla tegemist siis, kui näiteks toimepanijal oleks põlema süttinud autot olnud vaja kuriteo toimepanemiseks ja sel juhul on tegu juba vahetult takistatud asjaoluga. Siiski leitakse, et kui on oht toimepanija enda kõige olulisemate õigushüvede, nagu elu, tervis ja vabadus kahjustamiseks, on vabatahtlikkus välistatud, sest sellises olukorras ei ole toimepanijat võimalik käsitada oma otsuse isandana.³⁷⁷ Siiski ei nõustu kõik psühholoogilise teooria esindajad sellise käsitlusega, leides, et liialt kitsalt on käsitletud sündi üksnes toimepanija enda kõige olulisemate õigus-

³⁷⁴ BGH otsus 19. 05. 1993 – StR 1/93.

³⁷⁵ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/171.

³⁷⁶ C. Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil II, lk 606–607.

³⁷⁷ U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen, § 24/70.

hüvede kahjustamisega. Ka siinses lõigus eespool kirjeldatud näidetes ei ole toimepanija oma otsustes vaba, sest võrreldes algse ettekujutusega on kuriteo situatsiooni lisandunud uus asjaolu – toimepanijale tähtsate õigushüvede kahjustumine, mille päästmine avaldab isiku psüühikale niivõrd suurt mõju, et tema otsust ei saa käsitada vabatahtlikuna.³⁷⁸ Otsus oleks vabatahtlik aga näiteks juhul, kui toimepanija märkab, et tema laps on järvel uppumas ja kohe on vaja päästmistegevust, mille tõttu ta jätab kuriteo lõpule viimata. Sisult on need negatiivsed tagajärjed sama rasked, kuriteo avastamise risk on suurenenud ning sellele järgnev kriminaalvastutus, mis välistab otsuse vabatahtlikkuse.

Juhul kui toimepanijal on mitu asjaolu, mille tõttu ta loobub süüteo lõpuleviimisest, tuleb tuvastada peamine põhjus, mis juhtis isikut kuritegu mitte lõpuni viima, ja selle põhjal tuvastada, kas süüteost loobumine oli vabatahtlik või mitte.³⁷⁹

Kokkuvõtvalt võib siinses alapeatükis vaatluse alla võetud käsitluste, normatiivse ja psühholoogilise teooria kohaselt, ja esitatud näidete alusel esile tuua, et vabatahtlikkuse kriteeriumi täidetuseks on vajalik, et toimepanija tajuks, et kuriteo asjaolud võivad veel saabuda ja tal on nii füüsilist kui ka psüühilist suutlikkust kuritegu lõpuni viia ning see on olemasolevaid riske arvesse mõttes mõistlik.

3.4. Vahekokkuvõtte süüteokatses loobumise tingimustest ja autori seisukoht ning ettepanek *de lege ferenda*

Seadusesse kirjutatud süüteokatses loobumise elemendid peavad näitama, et süüteo toimepanija on kontrollinud sündmuste kulgu ja tema tegu on panus, mis hoidis ära süüteokoosseisu lõpuleviimise. Nii on taastatud usk normatiivsetesse ootustesse ja õigusnormi kehtimisse ning tagatud õigushüvede lisakaitse.

Loobumistegu võib seisneda süüteo katkestamises, tagajärje ärahoidmises või selle tõsimeelses püüdmises. Õiguskirjanduses valitseva arvamuse kohaselt, kui koosseis jäi saabumata ja süüteo toimepanija andis selleks panuse, on loobumise eeldused täidetud, seda ka juhul, kui süüteo toimepanija ei valinud kõige sobivamat ja kohast viisi ning tagajärje mittesaabumine sõltus suuresti õnnest. Samas on sellisel juhul raske väita, et tagajärje mittesaabumine oli toimepanija panus. Eeltoodu alusel on õiguskirjanduses esile toodud, et toimepanija peab loobumiseks valima kohase teo, samas mitte kõige tõhusama. Tegemist ei ole seadusest hälbiva tõlgendusega. Et tuvastada põhjuslik seos teo ja tagajärje vahel, tuleb lisaks naturalistlikule põhjuslikkusele teha kindlaks veel objektiivne omistamine. Õigusdogmaatika otsustada on, mil viisil tuleb tuvastada toimepanija teo tulemus ja karistusseadustik ei ole ette kirjutanud, et seda peaks tegema naturalistliku põhjuslikkuse kriteeriume arvestades.

³⁷⁸ A. Schönke, H. Schröder, § 24/49.

³⁷⁹ U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen, § 24/75.

Oluline on, et loobumistegude eri valikuvõimalused paneksid toimepanijale samasuguse kohustuse panustada koosseisu lõpule viimata jätmisesse. Vastupidisel juhul privilegieeritaks põhjendamatult isikut, kes sooritab kõlbliku katse, kui sellisel juhul piisaks mistahes teost, mis on tagajärje ärahoidmisega põhjuslikus seoses, samas kõlbmatu katse korral oleks vaja tõsimeelset püüdmist. Toimepanija ei tea süüteokatsest loobumise olukorras, kas tegemist on kõlbliku või kõlbmatu katsega. Samas on loobumise põhjendatuse teooriate kohaselt nõutud, et oleks näidatud, et koosseisu lõpule viimata jätmine on isiku panus ja seeläbi on tagatud ka õigushüvedele võimalikult tõhus kaitse.

Loobumise põhjendatuse teooriaga ei ole kooskõlas praeguses KarS-is sätestatud loobumisvõimalus, mille kohaselt piisab üksnes süüteo toimepanija tõsimeelsest püüdmisest ega ole nõutud, et ta peaks oma teo panuse neutraliseerima. Kuigi mitme toimepanija korral on isikute teo panused põimunud, mistõttu on loobumise nõuded teistsugused kui üksiktäideviija korral ning need ei ole seotud tagajärje ärahoidmisega. Samas peaks olema nõutud, et toimepanija võtaks oma teo panuse tagasi või hoiaks ära süüteost tuleneva negatiivse mõju või vähendaks seda oluliselt. Eeltoodu kohaselt on põhjendatud muuta karistusseadustikku ja sellesse lisada, et mitme toimepanija korral on vajalik ka oma teo panuse tagasivõtmine või selle neutraliseerimine tõsimeelse püüdmise korral.

Vabatahtlikkus iseloomustab toimepanija otsustusprotsessi ja näitab, mis tingis toimepanija otsuse jätta kuritegu lõpuni viimata. Otsuse vabatahtlikkusest ilmneb, kas süüteo toimepanija on kontrollinud ja saanud mõjutada alustatud süüteo edasist arengut. Vabatahtlikkuse juures ei ole tähtis toimepanija motiivide eetilisuus või laiduväärsus. Loobumise põhjendatuse teooriate kohaselt on oluline, et isikul oli valik, kas viia tegu lõpuni või mitte, näidates, et see oli tema tahtest kantud käitumisakt. Algne tahtlus käituda normivastaselt oli konkreetses süüteo olukorras asendunud normikohase käitumisega, jättes siinkohal käsitlemata sama isiku teised käitumisaktid ja tema tegutsemise motiivid. Eeltoodu on kooskõlas teo karistusõigusega, mille kohaselt heidetakse toimepanijale ette konkreetset tegu, ning tema hinnangutel ja suhtumisel, mis jäävad sellest välja-poole, ei ole tähtsust.

Järelikult näitavad süüteo toimepanija vabatahtlikkus ja loobumistegu koostoimes, et süüteo koosseis ei ole lõpule viidud toimepanija panuse tõttu ning seetõttu ei ole põhjendatud talle süüteokatset ette heita.

IV SÜÜTEOKATSEST LOOBUMISE DOGMAATILINE ASEND

4.1. Süüteokatsest loobumise dogmaatilise asendi täendus ja seda mõjutavad asjaolud

Nii nagu pole üksmeelt süüteokatsest loobumise põhjenduste kohta, on eri arvamusi ka süüteokatsest loobumise dogmaatilise asendi suhtes, mille üle on palju vaieldud ka õigusteoreetilises kirjanduses.³⁸⁰ Viidatud probleemistikku on hästi võimalik iseloomustada, kui võrrelda eri riikide regulatsioone.

Eesti KarS-i § 40 lg 3 kohaselt vabaneb isik süüst, kui ta vabatahtlikult süüteokatsest loobub. Prantsuse karistusseadustiku § 121–5 kohaselt välistab vabatahtlik loobumine süüteokatse koosseisu³⁸¹. Ungari karistusseadustiku³⁸² 10 sektsiooni järgi isikut ei süüdistata kui ta vabatahtlikult loobub süüteokatsest. Saksamaa karistusseadustiku § 24³⁸³, Austria karistusseadustiku § 16³⁸⁴ ja Soome karistusseadustiku 5 peatüki 2 jao³⁸⁵ järgi ning Corpus Iurise kohaselt on süüteokatsest vabatahtlik loobumine käsitatav karistust välistava asjaoluna, kuid Korea³⁸⁶ kriminaalkodeksi artikkel 26 ja Šveitsi karistusseadustiku³⁸⁷ artikkel 23 järgi saab toimepanija karistusest vabastada või tema karistust vähendada. Poola karistusseadustiku³⁸⁸ artikkel 15 kohaselt ei karistata katse eest, kui ta vabatahtlikult hoiab ära tagajärje, tõsimeelse püüdmise korral on võimalik kohtul karistust vähendada.

Eesti karistusõiguses muutus vabatahtlik loobumine süü elemendiks 1. septembril 2002, mil jõustus toonane karistusseadustik. Enne seda kehtinud kriminaalkodeksi (KrK) § 16 kohaselt välistas süüteokatsest vabatahtlik loobumine isiku kriminaalvastutuse. Veel varasemas kriminaalseadustikus, mis kehtis aastatel 1935–1941, oli küll §-s 49 säte süüteokatse karistatavuse kohta, kuid

³⁸⁰ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/46.

³⁸¹ Arvutivõrgus: www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (vaadatud 10.02.2017).

³⁸² Criminal Code of the Republic of Hungary – Arvutivõrgus: www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (vaadatud 10.02.2017).

³⁸³ Strafgesetzbuch – Arvutivõrgus: www.gesetze-im-internet.de/stgb (vaadatud 10.02.2017).

³⁸⁴ Österreich Strafgesetzbuch. – Arvutivõrgus: [www.jusline.at/Strafgesetzbuch_\(StGB\).html](http://www.jusline.at/Strafgesetzbuch_(StGB).html) (vaadatud 10.02.2017).

³⁸⁵ The Criminal Code of Finland. – Arvutivõrgus: legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

³⁸⁶ Criminal Act of the (South) Korea. – Arvutivõrgus: www.google.ee/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=4&ved=0CDQQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.acrc.go.kr%2Ffile%2Ffile.do%3Fcommand%3DdownloadFile%26encodedKey%3DMTIXzE%253D&ei=6CzrU7LVFMHh4QTbyIHADQ&usg=AFQjCNE4duux_Hs-rE4KQ4GUacPhs9a2ew&bvm=bv.72938740,d.bGE (15.08.2016) (vaadatud 10.02.2017).

³⁸⁷ Swiss Criminal Code. – Arvutivõrgus: <https://www.admin.ch/ch/e/rs/311.0.en.pdf>.

³⁸⁸ Criminal Code of the Republic Poland. – Arvutivõrgus: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/10> (vaadatud 10.02.2017).

polnud regulatsiooni süüteokatest loobumise kohta üksiktäideviija korral. Nimetatust ei tule järeldada, et süüteokatest loobumine oleks olnud tähenduseta, vaid sellist juhtumit ei peetud üldse katseks.³⁸⁹ Loobumise mõistet kasutas kriminaalseadustik, kui süüteo toimepanijaid oli mitu. Kriminaalseadustikuse §-s 51 oli märgitud, et osaline, kes loobus süüteost osavõtmisest ja võttis õigel ajal tarvitusele kõik temast olenevad abinõud, vabastatakse karistusest. Samuti oli loobumisele osutatud kriminaalseadustiku §-s 52, mis käsitles kuriteo toimepanemise kokkulepet, kuid kindlaks tegemata oli õiguslik tagajärg. Kommentaar annab sellele vastuse, väites, et loobumine kokkuleppes kõrvaldab selle karistatavuse.³⁹⁰ Nii eespool toodu kui ka õigusteoreetilise kirjanduse kohaselt võib süüteokatest loobumist käsitada koosseisu, õigusvastasust, süüd või vastutust välistava asjaoluna. Samuti on süüteokatest loobumist võimalik käsitada asjaoluna, mis kas välistab karistuse või hoopis kergendab seda.

Süüteokatest loobumise dogmaatilise asendi määramine näitab, millisel alusel ja ulatuses võib toimepanijale ette heita süüteokatset, kui toimepanija pärast süüteokatse alustamist on hoidnud ära teo lõpuleviimise. Kuigi lõpptulemusena väljendub süüteokatest loobumise dogmaatiline asend karistusseadustikus ja on seadusandja otsustada, peaks see tuginema teoreetilisele diskussioonile, mis annab argumendid ja näitab valiku põhjendatust.

Süüteokatest loobumise dogmaatiline asend sõltub:

- 1) süüteo mõiste ülesehitusest ja igale deliktistruktuuri elemendile antavast tähendusest. Süüteomõiste elementide, sisu ja nendevaheliste seoste eesmärk on väljendada hinnangut isiku teole, kas ja mil määral ning mille tõttu on toimepandu hukkamõistetav. Süüteokatest loobumise asend peab olema kooskõlas hinnanguga konkreetsele süüteo elemendile, mille juurde loobumine paigutatakse. Süüteomõiste ülesehitus, sh mõiste „süütegu” sisu, on viimase kaheksa aasta jooksul märkimisväärselt muutunud. Need suundumused on tähtsad ja neid tuleb arvestada, kui määrata süüteokatest loobumise koht karistusõiguse dogmaatilistes skeemides;
- 2) asjaolust, kuidas on määratud seos süüteokatse ja sellest loobumise vahel. Loobumine kui karistusõiguse dogmaatiline figuur puudutab süüteokatset, sest ka karistusseadustiku regulatsioonides on loobumine seotud süüteokatsega ja väljaspool katset loobumisel tähendust ei ole. Küsimus on, kas ja kuidas käsitada seost süüteokatse ja sellest loobumise vahel: kas süüteokatest loobumine võib olla süüteokatse allinstituut või on süüteokatse ja sellest loobumise korral tegemist eraldi karistusõiguse instituutidega, millel omavahel vahetut mõju ei ole.
- 3) seosest teiste karistusõiguse instituutidega. Loetletud temaatikat näitlikustavad järgmised asjaolud. Näiteks mitme toimepanija korral, kui süüteost loobumine välistaks koosseisu või õigusvastasuse ning õigusvastane tegu on osavõtjale etteheite tegemise alus, puuduks võimalus karistada osavõtjat, kes

³⁸⁹ K. Saarman, K. Matto. Kriminaalseadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Autorite kirjastus 1937, § 49 p 8.

³⁹⁰ K. Saarman, K. Matto, § 51 p 3.

ise ei ole loobunud. Samuti on küsimus hädakaitse seisundis tegutseva isiku teole antavas hinnangus, sest õigusvastasuse välistamise aluseks on õigusvastane rünne. Kui süüteost loobumine välistaks süüteo koosseisu või teo õigusvastasuse, siis puudub õigusvastane rünne ja tekiks küsimus, kas ründe tõrjumise eest on põhjendatud jätta isik vastutusele võtmata.³⁹¹ Peale selle võib veel välja tuua olukorra, kus loobumist käsitatakse karistust välistava asjaoluna. Kui süüteost loobub süüvõimeline isik, on karistuse kohaldamine välistatud, kuid süüvõimetule isikule oleks võimalik kohaldada mittekaristuslike mõjutusvahendeid, sest nende kohaldamise eeldus on õigusvastane tegu ja muudel karistamise aluseks olevatel teguritel ei ole tähtsust.³⁹² Eeltoodu näitab, et süüteokatsest loobumise dogmaatiline asend on tähtis nii süüteokatsest loobumisel õigusjärelmite määramisel kui ka väljaspool seda. Selliseid näiteolukordi on siinses peatükis analüüsitud.

- 4) viimaseks on küsimus, kas ja kuidas mõjutavad süüteokatsest loobumise põhjendatuse teooriad süüteokatse dogmaatilist asendit. Süüteokatsest loobumise dogmaatilist asendit ei määra üksnes loobumise põhjendatuse teooriad.³⁹³ Nagu siinse töö II peatükis on esile toodud, saab neid teooriaid tõlgendada nii, et loobumise dogmaatilise asendi kohta on mitu võimalikku lahendust. Siiski ei saa väita, et süüteokatsest loobumise põhjendatuse teooriatel poleks süüteokatse dogmaatilise asendi kindlakstegemisel üldse tähendust – teooriate eesmärk on põhjendada süüteokatsest loobumise regulatsiooni ja see põhjendus osutab, missugune on süüteost loobumise koht kuriteomõiste skeemis.

Kõigepealt käsitlen IV peatükis võimalikke seoseid süüteokatse ja sellest loobumise vahel ja seejärel analüüsin, missugune on süüteokatsest loobumise dogmaatiline asend, arvestades mõiste „süütegu” ülesehitust, mille kohta esitan lühiülevaate.

4.2. Süüteokatse ja sellest loobumise seos

Võimalused, mismoodi seostada süüteokatset ja sellest loobumist, avalduvad riikide karistusseadustikes ja õiguskirjanduses erinevalt. Eesti karistusseadustikus on süüteokatse ja sellest loobumine reguleeritud eri paragrahvides. Süüteokatse karistatavuse alused on sätestatud KarS-i I jaos süüteo koosseis §-des 25 ja 26, süüteokatsest loobumine III jaos süü §-des 40–43–1. Sarnane regulatsioon on olemas Saksa karistusõiguses, kuid seal, erinevalt Eesti õigusest, ei ole süüteokatse karistatavuse alused ja süüteokatsest loobumine reguleeritud eri jaotiste all, vaid osas, mis käsitleb süüteokatset; katse karistatavus on reguleeritud § 23 ja süüteokatsest loobumine § 24. Prantsuse karistusseadustiku § 121–5 kohaselt

³⁹¹ K. Ulsenheimer, lk 124.

³⁹² A. Schumann, lk 134.

³⁹³ A. Schönke, H. Schröder, § 24/4.

on süüteokatsest loobumine sätestatud samas sättes, kus vastutus süüteokatse eest, olles süüteokatse negatiivne koosseisutunnus.

Eespool loetletud karistusseadustike regulatsioonid tõstatavad küsimuse, kas ja kuidas on seeläbi määratud seosed süüteokatse ja sellest loobumise vahel. Prantsuse karistusseadustiku sõnastuse kohaselt on süüteokatsest loobumine katse element, mida kinnitab karistusseadustiku tekst, et süüteokatse kui karistusõigusliku vastutuse alus on realiseeritud üksnes siis, kui puuduvad loobumise tingimused. Eesti ja Saksa karistusseadustiku regulatsioonid nii ühest vastust sellele küsimusele ei anna. Kui süüteokatsest loobumine ja süüteokatse on reguleeritud eri sätetes, siis see iseenesest veel ei näita, et tegemist oleks üksteisest lahutatud mõistetega. Vastus sõltub sel juhul dogmaatilisest lahendusest, mis põhjusel ja miks mõjutab süüteokatsest loobumine toimepanijale süüteokatse etteheitmist ja selle eest karistamist.³⁹⁴

Karistusõiguse teoorias eristatakse süüteokatse ja sellest loobumise käsitlemisel kahte vastandlikku seisukohta, olenevalt sellest, kas süüteokatset ja sellest loobumine tuleb vaadelda koos või tuleb kumbagi käsitada eraldi.³⁹⁵

4.2.1. Süüteokatse ja sellest loobumise käsitamine eraldusmudeli järgi

Eraldusmudeli kohaselt tuleb süüteokatset ja sellele järgnenud loobumist vaadelda teineteist sõltumatult ja eraldi.³⁹⁶ Süüteokatse alustamisega on selle toimepanija realiseerinud koosseisupärase, õigusvastase ja süülike teo, mis annab aluse teha etteheide. Punktuaalse käsitluse kohaselt on kogu katse ebaõigus realiseerunud süüteokatse alustamisega ja järgmised käitumisaktid seda muuta ei saa.³⁹⁷ Järelikult ei tule süüteokatset vaadelda ühe osana süüteo lõpuleviimisest, vaid juriidiliselt on tegemist kahe teoga.³⁹⁸ Toimepanijale ei heideta kuriteo lõpuleviimisel süüteokatset ette, sest süüteokatse on subsidiaarne lõpuleviidud teo suhtes ja lõpuleviimine läbib katsestaadiumi ning väiksema intensiivsuse staadiumisse jäänud tegu kaotab oma iseseisva tähenduse.³⁹⁹

Eraldusmudel tugineb eelkõige põhjendustele, et süüteokatse ja loobumine põhinevad erinevatel tahtest kantud otsustel ning süüteokatsel kui reaalses maailmas aset leidnud etteheidetava teo muutmatusel.

Karistusõiguses loetakse üheks teoks käitumisaktid, mis on kantud toimepanija ühtsest teotsusest, kuid süüteokatse ja loobumise korral see nii ei ole. Nimelt oli toimepanijal kõigepealt tahtlus panna toime lõpuleviidud kuritegu,

³⁹⁴ K. Ulsenheimer, lk 116.

³⁹⁵ A. Schumann, lk 145.

³⁹⁶ A. Schuman, lk 146.

³⁹⁷ A. Schumann, lk 113.

³⁹⁸ A. Schumann, lk 113.

³⁹⁹ J. Sootak. Seadusainsus. Kui isiku tegu vastab mitmele süüteokoosseisule, siis mitme järgi ja kuidas ta tegelikult vastutab? – Juridica 2010/I, lk 15-16.

mille täideviimiseks ta alustas süüteokatse realiseerimist, ja seejärel võttis vastu uue otsuse, mille kohaselt otsustas teo lõpuleviimisest loobuda.⁴⁰⁰

Süüteo toimepanemise vahetu alustamisega on isik ületanud karistatava ja mittekaristatava käitumise piiri ning on realiseerinud kõik eeldused, mis on vajalikud talle karistusõigusliku etteheite tegemiseks. Süüteokatsest loobumine on süüteokatselt järgnev tegu, mis ei muuda ega mõjuta kuidagi süüteokatse olemasolu.⁴⁰¹ Kuna süüteokatsest loobumisega ei saa mõjutada juba realiseeritud hukkamõistetavat käitumist, ei ole põhjendatud ka nende käsitlemine ühe tervikliku käitumisaktina karistusõiguse tähenduses. Kui keegi on teinud midagi halba ja seejärel midagi head, ei saa selle järgi väita, et enne tehtud halb tegu muutuks sellest vähem halvaks või teos avaldunud kuritegelik tahe oleks vähem kuritegelik.⁴⁰²

H. Wege toob samuti välja, et süüteokatse ja loobumine on kaks eraldi seisvat käitumisakti. Süüteokatsega on realiseeritud kogu etteheidetav ebaõigus, mida loobumisega enam annuleerida ei saa. Loobumine ei avaldu mõju teo toimepanemise ajal, mistõttu ei ole süüteokatsel ja loobumisel rohkem spetsiifilist seost kui mistahes positiivsel järeletool peale süüteokoosseisu realiseerimist.⁴⁰³

4.2.2. Süüteokatse ja loobumise koos käsitlemine

Süüteokatse ja loobumise koos käsitlemise juures saab eristada erinevaid lähene-misi, mille kohaselt tuleb katset ja loobumist vaadelda koos. Nimetatud seisukoht tuleneb juba õigusteoriatest, mille kohaselt loobumisel on mõju süüteokatselt. Vanemate käsitluste kohaselt kõrvaldas see süüteokatse õigusvastasuse.⁴⁰⁴

Tervikhinnangu (sks *der Gesamtbetrachtung, kasutatakse ka mõistet die Einheits-theorie*) kohaselt tuleb süüteokatset ja sellest loobumist hinnata koos. Seejuures on lähtutud D. Lang-Hinrichseni ühendteooriast⁴⁰⁵, mille kohaselt tuleb kõiki asjaolusid, millel on tähtsus isikule karistusõigusliku hinnangu and-misel, vaadelda koos.⁴⁰⁶ Karistusõiguse eriosas on konstrueeritud kuritegude koosseisud, et tagada õigushüvede kaitse. Üld- ja eripreventiivsed kaalutlused määravad, kas õigushüvede kaitseks on vaja karistusõiguslikult reageerida. Hinnangu andmisel tuleb arvestada kõiki tähendust omavaid käitumisakte ning järelikult ei ole süüteokatse ja loobumise eraldi käsitlemine karistusõigusliku hinnangu andmisel põhjendatud.⁴⁰⁷

Sama meeleolu on seost süüteokatse ja sellest loobumise vahel põhistanud R. Bloy, kes on esile toonud, et süüteokatse ja sellest loobumine moodustavad

⁴⁰⁰ K. Ulsenheimer, lk 116.

⁴⁰¹ K. Ulsenheimer, lk 115.

⁴⁰² D. Lang-Hinrichsen, lk 369.

⁴⁰³ H. Wege, lk 78–79.

⁴⁰⁴ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/6.

⁴⁰⁵ Vt täpsemalt käesoleva töö II ptk-s süüteokatsest loobumise põhjendatuse teooriad

⁴⁰⁶ D. Lang-Hinrichsen, lk 353, 373.

⁴⁰⁷ K. Ulsenheimer, lk 89.

sotsiaalselt ühtse tähendusega terviku, kuigi on toime pandud eraldi.⁴⁰⁸ Järelikult areneb süüteokatse edasi – kas lõpule viidud teoks või lõpuleviimise vältimiseks –, kui just ei ilmne olulisi takistavaid asjaolusid, mistõttu on põhjendatud loobumist ja süüteokatset käsitada sotsiaalse teoühтусena, ühtse hinnangu andmise alusena.⁴⁰⁹ Rõhuasetus on loobumise põhjuslikus mõjus süüteokatsele⁴¹⁰ kui asjaolul, mille tõttu jäi lõpuni viimata seesama kuritegu, millele algul oli toimepanija tahtlus suunatud ja mida oldi vahetult realiseerima asutud.

Süüteokatset ja sellele järgnenud loobumist on võimalik käsitada kui toimepanija ühtsest tahtest kantud tegu, mille toimepanemise ajal isiku tahtluse suund muutus. Selline käsitlus on võimalik, kui ei lähtuta naturalistlikust psühholoogilisest käsitlusest, vaid hinnangulisest lahendusest, mille kohaselt käsitatakse ühe terviku osi koos ja määrav ei ole üksnes nende ajaline kulgemine.⁴¹¹ Järelikult pole põhjendatud eristada süüteokatset ja sellest loobumist, kuna sel juhul hinnatakse karistusõiguslikult ühe ja sama käitumisakti eri osi eraldi, mis aga ei too esile põhjendatud hinnangut toimepanija käitumisele kui õiguslikult tervikuna käsitatavale. Süüteokatsest loobumine on vahetult seotud süüteokatsega, andes toimepanija teole kui tervikule teise tähenduse, mistõttu on põhjendatud käsitada neid kaht käitumisakti osa koos ühtse teo raames.

Kuigi süüteokatse ja sellest loobumine on nii Eesti kui Saksa karistusseadustikus reguleeritud eri paragrahvides (KarS-i §-des 25 ja 40–43, StGB §-des 22–24), ei välista see asjaolu süüteokatse ja sellest loobumise kooskäsitamist. Paragrahv süüteokatse kohta määrab tingimused, millal on katse karistatav, ja loobumine näitab loobumise tingimusi.

Käsitades süüteokatsest loobumist ühtse hinnangu andmise alusena võib eristada veel kahte lähenemist, olenevalt sellest, missugused on seosed süüteokatse ja sellest loobumise vahel. Esiteks on väljatoodud A. Schumanni ja seejärel A. Heckleri käsitlus.

Esiteks on võimalik välja tuua A. Schumanni ühendmudeli käsitlus, mille kohaselt moodustavad katse ja loobumine naturalistliku ehk elulise kokkukuuluvuse kaudu ühe terviku.⁴¹² Süüteokatse on seejuures teo lõpuleviimiseks vajalik vahepealne staadium, mistõttu on kuni süüteo lõpuleviimiseni realiseeritud käitumisakte põhjendatud käsitada ühtse tervikuna.⁴¹³ Oluline on seejuures, et süüteokatse ebaõigus ei avaldu kohe selle alustamisega, vaid kuni kuritegeliku käitumise lõpuni, mis võib seisneda nurjunud katses, loobumises või süüteokoosseisu realiseerimises karistusseadustiku eriosa tähenduses. Kogu kuritegeliku käitumise ahelat tuleb vaadelda ühe tervikuna. Süüteokatse tähistab karistatava käitumise algust, mis moodustab ühtse teo karistusõiguse tähenduses

⁴⁰⁸ R. Bloy. Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgünde. Berlin: Duncker und Humblot 1976, lk 170.

⁴⁰⁹ H. Kolster. Die Qualität der Rücktrittsbemühungen des Täters beim beendeten Versuch. Frankfurt am Main: Lang, 1993, lk 9.

⁴¹⁰ H. Kolster, lk 10.

⁴¹¹ K. Ulsenheimer, lk 90.

⁴¹² A. Schumann, lk 127.

⁴¹³ A. Schumann, lk 129.

kõigi käitumisaktiga, mis on vajalikud teo lõpuleviimiseks.⁴¹⁴ Süüteokatsest loobumine ei ole suunatud süüteokatsesse, vaid hoopis sellele, et vältida süüteo lõpuleviimist – seega sisu poolest on tegemist loobumisega süüteo lõpuleviimisest.⁴¹⁵ Nimetatu toob esile, et süüteokatse on sisult osa teo lõpuleviimisest ja süüteokatset on põhjendatud käsitada vastutuse aluseks oleva eraldi figuurina üksnes juhul, kui sellele ei järgne süüteost loobumist või selle lõpuleviimist.⁴¹⁶ Järelikult pole põhjendatud eristada süüteokatset ja sellest loobumist, kuna sel juhul hinnataks karistusõiguslikult ühe ja sama käitumisakti eri osi eraldi. Nii tehes ei ole võimalik esile tuua põhjendatud hinnangut toimepanija sooritatud käitumisaktidele kui õiguslikult käsitletavale tervikule.

Eri käsitlused seoste määramisel süüteokatse ja sellest loobumise vahel avaldavad mõju süüteokatsest loobumise dogmaatilise asendi kindlakstegemisel. A. Schumanni käsitluse kohaselt võib süüteokatsest loobumist eraldusmudeli järgi vaadelda karistust välistava asjaoluna, sest süüteokatsest loobumine ei tühista toimepandud süüteokatse ebaõigust ega süülisust. Ühendusmudeli kohaselt aga annab süüteokatsest loobumine toime pandud süüteokatsesse teise tähenduse, sisult likvideerides katseteoga realiseeritud ebaõiguse, mistõttu on loobumine käsitatav negatiivse koosseisutunnusena, õigusvastasust välistava asjaoluna.⁴¹⁷

A. Schumanni käsitluse tugevus on see, et ta seob süüteokatsest loobumise spetsiifiliselt süüteokatsega, näidates, miks on põhjendatud käsitada neid kui tervikut. Nimetatud teooria nõrkus on süüteokatse algusmomendi ning sellest tulenevate negatiivsete mõjudele eraldiseisva tähenduse andmata jätmine ning loobumise käsitamine negatiivse koosseisutunnusena. Kuigi süüteokatsest loobumine mõjutab katsega põhjustatud negatiivseid mõjusid, ei saa see ära muuta asjaolu, et süüteokatset alustati.

A. Heckler on seisukohal, et süüteokatset ja sellest loobumist tuleb käsitada ühtse hinnangu andmise alusena, nn koguhinnanguna. Kuna tegemist on eri käitumisaktidega, ei saa süüteost loobumine muuta süüteokatset ennast olematuks, vaid annab üksnes lisaaspekti, mida tuleb arvestada siis, kui otsustatakse, kas teha süüteokatsest loobumise kohta etteheide.⁴¹⁸ Samas rõhutab A. Heckler, et karistusõigusliku reageeringu sätestamine nii süüteokatse kui ka sellest loobumise kohta on kantud eesmärgist tagada õigushüvede kaitsmine ja arvestades kogu sündmuste kulgu, tuleb otsustada preventiivsete kaalutluste alusel, milline karistusõiguslik reageering on põhjendatud. Järelikult tuleb hinnata kogu kuritegeliku käitumise jada katse alustamisest kuni kuritegeliku käitumise lõpetamiseni või lõppemiseni, mis võib seisneda katse nurjumises, koosseisu realiseerimises või süüteokatsest loobumises.⁴¹⁹

⁴¹⁴ A. Schumann, lk 102.

⁴¹⁵ A. Schumann, lk 142.

⁴¹⁶ A. Schumann, lk 143.

⁴¹⁷ A. Schumann, lk 131.

⁴¹⁸ A. Heckler, lk 136; D. Lang-Hinrichen, lk 352.

⁴¹⁹ A. Heckler, lk 137.

Põhiline erinevus, mille poolest A. Heckleri käsitus erineb A. Schumanni kontseptsioonist, on selles, et süüteokatsest loobumine ei likvideeri katsetegu ega tee olematuks katseteoga realiseeritud ebaõigust, vaid üksnes avaldab mõju sellele. Nii on võimalikud erinevad tähendused, mida annab loobumine süüteokatsele: õigusvastasuse, süü või karistuse välistamine. Kui A. Schumanni käsitus lähtub eelkõige süüteokatse olemuse ja loobumise seosest, siis A. Heckler lähtub, milliseid asjaolusid tuleb hinnata karistusõigusliku etteheitmise ja karistamise üle otsustamisel, mille alusel jõuab ta järeldusele, kuidas on seotud süüteokatse ja sellest loobumine.

A. Schumann leiab, et käsitades süüteokatset ja sellest loobumist nende kohta ühtse hinnangu andmisel kompleksina, nagu seda on teinud A. Heckler, hinnatakse küll süüteokatset ja loobumist koos, kui sisult pole lähtutud ühendumelist, vaid hoopis eraldusmudelist. Nimelt on sel juhul lähtutud punktuaalsest käsitlusest, et süüteokatse alustamisega on realiseeritud kogu katseteo etteheitmiseks vajalik, mis on omane eraldusmudelile. Toimepanija loobumistegu üksnes mõjutab konkreetset hinnangut katseteos avaldunud ebaõigusele. Katse ja loobumise kooskäsitlemisel tuleb hinnata süüteokatse ebaõigust, arvestades kõiki käitumisakte, mis on avaldunud katse alustamisest kuni kuritegeliku käitumise lõppemiseni ning eraldiseisvat tähendust algusmomendil ei ole.⁴²⁰ Tuleb nõustuda A. Schumanniga, et A. Heckler ei too esile ühtegi asjaolu, mis näitaks, mille poolest erineb loobumise seotus süüteokatsega võrreldes positiivse järelteoga pärast koosseisu realiseerimist. Nimetatud väitele toob vastuse U. Murmanni argumentatsioon, kelle käsitluse kohaselt on katse ja loobumine kaks eraldiseisvat käitumisakti, kuid loobumisel on spetsiifiline seos ja mõju süüteokatsele, mis eristab seda positiivsest järelteost. Süüteokoosseisu lõpuleviimisel enam koosseisupärast tegu ära muuta ei saa, küll see on aga võimalik süüteokatse puhul, sest siis ei ole realiseeritud kogu etteheidetavat ebaõigust, vaid ainult osa sellest.⁴²¹

Järelikult on oluline välja tuua süüteokatse ja loobumise õigusdogmaatiline põhjendus, mis näitaks, millest lähtuvalt on süüteokatset ja loobumist koos kui ühtse hinnangu andmise alusena käsitleda. Nimetatud küsimusele on püüdnud vastust leida V. Haas, kelle käsitluse kohaselt süüteokatse puhul ei ole veel täidetud kõik koosseisulised tunnused, kuid samas katse võib viia kõigi koosseisuliste tunnusteni, kas objektiivselt või üksnes subjektiivselt. Juhul kui toimepanija hoiab ära koosseisu lõpuleviimise, siis muudab ta ära teo, nagu see on G. Jakobsi käsitluse kohaselt, või veelgi täpsemalt tühistab toimepandud teo. Seega ka aluse, millest lähtuvalt katset ette heita. Järelikult on põhjenduseks, miks käsitleda loobumist kui olulist tingimust süüteokatse etteheidetavuse arvestamisel, süüteokatse enda olemus: millest lähtuvalt katset ette heidetakse. V. Haas ei lähtu vahetult tervikhinnangu kontseptsioonist, vaid õigusteooriatest,

⁴²⁰ A. Schumann, lk 153–154.

⁴²¹ U. Murmann, Versuch und Rücktritt, lk 32–33.

mille kohaselt loobumine on oluline tingimus, mida tuleb arvestada süüteokatse etteheidetavuse otsustamisel.⁴²²

Lisaks on veel küsimuseks, kas süüteokatse ja loobumise koos hindamisega on enam kooskõlas üksikakti või terviklahenduse käsitlus, mida kasutatakse katse lõppmomendi määratlemisel. A. Schumann käsitluse kohaselt on ühendmudeli teooriaga enam kooskõlas terviklahenduse toel valitsev korrigeeritud loobumishorisoni teooria, mida kasutatakse, et kindlaks määrata, kas süüteokatse on lõpetatud või nurjunud.⁴²³ Korrigeeritud loobumishorisoni teooria kohaselt loetakse katse lõpetatuks, kui on toime pandud viimane tegu, mida küll algul teoplaanis ei olnud, kuid isik on seda tegu pidanud eesmärgi saavutamiseks vajalikuks ja võimalikuks.⁴²⁴ Määrav on seejuures toimepanija arusaam ehk horisont teo jätkamise võimalustest, kuid lisaks on vajalik käitumisaktide seos ajas ja ruumis.⁴²⁵ Siiski ei saa eeltoodust teha järeldust, justkui kuuluks teoplaani teooria kokku eraldusmudeliga ning terviklahenduse teooria süüteokatse ja loobumise kooskäsitlusega.

Õiguskirjanduses on esitatud ka vastupidiseid järeldusi.⁴²⁶ Näiteks G. Jakobi käsitluse kohaselt tuleb süüteokatset ja sellele järgnenud loobumist käsitada ühtse hinnangu alusena, kuid katse lõppmomendi ja loobumisvõimaluste piiritlemisel tuleb lähtuda üksikakti teooriast. Vastupidi ei oleks tegemist enam olukorraga, kus toimepanija annulleerib tema tahte alluva teo lõpuleviimise, vaid palju sõltub juhusest ja konkreetselt avanevatest võimalustest.⁴²⁷

Saksa karistusõiguspädevad kasutavad korrigeeritud loobumishorisoni teooriat, kuigi süüteokatsest loobumine mõjutab üksnes toimepanija karistust ning lähtub kontseptsioonist, et süüteokatse ja loobumine on eraldi institutsioonid.⁴²⁸

Eeltoodu on põhjendatav väitega, et nii teoplaani kui ka tervikkäitumise teooria annavad vastuse küsimusele, millal on tegu veel katsestaadiumis ning millal on tegemist nurjunud katsega, kuid ei käsitla vahetult seoseid loobumise ja süüteokatse vahel.

4.2.3. Vahekokkuvõtte süüteokatse ja loobumise seosest

Kõigi siinses peatükis varem kirjeldatud käsitlustes on oluline, milline tähendus on antud toimepanija otsustele ja sellele vastavale käitumisele panna toime süüteokatse ja seejärel loobumine.

Eraldusmudeli kohaselt on tegemist kahe eraldi otsuse ja teoga. Katse ja loobumise kooskäsitlemisel tuleb süüteokatset ja loobumist hinnata koos. Püüdel hinnata süüteokatset ja sellest loobumist koos, on võimalik eristada kahte

⁴²² V. Haas, lk 245–247.

⁴²³ A. Schuman, lk 131.

⁴²⁴ J. Sootak. Karistusõigus, lk 487.

⁴²⁵ E. Samson, lk 332.

⁴²⁶ G. Jakobs, lk 82, 89.

⁴²⁷ V. Haas, lk 226–259, 247.

⁴²⁸ A. Schönke, H. Schröder, § 24 p 17a.

lähenemist: 1) katse ja loobumine on üks tegu karistusõiguslikus tähenduses ning loobumine annulleerib katse; 2) kuigi süüteokatse ja loobumine moodustavad terviku, ning loobumine ei muuda süüteost loobumine katset olematuks, vaid on oluline aspekt, et otsustada katse etteheidetavuse ja karistamise üle. Seejuures võib veel eristada, kas sellisel juhul on tegemist kahe erineva teo või kahe käitumisaktiga, mida karistusõiguslikult tuleb hinnata ühe teo erinevate aspektidena, mis mõjutavad teole hinnangu andmist.

Katse ja loobumise kooskäsitlemisel on oluline ära näidata, mis annab selleks aluse. Üksnes lähtepunkt, et karistusõiguse reageerimisel tuleb arvestada kõiki asjaolusid, mis näitavad isiku süüd ning üld- ja eripreventiivseid kaalutlusi, ei piisa, sest sellisel juhul ei ole välja toodud katse ja loobumine spetsiifiline seos, mis eristab loobumist positiivsest järeletoost peale koosseisu realiseerimist. Samas on nimetatud asjaolu oluline, sest see näitab, kas loobumisele on põhjendatud anda erinev tähendus positiivsest järeletoost.

Süüteokatse karistamisväärsus põhineb nii normatiivsete ootuste kahtluse alla seadmisel kui ka võimaliku koosseisu lõpuleviimisel. Katsega kahtluse alla seatud käitumisnormi eesmärk on hoida ära normi vastasest käitumisest tulenevad negatiivsed mõjud s.o õigushüve kahjustamine. Süüteokatse alustamisega on realiseeritud koosseis, õigusvastasus ja süü, kuid kogu katsestaadiumi võivad olla sündmused toimepanija kontrolli all ning toimepanijal on võimalik veel otsustada, kas viia koosseis lõpuni või valida normipärane käitumine. Loobumine on võimalik niikaua kui sündmuste edasise arengu üle saab katsestaadiumis otsustada toimepanija. Loobumine ei tee küll süüteokatse alustamise fakti olematuks, kuid mõjutab vahetult katsetegu ja sellest tulenevaid negatiivseid mõjusid, muutes need ära. Järelikult on loobumine vahetult seotud katseteoga. Sündmuste arengu toimepanija kontrolli all olemine ning katseteost tulenevate negatiivsete mõjude äramuutmise võimalus põhistab katse ja loobumise kooskäsitlemist. Loobumisega ei saa muuda süüteokatset olematuks, kuid samas on ära muudetud süüteokatsest tulevad negatiivsed mõjud, mida tuleb arvestada karistusõigusliku etteheita ja karistamise otsustamisel.

Järelikult ei ole põhjendatud katse ja loobumise käsitlemine eraldusmudeli alusel, sest sellisel juhul ei ole arvestatud katse ja loobumise spetsiifilist seost. Eraldusmudeli kohaselt ei ole süüteokatse ja loobumine omavahel seotud teisiti kui positiivne järeletoogu peale eriosa koosseisu realiseerimist.

Lõpetuseks võib veel küsida, kummal juhul – käsitades süüteokatset ja sellest loobumist koos või eraldi –, on see finalistliku teomõistega enam kooskõlas. Finalistliku teomõiste järgi on tegu eesmärgiks seatu teostamine, mida iseloomustab antitsipeeritus, mõtteline ettejäudmine parasjagu tehtavast.⁴²⁹ Iseenesest ei välista finalistlik teomõiste kummagi lahenduse kasutamist. Kuna finalistlik teomõiste seob ühte käitumisaktid, mis on kantud toimepanija ühtsest tahtest, on järelikult mõlemad lahendused ühitatavad. Erisus tuleneb sellest, kuidas on kindlaks määratud ajahetk, mille alusel hinnata toimepanija tahet süüteo toimepanemise vahetuks alustamiseks. Konkreetsemalt, kas toimepanija

⁴²⁹ J. Sootak. Karistusõigus, lk 217.

tahe on määrav üksnes süüteokatse algusmomendil või näitab tema tahet ja selle kujunemist kogu otsustamisprotsess, mis kestab kuni süüteokatse on lõpule viidud. Järelikult on finalistlik teomõiste ühildatav nii eraldusmudeli kui ühendusmudeli kontseptsioonidega.

4.3. Süüteokatsest loobumine ja deliktistruktuuri elemendid

Konkreetses elemendi dogmaatilise asendi määramisel on oluline deliktistruktuur, mis nagu siinses töös varem nimetatud, annab lähtepunkti käsitada tegu kuriteona. Et kindlaks määrata süüteomõiste ülesehitus, on oluline süüteomõiste.

Klassikaline süüteomõiste, mille lähtepunkt oli naturalistlik maailmavaade ning objektiivsete ja subjektiivsete elementide eristamine, kujunes välja 19. sajandil. Aluseks võeti naturalistlik teomõiste, mille kohaselt tegu on tahtest kantud kehaliigutus, mis toob kaasa muudatuse välismaailmas.⁴³⁰ Klassikalisele süüteomõistele on omane kolmeastmeline deliktistruktuur, mille korral on süütegu koosseisule vastav, õigusvastane ja süüline käitumine. Koosseis on konkreetse teoliigi väline väärtusneutraalne kirjeldus, õigusvastasus näitab normivastasust, iseloomustades tegu objektiivselt. Subjektiivne element on süü kui tegija psüühiline suhe teosse, mis avaldub tahtluses ja ettevaatamatuses ning on *nexus* (ld 'sidè') objektiivselt toimepandud teo ja selle kajastuse vahel isiku teadvuses.⁴³¹

Eestis kehtis kuni praeguse karistusseadustiku jõustumiseni 1. septembril 2002 nõukogude kriminaalõigus, mis moodustas klassikalise süüteomõiste erijuhi. Ka nõukogude karistusõiguse deliktistruktuur lähtus F. Liszti kujundatud klassikalisest kolmeelemendilisest süüteoõpetusest, kuid seda siiski teatud eripäradega. Nõukogude karistusõiguse kohaselt taandus süüteomõiste süüteo üldkoosseisu mõistele ja viimast käsitati kriminaalvastutuse ainsa alusena. Süüteo-koosseisu ennast käsitati nõukogude karistusõiguses kui ühiskonnaohtlikku tegu kirjeldavate tunnuste kogumit. Tunnused jagunesid neljaks elemendiks: objekt, subjekt, objektiivne külg ja subjektiivne külg.⁴³²

20. sajandil arenes välja neoklassikaline süüteomõiste, mis lähtus klassikalise süüteomõiste kolmeastmelisest skeemist, kuid asetas iga elemendi tähenduse ja sisu ümber.⁴³³ Oluline on finalistliku teomõiste kasutuselevõtt, mille kohaselt on tegu lõppeesmärgist kantud akt, mitte lihtsalt mootorikast, füsioloogiast või sotsiaalsest tähendusest tulenev akt. Karistusõiguse mõistete sisustamine

⁴³⁰ J. Sootak. Karistusõigus, lk 216.

⁴³¹ J. Sootak. Karistusõigus, lk 188.

⁴³² P. Pikamäe. Tahtluse struktuur. Tahtlus kui koosseisupäraste asjaolude teadmine. Doktoritöö. Tartu Ülikool 2006, lk 16. – Arvutivõrgus:

dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/676/pikamae.pdf?sequence=5.

⁴³³ J. Sootak. Karistusõigus, lk 191.

eesmärgi kaudu, teleoloogiliselt, ei piirdunud ainult teomõistega, vaid on avaldanud mõju teiste karistusõiguslike dogmatikafiguuride tõlgendamisele.

Kõige olulisem muudatus, mis kaasnes lähtumisega finalistlikust teomõistest, oli normatiivse süümõiste kasutuselevõtmine psühholoogilise süümõiste asemel. Süü ei olnud enam suhtumine teosse, mis avaldus tahtluses või ettevaatamatuses, vaid normatiivne hinnang, mis väljendus toimepanijale tehtavas etteheites.

Praeguse ajani ei ole jõutud ühtse arusaamani deliktistruktuuri ülesehitusest Mandri-Euroopa õigusruumis. Eelkõige on vaja vastata küsimustele, nagu mitmetasandiline peaks deliktistruktuur olema, kuidas jagunevad kuriteomõiste eri elemendid ja millised on seosed nende vahel.

Lisaks juba kirjeldatud kolmeastmelisele deliktistruktuurile, mille korral moodustavad koosseis, õigusvastasus ja süü eraldi hinnangu andmise aluse, tunneb karistusõigus ka kahe- ja neljaastmelist deliktistruktuuri. Kaheastmelise deliktistruktuuri kohaselt moodustavad koosseis ja õigusvastasus ühe tasandi, seda põhjendusel, et ebaõigust põhistavad ja välistavad asjaolud on tegelikult ühe ja sama nimetaja – süüteomõiste – koostisosad.⁴³⁴ Kolmeastmelise deliktistruktuuri kohaselt käsitatakse õigusvastasust välistavaid asjaolusid kaheastmelises deliktistruktuuris negatiivsete koosseisutunnustena. Neljaastmelise deliktistruktuuri korral on kolmeastmelise süsteemi elementidele lisatud eraldi astmena veel kriminaalvastutus. Et isikut karistada on peale süü vaja tuvastada kriminaalvastutus, s.o karistatavuse nõue ehk karistamisvajadus.⁴³⁵

KarS-i deliktistruktuur rajaneb finalistlikul kolmeastmelisel süüteomõistel: koosseis, õigusvastasus ja süü.⁴³⁶

4.3.1. Süüteokatsest loobumine kui süüteokoosseisu või õigusvastasust välistav asjaolu

Prantsuse karistusseadustiku § 121–5 kohaselt ei ole karistatavat süüteokatset, kui toimepanija edasisest teo lõpule viimisest loobub sõltumata välistest asjaoludest. Süüteokatsest loobumine on seega negatiivne koosseisutunnus, mille olemasolul süüteokatse puudub.⁴³⁷ Teoorias on väljendatud seisukohta, mille järgi on süüteokatsest loobumine käsitatav a) õigusvastasust välistava asjaoluna, kui aluseks võtta kolmeastmeline deliktistruktuur või b) negatiivse koosseisutunnusena, kui aluseks on kaheastmeline deliktistruktuur.⁴³⁸

Süüteokatsest loobumise liigitamisel kindla deliktitasandi juurde on oluline, kas see on ühildatav deliktitasandile antava tähendusega.

⁴³⁴ J. Sootak. Karistusõigus, lk 194.

⁴³⁵ J. Sootak. Karistusõigus, lk 195.

⁴³⁶ J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik, § 2 p 3.

⁴³⁷ M. Brockhaus. Die strafrechtliche Dogmatik von Vorbereitung, Versuch und Rücktritt im europäischen Vergleich: unter Einbeziehung der aktuellen Entwicklungen zur „Europäisierung“ des Strafrechts. Hamburg: Kovač, 2006, lk 111.

⁴³⁸ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/47.

Süüteo koosseis kirjeldab tüüpiliste joontega ebaõigust ja õigusvastasust on süüteos sisalduv normi rikkumine.⁴³⁹ Õigusvastasus näitab, et tegu rikub õiguskorda ja on vastuolus inimeste kooselu reguleerivate õigusnormidega. Õigusvastasus rõhutab, et õiguskord on objektiivne suurus, mis kehtib võrdselt kõigile ühiskonnaliikmetele.⁴⁴⁰

Süüteokatsest loobumise liigitamist õigusvastasust või koosseisu välistava asjaoluna põhistatakse väitega, et loobumise tulemusena puudub katseteo õigusvastasus. See lahendus lähtub süüteokatsest loobumist põhistavast *õigusteooriast*, mille kohaselt käsitatakse süüteokatset ja loobumist ühe teona, mille tulemusena on süüteokatsest loobumine katseteo osis ja kõrvaldab selle õigusvastasuse.⁴⁴¹ Argumendina, miks katseteo õigusvastasus on välistatud, märgib K. Binding, et süüteokatsest loobumise tulemusena lõhutakse põhjuslik side toimepandud teo ja selle tagajärje vahel, mille tõttu kaotab süüteokatse õigusvastase tähenduse.⁴⁴² Sellisel juhul ei oleks aga vahet vabatahtlikul loobumisel ja muul põhjusel katsestaadiumi jäänud teoga, sest kausaalne side katseteo ja tagajärje vahel on lõhutud mõlemal juhul.⁴⁴³

R. Hippeli käsitluse kohaselt on süüteokatsest loobumine osa katsekoosseisust. Toimepanijal on õiguslik kohustus pärast süüteokatse alustamist loobuda teo lõpule viimisest ning kui ta selle kohustuse täidab, ei ole koosseisu realiseeritud. Nimetatud seisukohta kritiseeritakse, sest loobumisvõimaluse kasutamata jätmine võiks täita sellisel juhul tegevusetusdelikti tunnused: koosseisu lõpuleviimiseks oli vaja toimepanija aktiivset tegu, mille ta jättis toime panemata. Toimepanijal on õiguslik kohustus mitte alustada katseteo toimepanemist ja seda kohustust ei saa muuta hilisema tagajärje ärahoidmisega.⁴⁴⁴

Samuti ei ole süüteokatsest loobumine ühitatav koosseisu või õigusvastasuse tasandiga, sest sellisel juhul antaks süüteokatsele hinnang kui õigusnormidega kooskõlas olevale teole, mida isik tohib toime panna. Ometigi ei ole see kooskõlas keeluga alustada süüteokatse toimepanemist.

Süüteokatsest loobumise käsitlemine koosseisu või õigusvastasust välistava asjaoluna toob kaasa karistuslõnga osavõtja vastutuse kohta.⁴⁴⁵ Osavõtja vastutuse alus on piiratud aktsessoorsuse teooriaga, mille kohaselt on osavõtja vastutuse eeldus täideviija õigusvastane tegu, mis peab olema jõudnud vähemalt katsestaadiumi. Kui süüteokatsest loobumine välistab koosseisu või õigusvastasuse, siis ei ole olemas ka tegu, millest osavõttu isikule ette heita. Järelikult ei saa kihutajale ega kaasaitajale süüteokatset ette heita, kuigi nad on andnud oma panuse kuriteo realiseerimisse ja nende käitumisaktid ei seostu teo lõpule viimata jätmisega. Seega täideviija süüteokatsest loobumisel oleks välistatud

⁴³⁹ J. Sootak. Karistusõigus, lk 329.

⁴⁴⁰ J. Sootak. Karistusõigus, lk 327.

⁴⁴¹ H. Wege, lk 18.

⁴⁴² H. Wege, lk 19.

⁴⁴³ F. Muñoz-Conde. Theoretische Begründung und systematische Stellung der Straflösigkeit beim Rücktritt vom Versuch. – ZStW 84 (1972) Heft 3, lk 770.

⁴⁴⁴ F. Muñoz-Conde, lk 771.

⁴⁴⁵ K. Ulsenheimer, lk 123.

osavõtja vastutus süüteokatse eest isegi siis, kui tema käitumine pole suunatud sellele, et vältida koosseisu lõpuleviimist. Kirjeldatud lahendus ei ole kooskõlas süüteokatsest loobumise olemusega, mille kohaselt peaks privilegerimise aluseks olema isiku panus tagajärge ära hoida.⁴⁴⁶

Süüteokatsest loobumise liigitamist koosseisu või õigusvastasust välistava asjaolu juurde on kritiseeritud põhjendusel, et seeläbi muutub hädakaitse seisundis oleva isiku tegevus ründe tõrjumisel etteheidetavaks, kuivõrd süüteokatsest loobumise tõttu puuduks õigusvastane rünne.⁴⁴⁷ Seda argumenti ei peeta veenvaks, sest hädakaitstes oleva isiku poolt ründe tõrjumise ajal oli tegu õigusvastane, kaotades koosseisulise või õigusvastase tähenduse alles hiljem loobumisteoga.⁴⁴⁸

Arvestades eespool toodud kriitikat, et süüteokatsest loobumine muudab olematuks süüteokatse või selles avaldunud õigusvastasuse ning et selgusetuks jääb, missugune on osavõtja vastutus, kui ta loobub süüteokatsest, ei ole enamikus Euroopa riikide seadustes selline lahendus kasutusel, välja arvatud Prantsuse karistusseadustikus.⁴⁴⁹

4.3.2. Süüteokatsest loobumine kui süüd välistav asjaolu

KarS-i § 40 lg 1 kohaselt vabaneb isik süüst, kui ta vabatahtlikult loobub süüteokatsest. Järelikult on säilinud katseteo õigusvastasus ega teki probleeme ühitada süüteokatsest loobumise ja sellest osavõtu regulatsioon, mis oli keeruline, kui määrata süüteokatsest loobumine negatiivse koosseisutunnuse või õigusvastasust välistava asjaoluna.

Karistusõiguse dogmaatikas on käesoleval ajal valitsevaks lähtumine normatiivsest süümõistest, mille kohaselt heidetakse isikule ette, et ta ei käitunud õiguspäraselt, olles langetanud otsuse ebaõiguse kasuks, kuigi oleks võinud valida õiguspärase käitumise.⁴⁵⁰ Toimepanijal on seega otsustusruum, kas kuritegu toime panna või mitte. Asjaolud, mille tõttu ei ole põhjendatud toimepanijale kuritegeliku käitumise kasuks otsustamist ette heita, välistavad süü. Süü tasand tähistab piiri, kuhumaani nõuab ühiskond, et tuleb kinni pidada õigusvastasuses väljendatud normatiivsest korrast, andes samas vabandavuse piirid, milleni ühiskond veel talub normirikkumist.⁴⁵¹ Isikule saab üksnes siis tegu ette heita, kui ta oleks suutnud teisiti käituda. Võimalus teisiti käituda tuvastatakse normatiivse isiku *igati* kaudu, kellele vastab süüdistatava vanusele, soole, kehaehitusele ja elukogemusele jts umbes samasugune *teine*, kellel on vastutustunne ja sellele rajanev õigusteadvus.⁴⁵² Süü tuvastamiseks tuleb

⁴⁴⁶ H. Boss, lk 36.

⁴⁴⁷ K. Ulsenheimer, lk 124–125.

⁴⁴⁸ H. Boss, lk 37.

⁴⁴⁹ M. Brockhaus, lk 494.

⁴⁵⁰ E. Samson, lk 210.

⁴⁵¹ J. Sootak. Karistusõigus, lk 445.

⁴⁵² J. Sootak. Karistusõigus, lk 439.

kindlaks teha, kas normatiivne isik oleks käitunud teisiti, s.t suutnud käituda vastavalt õigusnormi ettekirjutusele ja hoidnud ära õigushüve kahjustamise.

Karistusseadustiku kohaselt ei tuvastata süüd igakordse teisiti käitumise võimaluse hindamise kaudu, vaid toimepanija süüvõime ja süüd välistavate asjaoludena alusel, mis on sätestatud §-des 32–43 ning lisaks eriosa paragrahvides isikuliste süüd välistavate asjaoludena §-des 119¹, 306 ja § 307. Üks toimepanija süüd välistav asjaolu on loobumine süüteo katsest.

Et oleks võimalik liigitada süüteo katsest loobumine süüd välistavaks elemendiks on küsimus, kas ja kuidas on loobumise alused ja põhistused ühildatavad süü dogmaatilise skeemiga, täpsemini normatiivse süü mõiste eeldustega. Lubatu ja keelatu piir on ületatud sedamaid, kui isik on toime pannud esimese teo, mis on vahetult suunatud süüteokoosseisu realiseerimisele, s.t kuriteo katse alustamisel. Süüteo katse alustamise hetkel polnud ühtegi asjaolu, mis välistaksid isikule etteheite tegemise, sest kuigi tal oli võimalus valida õiguspärane käitumine, otsustas ta õigusvastase käitumise kasuks ja alustas vahetult koosseisu realiseerimist. Õiguskirjanduses on esile toodud, et süüteo katsest loobumist ei saa käsitada süüd välistava elemendina, sest loobumine on tagantjärele toimepandud tegu, mis ei saa mõjutada toimepanijale tehtavat süüetteheidet süüteo katse eest, mis kindlal ajahetkel on juba aset leidnud.⁴⁵³

Kirjanduses on esitatud vastupidine seisukoht, mille kohaselt loobumine kuulub süü tasandi juurde.⁴⁵⁴ Põhjalikult on nimetatud küsimust analüüsinud A. Schumann, kes võtab lähtepunktiks eelduse, et süü tasandil tuleb süüteo katset käsitleda osana teo lõpuleviimisest, mitte iseseisva dogmaatikafiguurina. Kuni ei ole realiseeritud kõiki koosseisulisi asjaolusid, on toimepanijal veel võimalus mõjutada, kas tegu viiakse lõpuni või mitte. Loobumistegu, mis seisneb otsuses ning sellele vastavas käitumises jätta kuritegu lõpuni viimata, ei mõjuta juba alustatud süüteo katset, vaid seda osa süüteokoosseisust, mis ei ole veel realiseeritud. Järelikult moodustub hinnang, kas toimepanijale on põhjendatud tegu ette heita, asjaolude kogumist, mis on ilmnenu süüteo katse alustamisest kuni kuritegeliku teo lõpuleviimise või katkestamiseni. Loobumine kui süüd välistav asjaolu tugineb toimepanija panusele, mille tõttu jäi tegu lõpuni viimata.⁴⁵⁵ Kuivõrd süüteo katse on osa lõpuleviimisest, siis on põhjendatud süüteo katsest loobumisel väita, et toimepanija süü ei ole vähenenud, vaid see puudub üldse.

A. Schumanni kästluse kohaselt jääb süüteo katsest loobumisel alles katseteo õigusvastasus, mille kindlaksmääramisel lähtub ta eraldusmudelidest. Järelikult ei muuda süüteo katsest loobumine katseteo õigusvastasust. Kuriteost osavõtu puhul on vaja iga isiku panust süüteokoosseisu lõpule viimata jätmisel, et oleksid täidetud loobumise tingimused. Erinevatest kontseptsioonidest lähtumist süü ja

⁴⁵³ M. Herrmann. Der Rücktritt im Strafrecht. Eine kritische Analyse von § 24 StGB de lege lata und Überlegungen de lege ferenda. Berlin: Duncker & Humblot 2013, lk 19.

⁴⁵⁴ A. Ahmed. Rücktritt vom versuchten unechten Unterlassungsdelikt. Hamburg: Kovač 2007, lk 29–30, 36–37.

⁴⁵⁵ A. Schumann, lk 141–145.

õigusvastasuse tasandil toob kaasa, et katse õigusvastasus on tuvastatav juba katse alustamisel ning hilisem loobumisele vastav käitumine arvesse ei lähe, kuid süü puhul on hinnangu aluseks kogu ajavahemik katse alustamisest kuni loobumiseni. Nimetatud erinevust põhistab A. Schumann väitega, et õigusvastasus ja süü tuvastatakse erinevatelt. Õigusvastasuse tasandil tehakse objektiivselt kindlaks, mis on aset leidnud, kuid süü tuvastamine toimub hinnanguga, mille puhul ei ole määrav üksnes konkreetne ajahetk, vaid kõik asjaolud, mis omavad tähtsust etteheite tegemisel.⁴⁵⁶

A. Schumanni kontseptsioonist nähtub küll põhjendus, miks on välistatud süüetteheite tegemine ning see on kooskõlas normatiivse süümõistega. Käsitluse nõrkuseks on erinevatest kontseptsioonidest lähtumine süüteokatsest loobumise õigusvastasuse ja süü kindlakstegemisel, sest eeltoodu näitab pigem, et puudub katset ja loobumist ühendav immanentne seos. Samuti süü tasandil süüteokatele iseseisva tähenduse andmata jätmine.

Kirjanduses on esitatud seisukoht, et süüteokatse ja loobumise üheskoos käsitlemise tulemus ei pea olema süüteokatse eitamine, vaid loobumine võib modifitseerida süüteokatse alustamisel avaldunud süüd ning avaldada mõju süüteokatse etteheidetavusele.⁴⁵⁷

Eeltoodud väiteid kinnitab K. Ulsenheimer, kelle käsitluse kohaselt süüteokatse ja sellele järgnev loobumine moodustavad ühtse hinnangu aluse.⁴⁵⁸ Loobumisel on süüd vähendav olemus, sest süüteokatset realiseerima asudes oli toimepanijal tahtlus viia tegu lõpuni ning seeläbi rünnata õigushüve; loobumisel aga toimepanija tahtlus pöördus, sest tema tahe oli suunatud õigushüve kahjustamise vältimisele.⁴⁵⁹ Oluline on just õigushüvede kaitse aspekt, mis on avaldunud nii objektiivselt konkreetse teo lõpule viimata jätmises, kui ka subjektiivsel tasandil tahtluse muutumises – tagasipöördumises õiguse juurde. Järelikult mõjutab süüteokatsest loobumine süüteokatsega loodud ebaõigust ja on vähenenud toimepanija süü ning alles jääv süü on vabandatav, mistõttu süüetteheite tegemine ei ole põhjendatud.⁴⁶⁰

K. Ulsenheimeri käsitluse kohaselt kuulub süüteokatsest loobumine süü juurde, sest on kooskõlas vabandavate asjaolude olemusega, mis Saksa karistusseadustiku kohaselt on vabandatav hädaseisund § 35 järgi. Vabandatav hädaseisund kuulub süü alla, sest isikul oli võimalus käituda normi päraselt, kuid õigusele vastav otsus oli raskendatud hädaseisundiolukorra ja erilise motivatsioonisurve tõttu, mistõttu on tegemist juhtumiga, kus normile vastavat käitumist ei saa eeldada.⁴⁶¹ Lähtuvalt eeltoodust teeb K. Ulsenheimer järelduse, et vabandatava hädaseisundi puhul on nimetatud elemendi liigitamine süü juurde kuuluvaks põhjendatud vähenenud ebaõiguse ja süüga, mis iseloomustavad

⁴⁵⁶ A. Schumann, lk 148.

⁴⁵⁷ H. Boss, lk 43.

⁴⁵⁸ K. Ulsenheimer, lk 117.

⁴⁵⁹ K. Ulsenheimer, lk 96–97.

⁴⁶⁰ K. Ulsenheimer, lk 103.

⁴⁶¹ K. Kühl, lk 232.

süüteokatsest loobumist. Lähtuvalt eeltoodust on põhjendatud liigitada süüteokatsest loobumine vabandavate asjaolude juurde.⁴⁶²

Sarnase argumentatsiooniga on põhjendatud süüteokatsest loobumise liigitamist süü elemendiks Eesti karistusõiguse reformi käigus, mille tulemusena mindi Nõukogude karistusõiguselt üle 2002. aastal jõustunud Eesti Vabariigi karistusseadustikule. Loobumine välistab toimepanija süü tagantjärele ning seda põhjusel, et katsest loobumine küll ei kõrvalda, vaid vähendab süüteokatsega loodud õigustkõigutavat muljet.⁴⁶³ KarS § 40 lg 1 toob välja, et loobumisel on süü vabandata.

Seejuures on oluline erinevus süüvõime puudumisel ning süüd välistavatel asjaoludel, mis mõlemad toovad kaasa süüetteheite mittetegemisele. Süüvõimetule on välistatud karistusõigusliku etteheite tegemine vanuse või vaimse tervise tõttu. Süüd välistavad asjaolud tähistavad tingimusi, millal süüvõimelisele isikule ei ole põhjendatud õigusvastast tegu karistusõiguslikult ette. Süüteokatsest loobumine on KarS kommentaaride järgi erandlik süüd välistav asjaolu. Süüteokatset alustades on olemas katseteo koosseisupärasus, õigusvastasus kui süü. Loobumise realiseerimine kõrvaldab retrospektiivselt süüteokatse süülisuse.⁴⁶⁴ Tegemist on kriminaalpoliitilise valikuga, mille puhul leitakse, et nendes konkreetsetes olukordades on toimepanija käitumine vabandata ning täidetud ei ole ka karistamisväärsuse kriteerium. Saksa karistusseadustik kasutab terminit vabandav asjaolu, mis argumentatsiooni osas vastavad Eesti karistusseadustiku süüd välistavatele asjaoludele. Just seotusest ebaõiguse ja süüga erinevad vabandavad asjaolud karistatavust välistavatest asjaoludest, mis põhinevad eelkõige riigi kriminaalpoliitilistel kaalutlustel.⁴⁶⁵

Süüteokatsest loobumise liigitamisel süü juurde kuuluvaks põhjendustel, mis on esitatud Eesti karistusseadustiku reformi ja K. Ulsenheimeri poolt, on kritiseeritud järgnevalt. Nimelt on toimepanija süüteokatset alustades täitnud kõik karistatava teo eeldused, ning seega ei ole tegemist samaväärse olukorraga, kus toimepanija süü üldse puudus ning järelikult on loobumise puhul tegemist üksnes olukorraga, kus toimepanija süü on oluliselt vähenenud.⁴⁶⁶

Eeltoodud väide püstitab uue küsimuse, millises määras on toimepanija süü vähenenud ning kuidas viib see tulemuseni, et puudub alus isikule süüetteheite tegemiseks. Keerulisemaks muudab vastamise asjaolu, et süü omab tähendust nii deliktstruktuuri kolmanda elemendina kui ka karistuse mõistmisel. Süül kui deliktstruktuuri kolmandal elemendil on karistust põhistav tähendus ning see on käsitleva kvalitatiivse mõõtmena, st süü kas on või ei ole olemas ning ei ole astmestata. Süü kui karistuse mõistmisel arvestatav asjaolu määrab, milline peaks olema karistus ning on seal kvantitatiivse tähendusega. Kui lähtuda asja-

⁴⁶² K. Ulsenheimer, lk 90-91, 104

⁴⁶³ M. Ernits jt. Karistusseadustiku üldosa eelnõu. Eelnõu lähtealused ja põhjendus. Tallinn: Juura 1999, lk 103.

⁴⁶⁴ J. Sootak, P. Pikamäe, § 40 p 2.2.

⁴⁶⁵ K. Kühl, lk 232.

⁴⁶⁶ H.-H. Jescheck, T. Weigend, lk 548.

olust, et süüteokatest loobumisel ei ole toimepanija süü täielikult välistatud, võib jõuda järelduseni, et süüteokatest loobumine mõjutab üksnes süü kvantitatiivset tähendust.⁴⁶⁷ Lähtuvalt eeltoodust on jõutud tulemuseni, et sellisel juhul on tegemist juba süüd kui karistuse mõistmist mõjutava asjaoluga, mitte kui karistust põhistava kriteeriumiga.⁴⁶⁸

Lisaks on oluline märkida, et teosüü ning süü kui karistust mõjutav asjaolu tuvastatakse erinevate kriteeriumide alusel. Teosüü tuvastatakse teo toimepanemise ajaga. Karistuse mõistmisel arvestatav süü ei ole piiratud teo toimepanemise hetkega, vaid hõlmab lisaks toimepanija kuriteojärgseid käitumisakte kuni kohtuotsuse tegemiseni. Eelkõige on selliseks käitumisaktiks kahjude vabatahtlik hüvitamine.⁴⁶⁹

Järgnevalt on süüteokatest loobumise puhul oluline, kas loobumistegu on käsitletav kuriteosündmuse asjaoluna või peale teo toimepanemist realiseeritud käitumisena. Eeltoodud küsimusele sõltub vastus lähtepunktist, kuidas on omavahel seotud katse ja loobumine. Juhul kui loobumist ja katset käsitleda eraldusmudeli alusel, siis on tegemist peale kuriteosündmust realiseeritud käitumisaktiga. Kui aga lähtuda ühendusmudelist, siis on võimalik põhistada, et tegemist on kuriteosündmuse asjaoluga.

Samas tuleb arvestada, et kuriteosituatsioonis ilmnenud asjaolu võib omada ka üksnes karistust kergendavat tähendust, nagu see on KarS § 57 lg 1 p 6 süüteo toimepanemine õigusvastase käitumisega esile kutsutud tugeva hingelise erutuse seisundis. Nimetatud asjaolu on avaldanud mõju isiku otsustusprotsessile ning teinud raskemaks otsustada õige ja vale käitumise vahel, mistõttu vähendab see isiku süüd ja talle mõistetavat karistust. Järelikult võib kuriteo situatsioonis ilmnenud süüd mõjutav asjaolu mõjutada nii teosüüd kui üksnes karistuse mõistmise aluseks olevat süüd. Küll aga ei saa väljaspool kuriteosituatsiooni välistavad asjaolud välistada teosüü, sest vastupidisel juhul ei oleks enam hinnangu aluseks konkreetne käitumisakt, vaid isiku olemine tervikuna. Järelikult on oluline tuvastada, milline tähendus on kuriteo situatsioonis ilmnenud süüd mõjutaval asjaolul: kas ja millises määras on süü vähenenud ning millist mõju see avaldab, mõjutades karistust või välistades süü etteheite.

Seega võib küsida, kas teatud juhtudel on võimalik, et süü kvantitatiivne vähesus võib tuua kaasa ka süü kui kvalitatiivse asjaolu välistamise. Sisuliselt on sellisest käsitlusest lähtunud 2002. a jõustunud karistusseadustiku reformi käigus, mille tulemusena leiti, et toimepanija süü ei puudu, vaid on vabandatav. Kuigi karistusõiguse reformi käigus esitatud põhjenduste kohaselt ei ole toimepanija süü välistatud, siis ei ole põhjendatud süüetteheite tegemine. Täiendavalt on märgitud, et süüteokatest loobumise regulatsioon on kooskõlas KarS sätetega karistust kergendavate asjaolude kohta. KarS § 57 lg 1 p 1 ja p 2 kohaselt on kergendav asjaolu kahju vabatahtlik hüvitamine ja puhtsüdamlik kahetsus.⁴⁷⁰

⁴⁶⁷ A. Heckler, lk 139-141.

⁴⁶⁸ A. Schumann, lk 151; H.-H. Jescheck, T. Weigend, lk 548.

⁴⁶⁹ U. Murmann. Strafzumessung und Strafverfahren, lk 1140-1141.

⁴⁷⁰ M. Ernits jt, lk 103.

Järelikult võib Eesti karistusseadustiku põhistuste kohaselt süü määra vähene-mine tuua mõningatel juhtudel kaasa süü kui deliktistruktuuri kolmanda elemendi puudumise, kuid teistel juhtudel olla arvestatav ainult karistuse mõistmisel.

Nii väidetakse, et toimepanijale ei ole põhjendatud tegu ette heita ka juhul, kui puudub karistusõiguslikult relevantne süü.⁴⁷¹ Siiski on leitud, et nimetatud argumendid ei põhista iseenesest süüteokatsest loobumise kuulumist süü juurde, sest väide karistusõiguslikult relevantse süü olemasolust sisaldab küsimust, kas alles jäävast süüst lähtuvalt on vajalik toimepanija karistamine.⁴⁷² Sellise käsit-luse kohaselt on süü mõistesse lisaks sisse toodud teisiti käitumise võimaluse prognoos, kas ja kuidas on tarvilik toimepanijat karistusõigusliku reageeringu kaudu mõjutada. Antud käsitluse kaudu on süü etteheide seotud preventsiiooni mõistega ning on kaugenenud süüst kui teisiti käitumise võimalusest.

Süü tasandi sidumist preventiivsete kaalutlustega on püütud lahendada ka süümõiste kaudu, ehk teisisõnu, millest lähtuvalt tuleb tuvastada, et toimepani-jale on põhjendatud tema tegu ette heita. G. Jakobs näeb preventsiiooni mitte üksnes kui süü piire korrigeerivat kategooriat, vaid positiivne üldpreventsiioon määrab nii süü sisu kui piirid.⁴⁷³ Süü suurus sõltub sellest, kui palju teistmoodi pidi isik käituma, et käitumine oleks vastanud normile ja milline on karistuse osakaal, et taastada usaldus õiguskorra vastu.⁴⁷⁴ Süü muutub funktsionaalseks, omandades ülesande kaasa aidata selle kindlaks tegemisele, milline peab normi-kuulekuse sisukohalt olema õiglane karistus.⁴⁷⁵

Sellisel juhul ei teki vasturääkivusi süüteokatsest loobumise paigutamisel süü mõiste juurde, sest loobumistegu annab aluse põhjendatud väiteks, et pre-ventiivsetest kaalutlustest ei ole vajalik toimepanija karistamine. Siinjuures tekib pigem probleem, kas selliselt sisustatav süümõiste suudab täita õigusriik-likku funktsiooni määratleda riikliku sekkumise piirid. Seejuures tuleb arves-tada, et süü kui teisiti käitumise võimalus on suunatud minevikku, ent preven-tiivsed kaalutlused tuvastatakse tuleviku prognoosi kaudu. Üksikisik on sellisel juhul vahend ühiskonna käes, sest süü tuvastamisel lähtutakse asjaolust, kas ja kuidas peab riik reageerima, et taastada süüteokatsega kõikuma löönud mulje õigusnormide kehtivuse osas.

Kirjanduses on vastu vaieldud, et normatiivse süüetteheite ja preventsiiooni vastandamine ei ole põhjendatud, sest süüetteheite kui teisiti käitumise võimalus omab samuti preventiivset tähendust, milleks on mõjutada isiku, sh vähemalt konkreetse toimepanija motivatsiooniprotsessi valima õigskuulekas käitumine, et vältida sotsiaal-eetilist hukkamõistu.⁴⁷⁶ Nimetatud väide on küll põhjendatud, kuid see ei ole süü kui teisiti käitumise võimaluse esmane tähendus, vaid kaasuv nähtus.

⁴⁷¹ A. Heckler, lk 131.

⁴⁷² A. Heckler, lk 131.

⁴⁷³ G. Jakobs, *Strafrecht*, lk 392.

⁴⁷⁴ J. Sootak. *Karistusõigus*, lk 440.

⁴⁷⁵ G. Jakobs. *Strafrecht*, lk 392.

⁴⁷⁶ A. Heckler, lk 142-143.

Süümõiste sisustamisel on oluline tähendus, sest sellest sõltub, mis on etteheite aluseks. Erinev on argumentatsioon, mõistes süüd kui teisiti käitumise võimalust või preventiivsetest kaalutlustest lähtuvat etteheidet. Täpsem diskussioon süümõiste sisustamise osas jääb väljapoole käesoleva töö teemat, mistõttu ei ole nimetatud teemat rohkem analüüsitud.

Loobumise liigitamine süü mõiste juurde sõltub seega loobumise mõjust süüteo katsele ning aluseks võetavast süüteomõistest.

Eeltoodut kokkuvõttes võib väita, loobumine omab tähendust toimepanija süü osas, sest toimepanija teol, mis on suunatud õigushüve säästmisele ning kahjulike tagajärgede ärahoidmisele, on karistusõiguses süüd mõjutav tähendus. Erinevate kontseptsioonide kohaselt võib süü olla välistatud või olla oluliselt vähenenud. Nii on võetud kasutusele karistusõiguslikult relevantse süü mõiste, mille puhul on jõutud tulemusele, et loobumisel süü ei puudu, vaid on oluliselt vähenenud, mistõttu puudub alus etteheiteks. Kasutades karistusõiguslikult „relevantse süü“ mõistet, siis on oluline, et see on sisustatud argumenteeritud väidetega, sest muidu on tegemist sisutühja ning kergesti manipuleeritava mõistega. Käesoleva töö autor oleks mõistega karistusõiguslikult relevante süü ettevaatlik. Liigitades loobumise süü kui deliktistruktuuri kolmanda tasandi juurde peab jõudma tulemuseni, kas on alust isikule tema tegu s.o süüteokatset ette heita või mitte, s.t kas isik on toiminud süüliselt või mitte.

Samas väide, et süüteokatset alustades käitus toimepanija süüliselt, ei välista, et toimepanija süü ei võiks loobumise tulemusena olla vähenenud määral, et esialgne süü tagantjärele puudub. Nimetatu sõltub argumentatsioonist, millist mõju avaldab loobumine süüteo katsele ning loobumise ja süüteokatse vahelisest seosest. Lisaks on oluline, millisest süümõistest on lähtutud, sest see määrab etteheite sisu.

4.3.3. Süüteokatsest loobumine kui karistust välistav asjaolu

Kui toimepanija loobub süüteokatsest, siis Saksa karistusseadustiku § 24 kohaselt teda ei karistata ja süüteokatsest loobumist on käsitatud karistust välistava asjaoluna (sks *Strafaufhebungsgrund*). Põhjendades süüteokatsest loobumist kui karistust välistavat asjaolu lähtutakse eeldusest, et süüteokatset alustades on toimepanija realiseerinud kõik vajalikud tingimused, et teha talle karistusõiguslik etteheide. Hilisem käitumine, mis välistab süüteokoosseisu lõpuleviimise ja vastab loobumise tingimustele, ei muuda olematuks juba realiseeritud ebaõigust ja selle etteheidetavust toimepanijale, mistõttu ei saa väita, et puudub katseteo süülisus.⁴⁷⁷ Järelikult käsitatakse süüteokatset ja sellest loobumist iseseisvate ja teineteisest lahutatud käitumisaktidena, võttes aluseks eraldusmudeli.⁴⁷⁸ Kuigi need väited näitavad, miks ei kuulu süüteokatsest loobumine süü juurde, pole

⁴⁷⁷ V. Krey, R. Esser, lk 525.

⁴⁷⁸ A. Schumann, lk 156.

esitatud põhistust, miks on süüteokatses loobumine ühitatav karistust välistavate asjaoludega.

Küsimusele, miks on süüteokatses loobumine võimalik ühitada karistust välistavate asjaoludega, ei saa vastust tuletada vahetult karistust välistavate asjaolude mõiste kaudu. Saksa karistusseadustik sellist mõistet ei kasuta, tegemist on teoorias väljendatud lahendusega. Saksa karistusõigus eristab asjaolusid, mille puhul on karistamistarvidus kohe välistatud (sks *Strafausschlissungsgrund*), nt indenniteet, ning asjaolusid, mille puhul on tagantjärele ilmneb alus jätta isik karistamata (sks *Strafaufhebungsgrund*), nt süüteokatses loobumine ja tegevkahetsus.⁴⁷⁹ Saksa õiguskirjanduses on esile toodud, et karistust välistavateks asjaoludeks võib liigitada ka amnestia ja teo aegumise, sest ka nende korral toimepanijat ei karistata.⁴⁸⁰ Karistust välistavad asjaolud hõlmavad seega mitmesuguseid tegureid, millest osa on seotud teoga, teised aga teoväliste asjaoludega, nagu aegumine ja amnestia.

Eesti karistusseadustikus ei ole kasutusel terminit „karistust välistavad asjaolud“, kuid need on väljenduse leidnud nii KarS-s kui ka KrMS-s. Eesti kriminaalmenetluse seadustiku § 199 lg 1 p-des 2–7 on kirjeldatud kriminaalmenetlust välistavad asjaolud, mille hulgas on küll olemas koosseisupärane, õigusvastane ja süüline tegu, kuid leitakse, et kriminaalmenetluse läbiviimine ei ole põhjendatud. Eesti karistusseadustikus on põhjendatud käsitada §-s 81 nimetatud aegumist karistust välistava asjaoluna, sest aegumine välistab edasise menetlemise, kuid kui süüdistatav soovib menetluse jätkamist, siis seda tehakse, kuid ikkagi teda ei karistata.

Kirjanduses on esile toodud, et puudub kontseptsioon, kuidas siduda erinevad karistust välistavad asjaolud. Ainsana ühendab neid konkreetne õiguslik tagajärg, milleks on isiku mittekaristamine, sest puudub karistamistarvidus.⁴⁸¹ Kuna karistust välistavad asjaolud hõlmavad väga erilaadilisi aspekte, ei saa ka esile tuua ühest põhjust karistustarviduse puudumiseks, kuna see varieerub olenevalt konkreetsest asjaolust.⁴⁸² Järelikult moodustub karistust välistavate asjaolude kogum eelkõige seadusandja väärtusotsuse alusel, erinedes seetõttu õigusvastasust ja süüd välistavatest asjaoludest, mis põhinevad teoreetilistel kontseptsioonidel.⁴⁸³ Eeltoodu kohaselt ei anna väljend „karistust välistavad asjaolud“ kriteeriumi, mille alusel liigitada süüteo konkreetne element karistust välistavate asjaolude juurde.

Karistamistarvidust tuleb eristada karistamisväärsusest. Karistamisväärsust hindab seadusandja kriminaliseerimise protsessis, mille tulemusena otsustatakse, kas konkreetne käitumisakt peaks olema karistatav süüteona. Eeltoodu lahendatakse eelkõige õigushüve olulisuse ning teo objektiivse ja subjektiivse etteheidetavuse alusel. Karistamistarvidus on küsimus, kas ja millisel põhjendusel

⁴⁷⁹ V. Krey, R. Esser, lk 327–328.

⁴⁸⁰ K. Ulsenheimer, lk 120.

⁴⁸¹ A. Schumann, lk 156.

⁴⁸² K. Ulsenheimer, lk 120.

⁴⁸³ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 32/376.

realiseerib riik karistusvõimu. Karistamistarvidus peab andma vastuse küsimusele, kas ja kuidas tuleb reageerida karistamisväärsle teole. Nimetatud küsimuse osas määrab seadusandja karistusseadustiku eriosas sanktsioonimäärad ning samuti karistuse mõistmise alused ja asjaolud, mida tuleb arvesse võtta. Karistamistarviduse teoreetilise aluse annavad karistusteooriad, mis määravad karistusvõimu ehk karistusõiguse erinevad õigusfilosoofilised ja õigusteoreetilised põhistused, määrates, mille alusel isikut karistatakse.⁴⁸⁴ Üldiselt võib teo karistamisväärsust nimetada esmaseks kriteeriumiks, mis tuleneb õigusideest, ja karistamistarvidust teiseseks kriteeriumiks, mis sõltub ka kriminaalpoliitilistest kaalutlustest.⁴⁸⁵

Karistust välistavate asjaolude korral on keskne kriteerium karistamistarvidus, mis toetub karistusteooriatele, mis annavad kriteeriumid, kuidas hinnata, kas on vajalik konkreetsel juhul riigil reageerida karistusvõimu kohaldamisega. Järelikult ei saa väita, et puuduks teoreetiline kontseptsioon, millest lähtuvalt on sisustatud mõiste „karistust välistavad asjaolud”, kuid paratamatult hõlmab see palju eri laadi asjaolusid, mille korral võib puududa karistamistarvidus.

Süüteokatses loobumise käsitlemisel karistust välistava asjaoluna on küsimus karistusteooriast ning selle koostööst loobumise põhistamise alustega. Kirjanduses lähtutakse valdavalt positiivsest üldpreventsioonist, mille kohaselt riiklik karistussüsteem kuulub nende tegurite hulka, mis otseselt või kaudselt aitavad kaasa käitumishoiakute kujundamisele ja säilitamisele, premeerides teatud käitumisdispositsioone ja maksustades teisi.⁴⁸⁶ Karistuse ülesanne on kinnitada õigusnormi kehtimist ja näidata, et põhjendatud on käituda õiguskorra reeglite järgi. Edasi tekib aga küsimus, mis konkreetselt, katsespetsiifiliselt näitab, et tarvidust karistada ei ole.⁴⁸⁷

Õiguskirjanduses on esitatud järgmised seisukohad, mille alusel on leitud, et süüteo toimepanijat ei ole põhjendatud karistada.

Süüteokatses loobumise karistamistarviduse puudumist on käsitletud seadusandja kriminaalpoliitilise otsusena, sidudes selle kuldse silla ning preemia- ja lunastusteooriatega.⁴⁸⁸ Süüteokatses loobumise korral tuleb toimepanijat, sest ta otsustas käituda õigushüve kahjustamist vältivalt, premeerida ja tunnustada, mis väljendub isiku karistamata jätmises. Eeltoodud seisukoht ei anna aga konkreetset vastust küsimusele, miks puudub karistamistarvidus. Tuginemine kriminaalpoliitilisele ja preemiateooriale seda ei selgita, kuna jäävad nimetatud küsimuse osas liialt napiks ega näita, miks peaks riigipoolne akt väljenduma just karistuse välistamises. Samuti tuleb arvestada kirjanduses väljendatud seisukohta, et üksnes eespool nimetatud käsitluste argumentid ei loo põhistust süüteokatses loobumisele.⁴⁸⁹

⁴⁸⁴ J. Sootak. Sanktsiooniõigus. Tallinn: Juura 2007, lk 25–26.

⁴⁸⁵ J. Sootak. Karistusõiguse alused, lk 79.

⁴⁸⁶ J. Sootak. Karistusõigus, lk 45.

⁴⁸⁷ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 32 /376.

⁴⁸⁸ A. Schumann, lk 160.

⁴⁸⁹ A. Schumann, lk 160.

U. Murmann lähtub karistuseesmärgi teooriast, mille kohaselt on põhjendatud loobumist käsitleda karistust välistava asjaoluna.⁴⁹⁰ Kui süüteokatse karistatavust põhistab õigusnormide kehtivust kõigutava mulje tekitamine, siis just selle mulje muutmine läbi loobumisteo, argumenteerib isiku mitte karistamist.⁴⁹¹ Järelikult on karistuse eesmärk juba täidetud ning järelikult puudub legitiimatsioon isikule karistuse mõistmiseks.⁴⁹²

Karistuseesmärgi teooria kohaselt on loobumisel karistuse preventiivsed eesmärgid täidetud ilma karistust kohaldamata. Preventsioon on eelkõige suunatud tulevikku, s.t millist riigi poolset reaktsiooni on vaja normi kehtivuse tagamiseks ning isiku suunamiseks õiguskulele tee. Süüteokatsest loobumisel karistuse preventiivse eesmärgi tuvastamine toimub nende asjaolude alusel, mis on avaldunud süüteokatse ja loobumise toimepanemisel. Järelikult on karistuseesmärkide täidetuse aspekti hindamisel oluline toimepanija teos avaldunud ebaõigus ning süülisus. Toimepanija teol, millega ta heastab kahju ja mis on toime pandud pärast süütegu, antakse süüd vähendav tähendus. Loobumistegu avaldab mõju toimepanija süüle, sest on suunatud koosseisu lõpuleviimise vältimisele ning õigushübe kaitsmisele. Süüteokatsest loobumise liigitamist karistust välistavate asjaolude juurde on põhistatud argumendiga, et vähenenud õigusvastasus, süü ning ka karistamistarvidus väärivad premeerimist.⁴⁹³ Järelikult on just vähenenud õigusvastasus ja süü põhjused, millest lähtuvalt süüteokatsest loobumisel ei ole põhjendatud toimepanijat karistada, sest karistuse mõistmise eesmärgid on täidetud.

Süüteokatsest loobumise käsitlemine süüd või karistust välistava asjaoluna sõltub süü vähenemise määrast ja sellele antavast tähendusest. Loobumine kui süü element välistab toimepanijale etteheite tegemise ja puudub deliktistruktuuri kolmas element. Käsitades loobumist isiku karistust välistava asjaoluna, jääb ikkagi alles teo süülisus, mida on alust toimepanijale ette heita, ent süü, millest lähtuvalt toimepanijale karistust mõista on sedavõrd vähene, et on põhjendatud isik jätta karistusest. Süüetteheitele, ilma isikut karistamata, antakse iseseisev tähendus, milles väljendub riigi reaktsioon hukkamõistmisena, et isik on toime pannud kuriteo, käitunud vääralt. Samas jääb alles süüetteheide, mis väljendab hukkamõistu isiku käitumisele, väljendades, et kuigi isikut ei karistata, on põhjendatud talle õigusvastast käitumist ette heita.⁴⁹⁴ Süüetteheitel on kinnitusfunktsioon, mis näitab, et toimepanija on käitunud valesti ja et norm kehtib.⁴⁹⁵

Kuigi kirjanduses on antud süüetteheitele iseseisev tähendus, siis võrreldes Saksa kriminaalprotsessi seadustikus ettenähtud menetluslikku olukorda on isiku kriminaalmenetluslik positsioon sisult sama, mis Eesti karistusseadustiku

⁴⁹⁰ U. Murmann, Versuch und Rücktritt, lk 28.

⁴⁹¹ U. Murmann, Versuch und Rücktritt, lk 33.

⁴⁹² U. Murmann, Versuch und Rücktritt, lk 29.

⁴⁹³ V. Krey, R. Esser, lk 526.

⁴⁹⁴ H. Wege, lk 89.

⁴⁹⁵ H. Wege, lk 89.

kohaselt. Saksa kriminaalprotsessi seadustiku § 170 järgi on alust menetlust alustada, kui on olemas piisav kahtlus. Puudused piisavas kahtluses võivad olla nii faktilised kui ka õiguslikud. Faktilistel põhjustel tuleb piisavat kahtlust teo toimepanemise kohta eitada, kui menetluse lõppedes ilmneb, et karistatavat käitumist ei osutunud võimalikuks tõendada. Õiguslikel põhjustel ei ole piisavast kahtlusest põhjust kõneleda juhul, kui on olemas õigustavad, vabandavad, süüd välistavad või karistust välistavad asjaolud või kõrvaldamatud menetlustakistused.⁴⁹⁶ Süüteokatsest loobumine välistab toimepanija karistamise tagantjärele, siis tuleb kriminaalmenetlus kohtueelses menetluses lõpetada Saksa kriminaalprotsessi seadustiku (StPO) alusel § 170 lg 2 alusel, kohtumenetluses tuleb aga süüdistatav õigeks mõista.⁴⁹⁷ Kuigi süüteokatsest loobumine on Eesti ja Saksa karistusseadustikus erineval dogmaatilisel tasandil, on isikule õiguslikud tagajärjed täpselt samasugused. Kuigi Saksa karistusõiguse kohaselt on süüteokatsest loobumisel toimepanija käitunud süüliselt, siis ometi ei järgne sellele isiku süüditunnistamist, samuti ei kanta isiku andmeid karistusregistrisse.⁴⁹⁸ Järelikult ei järgne Saksa kriminaalmenetluse kohaselt riigi väljendatud hukkamõistu, mis oleks väljendatud kohtuotsuses.

Õiguskirjanduses on nimetatud olukorda kritiseeritud ning leitud, et ei ole põhjendatud kriminaalmenetluse lõpetamine, vaid isiku suhtes tuleks teha süüdimõistev kohtuotsus. Süüteokatsest loobumine välistab toimepanija karistamise, mitte aga tema teo süülisuse. Otsuseid isiku süüdimõistmise ja tema karistuseta jätmise kohta peaks tegema ainult kohus ning see peaks väljenduma kohtuotsuses. Kohtuotsusega oleks väljendatud riigi poolne hukkamõist süüteokatse alustamisele ning näidatud, et selline toimimisviis on vale, kuigi loobumise tõttu ei ole põhjendatud isikut karistada.⁴⁹⁹ Siinse töö autor nimetatud põhjendustega ei nõustu, sest kohtumenetlus oleks sellisel juhul põhjendamatult ja ebaõkonoomne. Süüteokatsest loobumisega on toimepanija näidanud, et õige on järgida õigusnormi ettekirjutust ja hoidnud ära õigushüve kahjustamise, mistõttu on karistusõiguse eesmärgid realiseerunud riigi sekkumiseta. Samuti on oluline, et loobumisel ei karistata isikut üksnes teo eest, mida ta ei viinud lõpuni. Kui tema käitumine sisaldas lõpuleviidud koosseisu tunnuseid, siis selle eest ta vastutab. Karistusõiguse eriosas peaksid olema eri deliktitüüpidega kriminaliseeritud kõik need ebaõiguse aspektid, mida seadusandja on pidanud eraldi karistamisväärseks.

Samuti tuleb arvestada kriminaalmenetluse loogikat, mille kohaselt, kui puudub teo karistamistarvidus, nagu näiteks aegumise korral, siis kriminaalmenetlust läbi ei viida, kui just kahtlustatav või süüdistatav seda ei soovi. Kriminaalmenetluse eesmärk on nii tuvastada kuritegu kui ka määrata riigi reaktsioon, mis on kuriteole reageerimiseks vajalik, et oleks taastatud usk õigusnormi kehtimisse.

⁴⁹⁶ J. P. Graf (Hrsg). Beck'scher Online-Kommentar StPO, § 170/15 (vaadatud 01.02.2017).

⁴⁹⁷ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/481.

⁴⁹⁸ M. Herrmann, lk 218.

⁴⁹⁹ M. Herrmann, lk 214.

Kriminaalmenetluse ning sealhulgas kohtumenetluse läbiviimine on kulukas ja ajamahukas. Riigipoolne ressurs on aga napp, mistõttu on oluline kasutada seda juhul, kui see on vältimatult vajalik.

Nii nagu süüteokatsest loobumise käsitamisel süüd välistava asjaoluna, ei ole ka karistust välistava asjaoluna probleeme selle ühildamises osavõtu regulatsiooniga. Siinjuures võib püstitada küsimuse, kas juhul kui loobub süüdimatus seisundis teo toime pannud isik, siis kas, talle on võimalik kohaldada mitte karistuslikke mõjutusvahendeid, sest nende eelduseks on õigusvaste tegu ning süüdimatus, mis mõlemad on täidetud. Õiguskirjanduses on asutud seisukohale, et sellisel juhul psühhiaatrilist sundravi kohaldada ei ole võimalik, sest puuduvad eeldused karistuse kohaldamiseks. Ka mitte karistusõiguslike meetmete rakendamiseks on eelduseks, et täidetud oleksid kõik kriteeriumid, millest lähtuvalt tegu etteheita ning isikut karistada, puuduma peaks üksnes süüvõime.⁵⁰⁰

Süüteokatsest loobumise käsitamisel karistust välistava asjaoluna tekitab hoopis küsimuse, mille poolest erineb süüteokatsest loobumine tegevkahetsusest ning kas on üldse vaja kahte eraldi regulatsiooni. Tegevkahetsus ja süüteokatsest on loobumine sarnased selles osas, et mõlemate kohaselt väheneb isiku karistamistarvidus, sest toimepanija on asunud tema poolt loodud ebaõiguse tagajärgi likvideerima. Märkimist väärib, et Saksa õiguse kohaselt võib tegevkahetsus tuua kaasa nii toimepanija karistuse kergendamise, karistusest vabastamine kui ka karistuse välistamise. Eesti karistusseadustiku kohaselt on tegevkahetsusel üksnes karistust kergendav tähendus.

U. Murmann toob esile, et siiski on tegemist erinevate olukordadega, sest süüteokatsest loobumisel muudab toimepanija tegu, kusjuures tegu tähendab lõpuleviidud koosseisu, mitte juba katsega realiseeritud ebaõiguse muutmist. Tegevkahetsuse korral aga toimepanija etteheidetavat koosseisu muuta ei saa.⁵⁰¹

4.3.4. Süüteokatsest loobumine kui deliktistruktuuri neljandat elementi välistav asjaolu

Kriitika, mille kohaselt süüteokatsest loobumine ei sobi kokku süü mõistega, ning samuti väited, et süüteokatsest loobumise liigitamine karistust välistavate asjaolude hulka, ei väljenda piisavalt täpselt süüteokatsest loobumisele antavat hinnangut ja jätab tähelepanuta erisused teiste karistust välistavate asjaoludega, on viinud järeldusele, et süüteokatsest loobumist tuleb käsitada deliktistruktuuri neljanda elemendi tasandil. Seejuures varieeruvad eri autorite käsitlused ja kasutatavad terminid deliktistruktuuri neljanda elemendi kohta. Kasutatakse termineid, nagu „vastutust välistav”, „karistatavust välistav” või „iseseisev karistusest vabastamise alus”.

F. Munoz-Coñde käsitlese kohaselt ei kuulu süüteokatsest loobumine koosseisu, õigusvastasuse ega süü alla, kuid siiski on tegemist kuriteomõiste

⁵⁰⁰ A. Schumann, lk 145-146.

⁵⁰¹ U. Murmann, Versuch und Rücktritt, lk 32.

elemendiga. Süüteokatses loobumine peaks kuuluma süüteomõiste neljanda elemendi alla, mida ta nimetab karistatavuseks ning süüteokatses loobumine oleks karistatavust välistav asjaolu. F. Muñoz-Conde käsitlese kohaselt on teo karistamistarviduseks vajalik teo karistamisväärsus. Karistamisväärsus näitab, millised elemendid peavad olema realiseeritud, et konkreetset käitumist käsitada kuriteona. Karistamisväärsuse eeldus on õigusvastasus ja süü, kuid peale nende võib karistamisväärsus tuleneda ka muudest kategooriatest ja olla sisustatud seadusandja kriminaalpoliitiliste eesmärkidega, mis on koondunud elemendi juurde, mida nimetatakse karistatavuseks. F. Muñoz-Conde leiab, et katsete alustamisel on karistamisväärsus olemas, kuid süüteokatses loobumisel, lähtudes terviklikust hinnangust süüteokatsesele ja loobumisele, puudub karistamisväärsus, sest loobumise tõttu puudub tarvidus karistada. Kuna süüteokatses loobumisel puudub karistamistarvidus, siis ei saa see olla ka karistamisväärsus.⁵⁰² Siinse töö autor nimetatud argumentatsiooniga ei nõustu, sest karistamistarviduse puudumine ei pea tingimata kaasa tooma karistusväärsuse välistamise. Karistamistarvidus võib sõltuda kasvõi näiteks süüte aegumisest, mis ei ole üldse seotud teo toimepanemist iseloomustavate tunnustega, kuid on aluseks teo karistamisväärsuse hindamisel. Küll on põhjendatud aga väide, et kui teo asjaolude põhjal ei ole karistamisväärsust, puudub ka karistamistarvidus.

Kui käitumisaktil puudub karistamistarvidus lähtuvalt kuriteosituatsioonis ilmnenud asjaoludest, mitte aga pärast teo toimepanemist ilmnenud põhjustest, ei ole põhjendatud nimetatud käitumist käsitada karistamisväärsena. Vastupidisel juhul jõuaksime veidra olukorrani, et kuigi on täidetud kõik karistamise eeldused, s.t on olemas tegu, mis on nii koosseisupärane, süüline kui ka õigusvastane, siis ometi on seadusandja otsustanud, et teo toimepanijat ei ole vaja karistada ning seda isiku kuritegelikus käitumises avaldunud tunnuste, mitte muude asjaolude tõttu. Sellele võib vastu vaielda, et hinnates tegu karistamisväärsena, kuid leides, et täitmata on karistamistarvidus, soovib seadusandja diferentseerida toimepanijale antavat hinnangut ning kui teo toimepanemisel ilmnenud asjaolude põhjal ilmnes, et puudub karistamistarvidus, ei pea see kaasa tooma karistamisväärsuse puudumist, vaid väljendab hinnangut, et tegu on küll etteheidetav, kuid igal juhul ei ole täidetud karistamistarvidus.

C. Jägeri kontseptsiooni kohaselt kuulub süüteokatses loobumine delikti-struktuuri neljanda elemendi eraldiseisva karistustest vabastamise koosseisu (sks *eigener Starfbefreiungstatbestand*) juurde. Süüteokatset ja loobumist tuleb vaadelda ühtse hinnangu andmise alusena, kuid siiski ei kõrvalda süüteokatses loobumine katsete õigusvastasust ega süüd, kuna need on juba realiseeritud ning hilisema teoga toimepandut likvideerida ei saa, küll aga mõjutab loobumine toimepanija karistamist. Süüteokatses loobumisel karistusest vabastamine on kooskõlas karistusõiguse eesmärgi ja funktsiooniga kaitsta õigushüvesid. Kui toimepanija on ohu ümberpööramise kaudu taganud konkreetse õigushüve kaitse, siis on põhjendatud tema tegu tunnustada ning vabastada ta karistusest. C. Jäger jõuab järelduseni, et süüteokatses loobumine omab tähtsust küll isiku

⁵⁰² F. Muñoz-Conde, lk 776-778.

karistamise otsustamisel, kuid ei kuulu karistust välistavate asjaolude (sks *Strafauflhebungsgrund*) hulka, sest need hõlmavad eelkõige asjaolusid, mis ei ole vahetult seotud toimepanija karistusõigusliku käitumisega, sest sinna alla kuuluvad muu hulgas ka amnestia, aegumine, surm jne.⁵⁰³ C. Jägeri kontseptsiooni on kritiseeritud, kuna vastuseta on jäänud küsimus, mille alusel peab süüteo- katsest loobumine tooma kaasa toimepanija karistuse kergendamise või koguni sellest vabastamise.⁵⁰⁴

C. Roxin ja A. Heckler liigitavad süüteokatsest loobumise deliktistruktuuri neljanda elemendi vastutuse juurde. Vastutus kui deliktistruktuuri neljas element näitab, et lisaks süüle on olemas ka karistamistarvidus. Karistusõiguses kehtib süüprintsip *sine culpa nulla poena* (ld *ei ole karistust ilma süüta*), mille kohaselt on süü isiku karistamise eeldus. Sellest põhimõttest ei tulene, et süü oleks ainus eeldus ega võiks olla lisatingimusi karistuse kohaldamiseks.⁵⁰⁵ Kõigepealt tuleb tuvastada süü kui teisiti käitumise võimalus. Seejärel tuleb kindlaks teha teo süülisusele lisanduv karistatavusnõue, mis peab näitama, kas toimepanijat on vaja karistada lähtuvalt karistuse eesmärgist positiivse üldpreventsiooni tähenduses.⁵⁰⁶ Sel juhul on deliktistruktuuri lisatud preventiivsete kaalutluste alusel ka karistamistarvidus. Kui süü kategooria sidumisele preventsiooniga heideti ette, et süü mõiste kaotab garantiifunktsiooni, siis tuvastades kõigepealt süü kui võimaluse teisiti käituda ning seejärel karistamistarviduse, on tagatud, et preventiivsed kaalutlused saavad toimida üksnes süüd kui teisiti käitumise võimalust piiravana, kuid ei asu süüetteheidet vahetult sisustama.

C. Roxini käsitluse kohaselt on süüteokatsest loobumisel küll vähenenud toimepanija süü realiseeritud süüteokatse osas, kuid ometi ei saa väita, et see täielikult puudub. Loobumine näitab, et üld- ja eripreventiivsest aspektist ei ole toimepanija karistamine vajalik. Loobumine mõjutab realiseeritud süüteokatse karistamistarvidust, mistõttu on põhjendatud väita, et puudub deliktistruktuuri neljas element. Seejuures lähtub C. Roxin eeldusest, et süüteokatset ja sellele järgnevat loobumist tuleb käsitada ühtse hinnangu alusena.⁵⁰⁷

A. Heckler toob esile, et kuna süüteokatsest loobumisel puudub karistamistarvidus vähenenud õigusvastasuse ja süü tõttu, siis peaks süüteokatsest loobumine kuuluma deliktistruktuuri juurde. Deliktistruktuur peaks hinnangu andmisel kajastama kõiki toimepanija teost tulenevaid aspekte, mille alusel tuleb kindlaks teha, kas isikut on vaja karistada. Kui karistamistarvidust mõjutav asjaolu on ilmnenud lahutatuna isikule etteheidetavast teost, nagu kahju hilisem hüvitamine, on seda põhjendatud arvestada väljaspool deliktistruktuuri karistust

⁵⁰³ C. Jäger, lk 126–127.

⁵⁰⁴ A. Schumann, lk 157.

⁵⁰⁵ C. Roxin. Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht, Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hans-Jörg Albrecht, Frieder Dünkel, Hans-Jürgen Kerner, Josef Kürzinger, Heinz Schöch, Klaus Sessar und Bernhard Villmow, Berlin: Duncker & Humblot, 1998, lk 890.

⁵⁰⁶ J. Sootak. Karistusõigus, lk 195.

⁵⁰⁷ C. Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil II, lk 487–488.

välistavate asjaoludena. Süüteokatse ja selle järgnev loobumine moodustavad ühtse aluse hinnangu andmiseks.⁵⁰⁸

Preventiivsete kaalutluste kohaselt süüteokatsest loobumisel vastutuse välis-tamine ei pääse samuti kriitikast, sest leitakse, et põhjus ja tagajärg on segamini aetud. Nimelt üld- ja eripreventiivsete kaalutluste puudumine ei ole mitte põhjus, miks puudub alus vastutuseks, vaid sisult on tegemist tagajärgjega, mille on tinginud süüteokatsest loobumine.⁵⁰⁹

Kõiki eespool toodud käsitlusi iseloomustavad järgmised tunnused:

1. Süüteokatse ja süüteokatsest loobumine moodustavad tervikliku hinnangu andmise aluse, kuid alles jääb katseteo õigusvastasus ja toimepanija süülisus, mis süüteokatsest loobumise tõttu on küll vähenenud.
2. Süüteokatsest loobumise korral puudub karistuseesmärkidest lähtuv ka-ristustarvidus, mis on hinnatav deliktistruktuuri neljanda elemendi juures.

Seejuures leiab A. Schumann, et sisult ei lähtuta ühendusmodeli teooriast, sest kuigi süüteokatset ja sellest loobumist käsitatakse ühtse hinnangu andmise alusena, lähtutakse siiski eeldusest, et süüteokatse alustamisega on realiseeritud kogu etteheiteks vajalik ebaõigus ning süü, mida hiljem muuta ei saa, võttes aluseks punktuaalse käsitluse ning vastates sisu poolest pigem eraldusmodeli käsitlusele. A. Schumanni arvates kinnitab eeltoodu veel, et sisuline erinevus süüteokatsest loobumise käsitlemisel karistust välistava või deliktistruktuuri neljanda elemendi juurde kuuluvana puudub.⁵¹⁰

Eeltooduga võib nõustuda osas, et nii süüteokatsest loobumise liigitamisel karistust välistavate asjaolude või deliktistruktuuri neljanda elemendi juurde on lähtutud sisult samadest argumentidest. Siiski on olemas tähtis sisuline erinevus, mis näitab, kuhu liigitada süüteokatsest loobumine ja milline hinnang anda toimepanija teole süüteokatsest loobumise korral: a) kas käsitada seda karistus-õiguslikult mitte etteheidetava teona või b) hinnata, et etteheidetavus on olemas, kuid puudub karistamistarvidus.

4.3.5. Süüteokatsest loobumine kui alus karistusest vabastada või karistust kergendada

C. Jäger pakub, et arvestades süüteokatsega loodud ebaõiguse olemust ja loobu-mise mõju sellele, võiks tagajärjeks olla toimepanija karistust üksnes kergendada, millele alternatiivse valikuna võiks seaduses olla ette nähtud võimalus toime-panija karistusest vabastada.⁵¹¹ Lõuna-Korea karistusseadustiku artikli 26 koha-selt on süüteokatsest loobumise korral kohtul õigus toimepanija nii karistusest

⁵⁰⁸ A. Heckler, lk 130.

⁵⁰⁹ A. Schumann, lk 153.

⁵¹⁰ A. Schumann, lk 153–154.

⁵¹¹ C. Jäger, lk 127.

vabastada kui ka tema karistust kergendada.⁵¹² Siinjuures on oluline rõhutada, et eelkirjeldatud regulatsiooni kohaselt peab süüteokatses loobumisel obligatoorselt kaasnema vähemalt karistuse kergendamine. Šveitsi karistusseadustiku §-s 23 on samuti ette nähtud, et süüteokatses loobumisel on kohtul võimalus toimepanija karistusest vabastada või tema karistust kergendada. Poola karistusseadustiku⁵¹³ artikkel 15 kohaselt ei karistata katse eest, kui toimepanija vabatahtlikult hoiab ära tagajärje, tõsimeelse püüdmise korral on võimalik kohtul karistust vähendada.

Põhistuseks tuuakse, et karistuse üld- ja eripreventiivsete kaalutluste aspektist ei pruugi olla põhjendatud jätta isik karistamata, arvestades konkreetse loobumise asjaolusid. Näiteks juhul, kui toimepanija on ohvrit eluohtlikult haavanud ja kutsub arstiabi, mille tulemusena kannatanu elu osava kirurgilise sekkumise tulemusena päästetakse, on suur roll õnnel, et arstiabi saabus õigel ajal, kirurg oli heade oskustega jms, mitte üksnes toimepanija panusel.⁵¹⁴ Nimetatud olukorras oleks põhjendatud isik süüdi mõista ja olenevalt asjaoludest ta karistusest vabastada või karistust kergendada, kuid igal juhul pole põhjendatud toimepanijat tapmiskatses õigeks mõista või kriminaalmenetlus lõpetada – praegune võimalik lahendus Saksa või Eesti karistusõiguse kohaselt.

Eeltoodud lahenduse positiivse küljena on võimalik arvestada erinevate loobumistegude iseärasusi ja nende kohaselt määrata konkreetne õigusjärelm. Kuigi selleks, et kohaldada süüteokatses loobumist, on vajalik koosseisulise teo lõpuleviimata jätmine, siis toimepanija panus võib avalduda oluliselt isemoodi, seejuures võib tähtis roll olla ka toimepanijast sõltumatutel asjaoludel, nagu abi saabumise kiirus ja arstiabi oskuslikkus. Järelikult, kui näha süüteokatses loobumise korral seaduses ette alternatiivseid tagajärgi, on võimalik igale juhtumile üksikasjalikumalt läheneda.

Õiguskirjanduses on pakutud välja regulatsioon, mille kohaselt kohus ei karista toimepanijat, kes on loobunud lõpetamata katsest, ning lõpetatud katse korral oleks kohtul võimalus toimepanija jätta karistusest või tema karistust kergendada. Põhjenduseks on toodud, et lõpetatud katse korral, võrreldes lõpetamata katsega, ei ole niivõrd kindlalt tagatud, et toimepanija suudab tagajärge ära hoida.⁵¹⁵

Eesti karistusseadustik küll eristab lõpetamata ja lõpetatud süüteokatse, kuid see on esile toodud selleks, et näidata, milles peab avalduma toimepanija tegu süüteokatses loobumise korral. Nii Eesti, Saksa, Hollandi kui ka Soome karis-

⁵¹² Criminal Act of the (South) Korea. – Arvutivõrgus: www.google.ee/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=4&ved=0CDQQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.acrc.go.kr%2Ffile%2Ffile.do%3Fcommand%3DdownloadFile%26encodedKey%3DMTixXzE%253D&ei=6CzrU7LVFMHh4QTbyIHADQ&usg=AFQjCNE4duux_Hs-rE4KQ4GUacPhs9a2ew&bvm=bv.72938740,d.bGE (vaadatud 15.08.2016).

⁵¹³ Crimina Code of the Republic Poland. – Arvutivõrgus <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/10> (vaadatud 10.02.2017).

⁵¹⁴ M. Herrmann, lk 255.

⁵¹⁵ H. Wege, lk 145.

tusseadustik ei määra eri õiguslikke tagajärgi olenevalt asjaolust, kas tegemist on lõpetatud või lõpetamata katsest loobumisega.

Samuti on oluline märkida, et nii Lõuna-Korea kui ka Šveitsi karistus-seadustik, mis näevad ette alternatiivsed tagajärjed süüteokatsest loobumisel, ei seo neid asjaoluga, kas tegemist on lõpetatud või lõpetamata süüteokatsega. See on jäetud kohtu otsustada, millisel juhul on põhjendatud karistusest vabastada ja millisel juhul karistust kergendada.

Edasises analüüsin, kas erinevate õiguslike tagajärgede ettenägemine, s.o karistusest vabastamine ja karistuse kergendamine võiks sõltuda lõpetatud või lõpetamata katsest.

Kuigi süüteokatse alustamisel on täidetud kõik tingimused, mille alusel teha isikule karistusõiguslik etteheide, väljendab see eeldõige miinimumi, mille eest saab toimepanija vastutusele võtta. Kui kuritegelik tegevus on arenenud katsestaadiumisse, jõutakse üha lähemale süüteokoosseisu realiseerimisele, mille tõttu suureneb oht konkreetsele õigushüvele, samuti leiab kinnitust toimepanija kuritegelik tahe. Lõpetatud katse korral on isik tegelikult muutnud kogu kuritegeliku käitumise, mis tema ettekujutuse kohaselt oli vajalik tagajärje saavutamiseks, ja sisult on tal võimalus loobuda üksnes seetõttu, et tagajärje saabumine on teost lahutatud, samas kui tema käitumine ei erine lõpuleviidud teost. Eeltoodu kohaselt võiks väita, et on põhjendatud eristada õiguslikke tagajärgi lõpetatud ja lõpetamata katse korral.

Lisaks tuleb veel arvestada järgmisi asjaolusid, mis aga eeltoodud lahendust ei toeta. Kuigi teo arenedes on õigushüve vahetult rohkem ohtu seatud, siis subjektiivse koosseisu korral erinevusi ei ole, mõlemal juhul hõlmab see tahet realiseerida kogu süüteokoosseis. Näiteks isik on otsustanud toime panna tapmise, jagab mürgiannuse väiksemate koguste peale, mille tulemusena jääb tegu kauemaks lõpetamata katse staadiumisse, kuid põhjus selleks on vältida vahelejäämist. Katse karistatavust põhistava subjektiivse teooria kohaselt ei ole lõpetamata ja lõpetatud katsel vahet. Samuti ei ole neil erinevust mulje või usalduse rikkumise teooria kontekstis, sest nende teooriate kohaselt on toimepanija näidanud, et õigusnormid ei mõjuta teda hoiduma kuriteo toimepanemisest ja ta on asunud kahjustama ühiskonnaliikmete vastastikust usaldust – õiguskorda. Objektiivse teooria kohaselt on lõpetatud süüteokatsega loodud ebaõiguse määra suurem, sest oluline on õigushüve ohustatus. Samas ei tee loobumise põhjendatuse teooriad üldjuhul vahet lõpetamata ja lõpetatud katsel, kuid nii teomuutmisteooria kui ka ohu ümberpööramise teooria kontekstis on tähtis, millisel juhul üldse on võimalik süüteokatse ning pigem on püütud piirata lahendust, mis juhtudel on veel tegemist teoga, millest saab loobuda, kuid see ei ole otse seotud lõpetamata ja lõpetatud katse käsitlusega.

Järelikult võib lõpetamata ja lõpetatud süüteokatse korral olla avaldunud erinev ebaõigus, kuid süüteokatsest loobumisel toimepanijale etteheite tegemisel on samuti oluline isiku panus. Järelikult on tähtis nii süüteokatse ebaõigus kui ka toimepanija roll süüteokoosseisu lõpule viimata jätmisel. Kui käsitada mõlemat koos, saab tulemuse, kas ja mil määral on süüteokatsest loobumisel põhjendatud toimepanija vastutust kergendada ning seda otsust ei saa teha üksnes

asjaolu järgi, kas tegemist on lõpetatud või lõpetamata katsega. Kohtu valik, missugust õiguslikku tagajärge kohaldada süüteo katsest loobumise korral, on kaalutusotsus, mis kujuneb kindla süüteo asjaolude analüüsimise käigus.

Süüteo katsest loobumise korral võimalike eri tagajärgede ettenägemist kritiseeritakse, sest üksnes võimalus karistusest vabastada ja alternatiivina karistust kergendada ei anna toimepanijale piisavat põhjust, et süüteo katsest loobuda.⁵¹⁶ Lisaks on oluline märkida, et kuna toimepanija ei tea süüteo katsest loobumisel, millise lahenduse kasuks kohus otsustab, võib see tema motivatsiooni süüteo katsest loobuda veelgi vähendada. Siiski vaieldakse neile argumentidele vastu, esitades väited, millega kritiseeriti kriminaalpoliitilist teooriat, et toimepanija ei pruugi üldse olla teadlik karistusseadustiku loobumisregulatsioonist ega selle mõjust teole. Samuti peaks isikut motiveerima karistuse kergendamine.⁵¹⁷

Lisaks on küsitav, kas see, kui süüteo katsest loobumisel oskab toimepanija ette näha võimalikke õigusjärelmeid, on kooskõlas eesmärgiga tagada õigushüvede kaitse ja normide kehtimine. Õiguskirjanduses on väidetud, et kuivõrd süüteo katsega on häiritud rahukorda ja seatud kahtluse alla õigusnormi kehtimine, on vajalik, et riik reageeriks.⁵¹⁸ Samas jääb vaieldavaks, kas selleks, et tagada karistuseesmärkide täidetud ja kaitsta õigushüvesid piisab toimepanija loobumisteost või on lisaks vaja riigi reaktsiooni, millega ta vabastab süüteo toimepanija süüdimõistmisest ja karistusest või kergendab viimast. Lahendus sõltub sellest, milline tähendus anda toimepanija loobumisteole ja tähendus eri käsitlustes varieerub.

Nagu praeguses töös varem esitatud Lõuna-Korea, Šveitsi ja Poola karistus-seadustiku võrdluses, on seoses karistuse kergendamisega võimalikud mitu kombinatsiooni. Siinse töö autor on seisukohal, et kui üldse otsustada konstrukt-siooni kasuks, et süüteo katsest loobumine võib karistust kergendada, on tähtis, et selline tagajärg oleks obligatoorne lisaks fakultatiivsele karistusest vabasta-misele. Vastupidisel juhul poleks arvestatud süüteo katsest loobumisel ilmnevat toimepanija vähenenud süü määra ja samuti võiks sellisel juhul saada kahjus-tatud ohvrikaitse aspekt, kuivõrd üksnes võimalus karistuse vähendamiseks ei ole motivaator.

Kokkuvõtvalt võib väita, et süüteo katsest loobumisel mitme võimaliku taga-järje ettenägemine võimaldab paremini arvestada, et loobumisel võib toime-panija panus koosseisu lõpuleviimise vältimisse suurel määral varieeruda, mis toob kaasa erinevuse süü suuruses ja peab avalduma isikule kohaldatavas õigus-likus tagajärjes.

Siinse töö autor on seisukohal, et loobumise eeldusi tuleks tõlgendada rangelt. Juhul, kui isiku panus ei täida loobumise eeldusi, on tema tegu võimalik arvestada karistuse mõistmisel ja sel teel karistust kergendada. Süüteo katsest

⁵¹⁶ C. Brand. T. Wostry. Kein Rücktritt vom beendeten „fehlgeschlagenen“ Versuch? – GA 2008, lk 611.

⁵¹⁷ M. Herrmann, lk 221–222.

⁵¹⁸ M. Herrmann, lk 223.

loobumisel on aga toimepanija süü vähenenud ja täiendav riigipoolne reageerimine ei ole vajalik ega põhjendatud.

4.4. Vahekokkuvõtte süüteokatest loobumise dogmaatilise asendi kohta

Karistusõiguslikus kirjanduses ollakse seega üksmeelsed, et süüteokatest loobumine peab kaasa tooma vastutuse kergendamise, kuid küsimus on, millisel kujul peab see karistusseadustikus avalduma. Kirjanduses esitatud lahenduste kohaselt on süüteokatest loobumisel tegemist pigem süüd või deliktistruktuuri neljandat elementi välistava asjaoluga, eri riikide karistusseadustiku järgi aga karistust välistava asjaoluga.

Süüteokatest loobumise käsitlemisest koosseisu või õigusvastasust välistava asjaoluna on üldjuhul loobutud, erandiks on Prantsuse karistusseadustik, kus nimetatud asjaolu on põhjendatud õigusnorme rikkuva teo puudumisega. Läh-tuvalt piiratud aktsessoorsusest vabaneksid ühe täideviija loobumisel ka osa-võtjad, kuigi nende teod pole seotud loobumisega ja põhjendust, miks nad ei peaks vastutama, ei ole. Käsitades süüteokatest loobumist koosseisu negatiivse elemendi või õigusvastasust välistava asjaoluna, väljendaks see hinnangut, et toimepanija loobumisel süüteokatest ei ole süüteokate toimepanemine õigus-normiga keelatud. Selline hinnang aga ei kajastaks õigusnormidega lubatud adekvaatselt käitumist.

Vaidlusküsimus on taandunud eelkõige valikule, kas käsitada süüteokatest loobumist süüd, deliktistruktuuri neljandat elementi või karistust välistava asja-oluna. Kõik siinses töös analüüsitud käsitlused süüteokatest loobumise dog-maatilise asendi kohta on jõudnud tulemuseni, et loobumine mõjutab toime-panija süüd. Erinevused sõltuvad süüteokate ja loobumise omavahelistest seos-test ning loobumise mõjust süüteokatele ning lisaks konkreetsele delikti-tasandile antavast tähendusest.

Loobumise käsitlemisel karistust välistava ning kergendava asjaoluna on lähtutud eeldusest, et katse alustamisega on toimepanija realiseerinud kogu ette-heidetava ebaõiguse. Loobumine on hiljem toimepandud tegu ning omab üksnes süüd vähendavat tähendust nagu koosseisuvälise raske tagajärje ärahoidmine ning kahjude vabatahtlik hüvitamine. Olenevalt süü määra vähenemisest võib olla tegemist kas karistust välistava või kergendava asjaoluga. Järelikult mõjutab loobumine karistamistarvidust

Loobumise käsitlemisel nii süüd kui vastutust välistava asjaoluna on läh-tutud eeldusest, et katset ja loobumist tuleb vaadata ühtse hinnangu alusena. Asjaolu, kas tegemist on süüd või deliktistruktuuri neljandat elementi välistava asjaoluga sõltub, millisest kuriteomõistest lähtuda, kuidas sisustada süüd ning millises ulatuses on süü vähenenud. Seejuures on võimalikud versioonid, et puudub alus süü etteheite tegemiseks või on toimepanija süü vähenenud ning puudub kuriteomõiste neljas element, mis näitab, et karistusõiguslik reageerimine ei ole vajalik. Käsitledes loobumist süü või deliktistruktuuri neljanda elemendi

juurde kuuluvana, on jõutud järeldusele, et puudub alus isikule süüteokatset ette heita. Olenevalt erinevatest käsitlustest võib see olla tingitud nii karistamisväärsuse kui ka karistustarviduse puudumisest, olenevalt asjaolust, kuidas nimetatud mõisteid on sisustatud ning milline tähendus anda loobumisele.

Kuigi eelnevalt toodud käsitlused seovad erinevalt katset ja loobumist ning loobumise mõju katsele, siis jõuavad nad ometigi tulemuseni, et loobumine mõjutab toimepanija süüd. Raskuspunktiks on, millest lähtuvalt on sellise tulemuseni jõutud, kuna just nimetatu osas napib argumente.

4.5. Autori seisukoht süüteokatsest loobumise dogmaatilise asendi osas

Käesoleva töö autor on veendumusel, et loobumise tulemusel on välistatud toimepanija süü. Aluseks on võetud, et süüetteheite puhul tuleb uurida, kas isikule on põhjendatud ette heita tema valikut otsustada ebaõiguse kasuks, lähtuvalt teisiti käitumise võimalusest.

Esimene raskuspunkt on ajaline vahemik, millest lähtuvalt toimepanija otsust hinnata. Kuivõrd aluseks on teosüü, siis on arvestatavad asjaolud, mis on avaldunud teo toimepanemise situatsioonis. Süüteokatset ja loobumist on põhjendatud koos käsitleda, sest loobumine on võimalik seni, kui toimepanija valitseb süüteokasest tulenevaid negatiivseid mõjusid. Lõpetatud katse puhul on toimepanija küll teinud enda ettekujutuse järgi kõik vajaliku koosseisu realiseerimiseks, kuid ta võib veel omada kontrolli sündmuste arengu üle ning eriosa koosseis võib tema teo tulemusel jääda lõpuni viimata. Loobumine on kasutades G. Jakobsi väljendust võimalik seni, kuni isik ei ole käitumisaktist lahutatud, s.t ta kontrollib oma tegu.⁵¹⁹ Eeltoodut toetab ka teoühtsuse käsitlus, mis seob omavahel erinevaid käitumisakte üheks teoks, sest need kujutavad loomuliku elukäsitluse järgi ühtset käitumist, kuigi juba esimesega neist on realiseeritud süüteokatse või lõpuni viidud koosseis ning järgnevaid võiks võtta eraldiseisvate kuritegedena. Kuigi teoühtsuse puhul on oluline aspekt ühtsest tahtlusest kantud käitumisaktidel, siis loobumisel on toimepanija tahtlus muutunud. Loobumisel on nii süüteokatse kui loobumine eluliselt kokkukuuluvad nii ajalise aspekti kui ka loobumise mõju tõttu süüteokatsele. Lisaks on oluline korrigeeritud loobumishorisondi terviklahenduse käsitlus katse lõpuleviimise määratlemiseks, mille kohaselt, kui isiku algne plaan koosseisu realiseerida ei õnnestu, kuid veel kuriteosituatsioonis jõuab ta uuele lahendusele, siis on neid põhjendatud käsitleda ühtse käitumisaktina, mitte kahe eraldiseisva kuriteokatsena. Ühendavaks lüliks on toimepanija poolt sündmuste arengu valitsemine. Kuigi juba katse alustamisega on realiseeritud etteheidetav ebaõigus, siis lõpliku hinnangu andmisel omab tähtsust kogu kuritegelik sündmus. Eeltoodut toetab samuti RKKKo 3-1-1-14-14 p 1023 väljendatu, mille järgi KarS § 10 kohaselt on tegu toime pandud ajal, mil isik tegutses, kusjuures arvestatakse mitte õiguslikku

⁵¹⁹ G. Jakobs. Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalte, lk 85.

lõpuleviimist, vaid teo faktilist lõpetamist. Järelikult, kuni tegu on toimepanija mõju all, on tal võimalik lasta sündmustel areneda kuriteokoosseisu realiseerumiseni või loobuda ja jätta tegu lõpuni viimata. Seega on põhjendatud käsitleda süüteokatset ja loobumist koos kui osa kuritegelikust käitumisest. Võib väita, et niikaua kui toimepanija saab mõjutada süüteokoosseisu mitte lõpueviimist, siis ei ole ta veel oma teost lõplikult lahti öelnud, vaid tal on võimalik mõjutada oma esialgset käitumist.

Süüteokatse alustamisel otsustas toimepanija õigusvastase käitumise kasuks, kuigi tal oli võimalik teha valik õiguspärase käitumise kasuks. Veel enne, kui ta oma teo üle mõju kaotas, mõtles ta ümber ning jättis kuriteokoosseisu lõpuni viimata, mille tulemusena muudeti ära katseteost tulenevad negatiivsed mõjud. Seega, kuigi hilinevalt, otsustas toimepanija lõpptulemusena konkreetset juhul õiguse kasuks. Järelikult oli algselt olemas katse süülisus, mis avaldus otsuses alustada kuriteo toimepanemist ning väljendus sellele vastavas käitumises. Veel enne, kui toimepanija oma teo üle mõju minetas, mõtles ta ümber ja otsustas õiguse kasuks. Järelikult on toimepanija otsusel loobuda oluline tähendus, mis avaldas mõju ta esialgsele otsusele ebaõiguse kasuks. Siinjuures on oluline, et katse on karistamisväärne, kuna õigushüvede kaitset on nõrgestatud normatiivsete ootuste kahtluse alla seadmise ning konkreetse süüteokoosseisu täitmisele asumisega, kuid loobumisega on need mõjud ära muudetud. Kuivõrd toimepanija muutis oma esialgset otsust ja selle tähendust, siis on põhjendatud see talle andeks anda, sest lõpptulemusena otsustas ta õiguse kasuks, mistõttu esialgne valik kaotas tähenduse. Kuivõrd loobumine ei tee süüteokatset olematuks, jääb alles süüteokatse õigusvastasus, sest see on objektiivselt aset leidnud ning selle mõju hilisem muutmine ei muuda esialgset olematuks.

Lähtuvalt eeltoodust on põhjendatud väita, et kuigi loobumine ei tee süüteokatsest olematuks, on välistatud süü etteheide katse eest. Toimepanija otsustas küll teatud hilineumisega, kuid valitsedes oma tegu õiguspärase käitumise kasuks ning muutis ära süüteokatse negatiivsed mõjud. Oluline on just, et kõik süüteokatsest tulenevad negatiivsed mõjud on ära muudetud, mistõttu on alust väita, et toimepanija on täies mahus lunastanud katse süü. Argumentatsioon on järelikult spetsiifiliselt seotud süüteokatse etteheidetavuse ja loobumise mõjuga süüteokatsele: tegemist on olukorraga, kus toimepanijal on võimalik oma esialgsest otsusest tulenevat valikut korrigeerida kuriteosituatsioonis, mida ta valitseb ja katsest tulevad negatiivsed mõjud ära muuta, millest lähtuvalt on alust arvestada nii lõplikku kui esialgset otsust koos ning esialgne otsus andestada, sest lõpptulemusena ja veel õigeaegselt tegi toimepanija otsuse õiguse kasuks. Järelikult on põhjendatud süüteokatsest loobumine liigitada süü juurde.

V SÜÜTEOKATSEST LOOBUMINE JA ERINEVAD DELIKTITÜÜBID

5.1. Modernne karistusõigus, sellest lähtuvad deliktitüübid ja loobumisregulatsioon

Süüteokatest loobumine kui dogmaatiline figuur on konstrueeritud kahjustusdelikti alusel.⁵²⁰ Süüteokatest loobumise regulatsiooni eesmärk on tagada õigushüvede lisakaitse, vältides nende reaalselt kahjustamist. Nimetatut kinnitab karistusseadustikus sätestatu, millest nähtub, et loobuda saab ainult lõpuleviimata teost ja vajalik tingimus on koosseisulise tagajärje ära hoidmine. See näitab, et süüteokatest loobumise regulatsioon lähtub traditsioonilisest karistusõigusest, mille keskmeks on kahju tekkimine kui karistusõigusliku reageerimise alus. Klassikalises karistusõiguses on riigi sekkumine põhjendatud üksnes juhul, kui on kahjustatud kõige olulisemaid individuaalseid või ühiskondlikke väärtusi, piirates sekkumist võimaliku karistusõigusliku ülereageerimise ja määramatuse eest.⁵²¹ Klassikalise karistusõiguse kohaselt on tähtis hoida inimese vabadussfäär kaitstuna nii kuritegude kui ka karistusõiguse eest.

20. sajandil on ühiskonnas toimunud olemuslikud muudatused, mille eelkõige on tinginud teaduse ja tehnika areng. Nii on üleilmastumine, võimalused infot kiiresti edastada ja riikide vahel liikuda ning tehnilised lahendused toonud kaasa võimaluse suunata mistahes elukondlikke ja äriprotsesse märkimisväärselt kiiremini ja mõjusamalt. Tänapäeva ühiskonnas ei ole võimalik ühiseid väärtusi ja käitumismustreid selgelt esile tuua, pigem eksisteerib palju eri tõekspidamistega subkultuure.⁵²² Arenguteed ühiskonnaelu mitmes valdkonnas on mõjutanud ka kuritegude toimepanemist. Neid pannakse toime üle maailma, realiseeritakse väga kiiresti, kahjustades või ohustades suurel hulgal nii kollektiivseid kui ka individuaalseid õigushüvesid.

Modernne karistusõigus ei ole enam asi iseeneses, vaid on sõnastatud oma eesmärgi preventsiiooni kaudu, mille läbi suunata ja stabiliseerida ühiskondlikku kooselu.⁵²³ Karistusõiguses on toimunud paradigmapuhutus, mille kohaselt ei lähtu karistusõigus enam üksnes *ultima ratio* printsiibist, vaid areneb hoopis *prima ratio* põhimõtte rakendamise suunas.⁵²⁴ Karistusõigus ei ole enam viimane, vaid hoopis esmane vahend kaitsmaks õigushüvesid. Paljusid ühis-

⁵²⁰ E. Samson, lk 262.

⁵²¹ W. Wohlers. Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte.

Berlin: Duncker und Humblot 2000, lk 32; M. Yang. Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung des Delikts nach dem deutschen und chinesischen StGB. 1. Aufl. Frankfurt am Main: Lang 2009, lk 70.

⁵²² W. Wohlers, lk 21.

⁵²³ M. Yang. Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung des Delikts nach dem deutschen und chinesischen StGB. Frankfurt am Main: Lang 2009, lk 71.

⁵²⁴ W. Wohlers, lk 33.

kondlikke protsesse saab kontrollida ja nendega saabuvald kahjulikke tagajärgi on võimalik paremini vältida, kui karistusõiguslikult sekkuda juba kuritegeliku eeltegevuse ajal. Õigushüvede edukaks kaitsmiseks on kuritegelik eeltegevus vaja kriminaliseerida selle võimalikult varajases staadiumis. Eriosa koosseisude kaudu on kriminaliseeritud käitumisaktid, nagu tingimuste loomine ja vahendite valmistamine arvutikuritegudeks, terrorismiks, kuritegeliku raha kasutamiseks jms. Sisult heidetakse karistusõiguse eriosa koosseisude kaudu ette kuritegelikku eeltegevust, kuivõrd kahjuliku tagajärje olemasolu pole nende realiseerimiseks vaja, vaid karistatavaks on loetud teod, millega luuakse õigushüve kahjustamise tingimusi.

Siinjuures ei ole siiski tegemist uudse nähtusega karistusõiguses, kuritegelik eeltegevus oli karistatav juba Preisi üldise maaõiguse kohaselt aastast 1794.⁵²⁵ Nõukogude karistusõiguses, samuti Eestis kuni 2002. aastani kehtinud karistusõiguse kohaselt oli ettevalmistamisstaadiumis toimepandud tegevus karistatav üldosa sätte kaudu. 2002. aasta karistusõiguse reformi käigus loobuti sellest regulatsioonist põhjendusel, et kindlaks oli määramata, milliste tegude eest karistada.⁵²⁶ Ettevalmistamisstaadiumis toimepandud teod, millele seadusandja pidas vajalikuks reageerida, kriminaliseeriti eriosa sätetes, määrates riigi sekkumise piirid kuritegeliku eeltegevuse korral. Siiski väärrib märkimist, et ka nõukogude kriminaalõiguses ja Eestis kuni 2002. aastani kehtinud kriminaalkodeksi järgi olid karistatavad erinevad deliktitüübid, mis ei nõudnud koosseisu realiseerimiseks tagajärje kui õigushüve kahjustamist. Kuigi eri vormides kuritegeliku eeltegevuse eest vastutuse ettenägemine pole iseenesest uus nähtus, iseloomustab modernset karistusõigust kriminaliseerimise laienemine just loetletud koosseisutüüpide kaudu. Nii Saksa, Eesti kui ka näiteks Ungari karistusseadustikus on kahjustusdeliktide koosseisude arv väiksem, võrreldes tegudega, mille korral on kriminaliseeritud konkreetse teo realiseerimine ilma kahjuliku tagajärjeta.

Kuritegeliku eeltegevuse kriminaliseerimise kaudu on laiendatud karistatavaid käitumisakte. Kuigi terminit „kuritegelik eeltegevus” karistusseadustikes ei kasutata, on see laialdaselt levinud erialakirjanduses. Kuritegeliku eeltegevusena võib defineerida tegusid, mis on suunatud kahjustuse tekkimisele või sisaldavad spetsiifilist ohtlikkust.⁵²⁷ Kriminaliseeritud on ajalõik, mille vältel võidakse potentsiaalselt või realselt ohtu seada õigushüved, ilma konkreetse kahjustuseta. Kuritegeliku eeltegevuse üks avaldumisvorme on süüteokitse, mille kohaselt on kriminaliseeritud vahetult süüteokoosseisu realiseerimisele

⁵²⁵ U. Baroke. Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungsdelikte. – A. Sinn, W. Gropp, F. Nagy (Hg.). Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts. Göttingen: V & R Unipress, Univ.-Verl. Osnabrück 2011, lk 247.

⁵²⁶ P. Pikamäe. Süüteokitse ja loobumine süüteokitsest karistusseadustiku järgi, lk 464.

⁵²⁷ A. Sinn. Vorverlagerung der Strafbarkeit – Begriff, Ursachen und Regelungstechniken. – A. Sinn, W. Gropp, F. Nagy (Hg.). Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts. Göttingen: V & R Unipress, Univ.-Verl. Osnabrück 2011, lk 16.

suunatud käitumisaktid, kui koosseisulist tagajärge veel kaasnenud ei ole. Lisaks on kuritegelik eeltegevus kriminaliseeritud konkreetsete eriosa koosseisude kaudu, mis sisult vastavad ettevalmistamise või katse tunnustele, võttes aluseks, et nende kaudu on karistatav tingimuste loomine või õigushüve kahjustamisele suunatud teod. Edasises ongi analüüsitud, milliste koosseisutüüpide kaudu võib kuritegelik eeltegevus olla eriosas kriminaliseeritud.

Vastavalt teoobjekti ründamise intensiivsusele tehakse vahet kahjustusdeliktide ja ohudeliktide vahel, millest viimaste puhul eristatakse abstraktseid ja konkreetseid ohudelikte.⁵²⁸ Lisaks on karistusseadustikus veel koosseisutüüpe, mille puhul tagajärje saabumine pole vajalik, nagu ettevõtmisdeliktid, ettevalmistamisdeliktid ja üleulatuva sisetendentsiga deliktid ehk kavatsetusdeliktid, kuid viimased siiski üksnes juhtudel, kui tagajärg ei ole koosseisuline tunnus.⁵²⁹ Võttes lähtealuseks seisukoha, et ohudeliktid on määratud kui kahjustusdeliktide vastand, võib kõiki eespool nimetatud koosseisutüüpe nimetada ohudeliktideks. Ometi on erialakirjanduses eristatud ohuelikt, ettevõtmisdelikt, ettevalmistamisdelikt ja kavatsetusdelikt, kuna nende kaudu on võimalik paremini esile tuua konkreetne aspekt, millest kriminaliseerimisel lähtutakse.

Seega käsitlevad deliktitüübid, nagu ohuelikt, ettevõtmisdelikt, ettevalmistamisdelikt ja kavatsetusdelikt, juhtumeid, mille alusel on karistatavaks kuulutatud teod, mille etteheitmiseks ei ole vaja kahjulikku tagajärge kui konkreetse objekti vahetut kahjustamist. Sellisel juhul on võimalik, et toimepanija on teinud eriosa kohaselt etteheidetava teo, kuid hoiab ära mittekoosseisulise õigushüve kahjustamise, millele on tema käitumisaktid suunatud. Sisu poolest on tegemist samade eeldustega, mis on aluseks süüteokatsest loobumisel, sest veel enne õigushüve reaalselt kahjustamist mõtleb toimepanija ümber ja selle tulemusel jääb kahjustus saabumata. Süüteokatsest loobumise regulatsioon aga neile deliktitüüpidele vahetult ei kohaldu, sest formaalselt on tegemist lõpuleviidud teoga karistusseadustiku eriosa tähenduses, kuigi sisult võivad võib teatud juhtudel olla tegemist kuritegeliku eeltegevusega.

Nüansirohkeks muudab olukorra asjaolu, et peale kuritegelikku eeltegevust kriminaliseerivate eriosa koosseisude on karistusseadustiku üldosa sätete alusel etteheidetavad ka teod, mis on toime pandud ettevalmistamisstaadiumis ja katsestaadiumis. KarS-i § 22¹ kohaselt on karistatav kuriteole kihutamise katse, kuriteo toimepanemise ettepanekuga nõustumise ja kuriteo kaastäideviimise kokkulepe, kuid seda üksnes KarS-i 8., 9., 13., 18. ja 22. peatükis ning 15. peatüki 2., 4. ja 5. jaos sätestatud kuritegude korral, mille eest ettenähtud karistuse ülemmäär on vähemalt kaheteistaastane või eluaegne vangistus. Järelikult on KarS-i § 22¹ kaudu kriminaliseeritud raskete kuritegude ettevalmistamine, kui sellega on seotud mitu toimepanijat. Nimetatud sättele vastab Saksa karistusseadustiku § 30. Lisaks on KarS-i üldosas § 25 alusel karistatav süüteokatse.

⁵²⁸ J. Sootak. Karistusõigus, lk 231.

⁵²⁹ A. Sinn. Vorverlagerung der Strafbarkeit, lk 2. Lisaks on oluline märkida, et kindlasti võib kirjandusest leida oluliselt erinevaid liigitusi, sest nimetatud küsimuses ühtset seisukohta karistusõigusteoreetilises kirjanduses ei ole.

Kui ettevalmistavas staadiumis toimepandud teod on karistatavaks loetud KarS-i §-ga 22¹, on nendest loobumine sama seaduse § 43¹ kohaselt võimalik. Seadusandja, lisades 1. septembril 2009. a karistusseadustikule § 22¹, leidis, et vajalik on täiendada ka loobumise regulatsiooni § 43¹, millele vastab Saksa karistusseadustiku § 31. Süüteokatest loobumine on reguleeritud KarS-i §-des 40–43.

Järelikult, kui kuritegelik eeltegevus on kriminaliseeritud karistusseadustiku üldosa sätete järgi, on kahjuliku tagajärje vältimisel põhjendatud kohaldada loobumisregulatsiooni, mille tulemus on toimepanija süü välistamine. Kuritegeliku eeltegevuse kriminaliseerimisel konkreetsete eriosa koosseisutüüpide kohaselt aga süüteokatest loobumisregulatsioon ei kohaldu, võimalik on rakedada üksnes tegevkahetsuse sätteid KarS-i §-des 60¹ või 57, mille kohaselt on võimalik karistust kergendada või isik karistusest vabastada.

C. Fedders on sõnastanud selle probleemistiku küsimusena asümmeetrilise või sümmeetrilise regulatsiooni põhjendatusest, miks antakse kahjulikku tagajärge ära hoidvale teole kuritegeliku eeltegevuse korral erinev tähendus.⁵³⁰ Oluline on tuvastada, kas selline vahetegemine on põhjendatud ning kas see ei või viia isikute võrdse kohtlemise rikkumiseni ega taga piisavalt efektiivselt õigushüvede kaitset.⁵³¹ Põhjendatud on prototüübiks võtta süüteokatest loobumise regulatsioon, sest tegemist on käsitlusega, mis annab toimepanija õigushüve kaitsvale teole tähenduse. Karistusõigus on omaette süsteem, mille puhul on oluline, et lähtutaks ühtedest ja samadest põhimõtetest.⁵³²

Siinse töö V peatüki eesmärk on analüüsida süüteokatest loobumise regulatsiooni seost erinevate karistusseadustiku eriosa deliktitüüpidega ja näidata, kas õigushüve kahjustamise vältimisele suunatud teole antav tähendus süüteokate ja eriosa koosseisude korral, millega on kriminaliseeritud kuritegelik eeltegevus, on põhjendatult erinevalt reguleeritud ja moodustab süsteemse lahenduse. Sellele küsimustele vastuse andmisel on aluseks konkreetne ohudelikt, abstraktne ohudelikt (sh ettevalmistamisdelikt) ja ettevõtmisdelikt (võib samuti sisaldada ettevalmistamisdeliktide tunnuseid). Ettevalmistamisdelikte analüsitakse koos abstraktsete ohudeliktidega, sest need moodustavad viimase alaliigi. Üleulatuva sisetendentsiga delikte käsitleb siinse töö autor nii abstraktsete ohudeliktide juures kui ka ettevõtmisdeliktidega koos, kuna mõlemal juhul võib kriminaliseeriv tunnus olla toimepanija eesmärk, mis objektiivse koosseisu realiseerimist ei vaja.

Nimetatud kolmedeliktitüübi ja nende alaliikide analüüsimine on põhjendatud, sest sealäbi on kajastatud erinevad aspektid, mis on aluseks kuritegeliku eeltegevuse karistamisväärsaks hindamisel. Samuti on erialakirjanduse analüüsitud õigushüve kaitsvale teole tähenduse andmist võrrelduna süüteokatsega

⁵³⁰ C. Fedders. Tatvorsatz und tätige Reue bei Vorfelddelikten: der vorausgeplante Rücktritt. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges. 2002, lk 34.

⁵³¹ A. Schönke, H. Schröder, § 24/116.

⁵³² U. Murmann. Strafzumessung und Strafverfahren, lk 1145–1146.

eespool loetletud kolme deliktitüübi alusel.⁵³³ Ettevõtmisdeliktid on esile toodud nende konkreetse eripära tõttu kriminaliseerimisel, kuid iseenesest on osa neist käsitatavad abstraktsete ohudeliktidenä, eelkõige selles osas, mis näeb ette vastutuse katsetegude eest.

Õigushüve kaitsele suunatud teole erineva tähenduse andmine kuritegeliku eeltegevuse ning süüteokitse puhul on põhjendatud analüüsida jäegmisi asjaolusid. Kõigepealt on vaja käsitleda konkreetse deliktitüübi karistatavuse aluseid, võrrelda neid süüteokitse ebaõigusega. Seejärel on oluline kindlaks teha, milline tähendus on teol, mis on suunatud õigushüve kahjustamise vältimisele. Teisisõnu, kas on võimalik täita sisulised eeldused, mis on aluseks süüteokitse loobumisele, ja seda nii loobumise seadusliku regulatsiooni kui ka põhjendatuse teooriate kontekstis.

Analüüsimise tulemusel peab selguma, kas süüteokitse loobumise regulatsioon ja teiste kuritegelike eeltegevuste regulatsioon koos kaasnevate õigusjärelmittega on omavahel kooskõlas ja kas erinevused regulatsioonides on põhjendatud. V peatükk annab vastuse ka Eesti karistusseadustiku regulatsiooni kooskõlale õigusdogmaatiliste seisukohtadega süüteokitse loobumise ja tegevkahetsuse korral.

Nagu süüteokitse loobumise põhjendatuse teooriate juures on esile toodud ja samuti on õiguskirjanduses leidnud kinnitust, ei ole süüteokitse loobumine seadusandja valiku otsus, vaid tuleneb karistamise legitiimsetest alustest – nimelt puudub süüteokitse loobumisel nii karistamise alus kui ka karistuse eesmärk.⁵³⁴ Järelikult on nimetatud küsimus oluline eri deliktitüüpide eest vastutuse ettenägemisel.

5.2. Konkreetne ohudeliikt

5.2.1. Konkreetse ohudelikti karistamisväärsus ja võrdlus süüteokitsega

Konkreetne ohudeliikt seisneb koosseisus määratud reaalse ohu loomises õigushüvele. Selle erinevus tavalisest tagajärjedelikistist kui kahjustusdeliktist on ainult saanud tagajärje iseloomus – ühel juhul on see reaalne kahju, teisel juhul ohtlik olukord. Konkreetse ohudelikti näideteks on eluohtlikus seisundis oleva isiku abita jätmine (§ 123) või ohtlike kemikaalide ja jäätmekäitlusnõuete rikumine (§ 367). Kahjustusdelikti ja konkreetse ohudelikti erinevuse on Riigikohus esile toonud kriminaalkolleegiumi otsuses 3-1-1-61-06 p-des 27–28: „*Ohu loomine (ohtliku olukorra teke) on käsitatav reaalse kahju tekkimise tõenäosuse suurenemisena ja see moodustab koosseisulise tagajärje üksnes konkreetsetes ohudeliktis ehk sellises süüteokoosseisus, mille dispositsioon nimetab ohu tekkimist koosseisulise tagajärjena. Kui süüteokoosseisu dispositsioonis nimeta-*

⁵³³ U. Berz, lk 6.

⁵³⁴ J. Bülte. Der strafbefreiende Rücktritt vom voll- endeten Delikt: Partielle Entwertung der strafbefreienden Selbstanzeige gemäß § 371 AO durch § 261 StGB? – ZStW 2010/3, lk 569.

takse koosseisulise tagajärjena mingit laadi kahju tekitamist, siis on tegemist materiaalse kahjustusdeliktiga. Seda tüüpi süüteo koosseis on lõpule viidud alles siis, kui teo tagajärjel on saabunud tegelik kahju, mitte pelgalt kahju tekkimise tõenäosuse suurenemine. Kui isik on materiaalse kahjustusdelikti dispositsioonis kirjeldatud teoga loonud koosseisulise kahju tekkimise ohu, mis jääb siiski realiseerumata (s.t kahju jääb saabumata), võib tõusetuda küsimus, kas isik on pannud toime süüteokatse” (KarS § 25). Järelikult on konkreetne ohudelikt tagajärjedelikt, sest ohu saabumise võimalikkus tuleb tõendada.⁵³⁵ Ohu kui tagajärje kindlakstegemiseks kasutatakse karistusõiguses eelkõige tõenäosusprognoosi, mille kohaselt on konkreetne oht õigushüvele olemas juhul, kui objektiivne kõrvaltvaataja ütleks, et õigushüve mittekahjustamine sõltub üksnes juhusest.⁵³⁶ Järelikult iseloomustavad konkreetse ohudelikti korral ohtu kui tagajärje kaks tingimust: individualiseeritud teobjekt ja oht seda kahjustada.⁵³⁷

Kuigi konkreetne ohudelikt on tagajärjedelikt, ei põhine karistamisväärsus konkreetsetes kahjustamises, vaid ohtu asetamises. Õiguskirjanduses vaieldakse, mis on konkreetse ohudelikti karistamisväärsuse alus.

E. Horni käsitle kohaselt avaldub konkreetse ohudelikti karistamisväärsus asjaolus, et nimetatud teoga võib kaasneda õigushüve kahjustamine – olles seega reaalse kahjustamise eeletapp –, mis on alus, et karistusõiguslikult reageerida.⁵³⁸ Sellega ei saa nõustuda, sest konkreetse ohudelikti korral ei seisne kahjulikkus üksnes asjaolus, et seeläbi võib kaasneda õigushüve reaalse kahjustamine, vaid toimepanija on loonud olukorra, mida ta ei kontrolli, ja edasine sõltub eelkõige juhusest. Seda asjaolu ei tule küll iga kord tõendada, kuid on kriminaliseerimise eeldus. K. Horni käsitle kohaselt puudub erinevus süüteokatse ja konkreetse ohudelikti vahel. Samas puuduks sellisel juhul alus eraldi konkreetsete ohudeliktide kriminaliseerimiseks, sest karistatavad teod oleksid hõlmatud juba süüteokatses loobumise koosseisudega.

U. Kindhäuser on aluseks võtnud K. Bindingi käsitle, mille kohaselt tuleb ohtu käsitleda kui õigushüve suhtes olemasoleva olukorra kõigutamist.⁵³⁹ Ohtlik olukord on iseseisev asjaolu, millest lähtuvalt on konkreetse ohudelikti karistamisväärsus määratletud järgnevalt. Konkreetset ohtu võib defineerida kui olukorras relevantse kahjustuse välistamise võimatust. Hüve on kahjustatud, kui olenevalt konkreetset situatsiooni iseloomustavates tegurites ei ole ühtegi vahendit, mis tõenäoliselt välistaksid õigushüve kahjustamise. Seega konkreetne ohtlikkus spetsiifilises kahjulikkuses väljendub õigushüve akuutses kaitsuse kaotuses. Järelikult on õigushüve ohustamisel iseseisev tähendus. Tähtis roll on

⁵³⁵ J. Sootak. Karistusõigus, lk 231–232.

⁵³⁶ U. Baroke, lk 254.

⁵³⁷ U. Baroke, lk 255.

⁵³⁸ E. Horn. Konkrete Gefährdungsdelikte. Köln: O. Schmidt 1973, lk 115.

⁵³⁹ U. Kindhäuser. Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte. Frankfurt am Main: Klostermann 1989, lk 210.

seega kahel teguril – õigushüve seisund konkreetsetes olukorras ja asjaolu, mille tõttu võib olemasolev positsioon muutuda ebakindlaks ja kontrollimatuks.⁵⁴⁰

Vaadeldes Eesti karistusseadustiku eriosa sätteid ja nende rakendamise praktikat Riigikohtus nähtub, et ohule on antud iseseisev tähendus ja see pole üksnes kahjustuse saabumise vaheetapp. Eeltoodu ilmneb võrreldes lõpuleviidud rasket tervisekahjustust, millega põhjustati oht elule KarS-i § 118 lg 1 p-s 1 ning tapmiskatset KarS-i §-s 113 ja § 25 lg-s 1. Seoseid nende koosseisude vahel on kajastatud RKKKo-s nr 3-1-1-128-06, mille kohaselt *on mõlemad kõnealused süüteod sarnased nii objektiivse külje poolest, kuna väliselt on toimepanija kummalgi juhul põhjustanud ohu inimese elule, kui ka subjektiivse külje poolest, kuivõrd KarS-i § 15 lg 1 kohaselt eeldab raske tervisekahjustuse tekitamine tahtlust, mida nõuab KarS-i § 25 lg 1 järgi ühtlasi ka süüteokatse. Eristatav kriteerium kahe koosseisu vahel on toimepanija lootuses, et konkreetne ja vahetu oht elule, mis on lähedal võimalikule surmale – ei saabu. Lootus tagajärje mittesaabumisele peab olema tõsimeelne, mis tähendab, et see toetub konkreetsetele asjaoludele ega ole sõltuvuses isiku poolt mittekontrollitavast juhuslikkusest*. Eeltoodu alusel saab väita, et on olemas kaks iseseisvat tagajärje vormi, millele võib toimepanija tahtlus olla suunatud, ning nendeks on õigushüve ohtu asetamine ja õigushüve kahjustamine.

Lisaks on oluline arvestada, et KarS-i § 118 lg 1 p 1 järgi lõpuleviidud koosseisu etteheitmiseks tuleb konkreetne oht õigushüvele tõendada, ent süüteokatse etteheitmisel KarS-i § 113 ja § 25 lg 1 järgi on vaja tõendada üksnes vahetu alustamine, kuid õigushüve ohustamist kui eraldi koosseisutunnust ei ole vaja tuvastada. See näitab, et konkreetset ohudeliktid ja süüteokatse nõuavad etteheite tegemiseks eri asjaolude tuvastamist. Küsimusele, miks see niimoodi on, tuleb vastust otsida süüteokatse ja konkreetse ohudelikti karistamise põhistuste võrdlemisest.

Süüteokatse karistamise alused on üksikasjalikult kajastatud siinse töö I peatükis. Valitsev on muljeteooria, mille teatud modifikatsioonidega on võtnud aluseks praeguse töö autor. Süüteokatse karistamine põhineb normatiivsete ootuste rikkumisele suunatud teol, millega on väljendatud tahe realiseerida süüteokoosseis, mis on avaldunud välismaailmas ja mille tulemusel tekib õigust kõigutav mulje. Süüteokatse karistamise aluseks on toimepanija õigusvaenuliku tahte tegevusse rakendumine; sellega kaasnev õigushüvede reaalne kahjustamine ei ole otseseks aluseks süüteokatse eest karistamisel, kuigi ka süüteokatse eest karistamise eesmärk on tagada õigushüvede tõhusam kaitse.⁵⁴¹ Asjaolu, et süüteokatse eest karistamine põhineb eelkõige toimepanija kuritegelikul tahtel, mis on leidnud väljenduse konkreetsetes teos, nähtub regulatsioonist KarS-i §-des 25–26, sest nii katse alustamise kui ka lõpule viimise kohta on aluseks võetud toimepanija ettekujutus süüteokoosseisust. Asjaolu, et katse karistamisväärsuse

⁵⁴⁰ U. Kindhäuser, lk 353–354.

⁵⁴¹ Vahemärkusena märgib autor, et mõne teise katse karistatavuse käsitluse, eelkõige objektiivse teooria ja komplekseoorite alusel, mis kasutavad sama argumentatsiooni, jõutaks teisele tulemusel.

aluseks ei ole õigushüve reaalne ohtu asetamine kinnitab kõlbmatu katse regulatsioon §-s 26, sest sellisel juhul tegelik võimalus kahjustuseks puudub. Konkreetse ohudelikti karistamisväärsus põhineb aga rünnatava õigushüve vahetusse reaalsesse ohtu asetamises, millega on rikutud õigushüvede puutumatust, n-ö nende senist olukorda, millele on lisandunud täiendavad ohus-tatuseni viivad konkreetsed tegurid.

Konkreetne ohudelikt on instrument seadusandjale, millega kaitsta õigus-hüvede ohtu sattumist. Vaadates konkreetseid ohudeliktide karistusseadustikus, siis lisaks ohule kui tagajärjele on esile toodud asjaolud, mis nõuavad isikult suuremat tähelepanu ja reeglite järgimist. Näiteks KarS-i §-s 367 on kriminali-seeritud kemikaalide ja jäätmete käitlemisnõuete rikkumine, kui sellega on põhjustatud oht inimese elule või tervisele. KarS-i § 123 järgi on karistatav, kui teine inimene jäetakse eluohtlikku või tema tervist raskelt kahjustada võivasse situatsiooni. Konstrueerides konkreetse ohudelikti koosseisu on vajalik määrata, et on olemas olukord, milles teatud nõuete mittetäitmine võib kaasa tuua situat-siooni, milles õigushüvede senise seisundi säilimine ei ole tagatud. Tegemist on ikkagi tegudega, mille karistamisväärsus ei ammendu üksnes konkreetses oht-likus situatsioonis, vaid vajalik on ka reaalne oht õigushüvele.

Lisaks tuleb arvestada, et konkreetsete ohudeliktide realiseerimine võib olla võimalik ka ettevaatamatusest, kuid süüteokatse on KarS-i § 25 kohaselt või-malik ainult tahtliku teo korral. Nii näiteks on karistusseadustikus ette nähtud vastutus konkreetse ohudelikti korral (KarS-i § 367), kui on tahtlikult rikutud ohtlike kemikaalide ja jäätmete käitlemise nõudeid ja sellega põhjustatud oht inimeste elule, tervisele või keskkonnale. KarS-i §-s 368 on kriminaliseeritud aga ohtlike kemikaalide ja jäätmete käitlemisnõuete rikkumine ettevaatamatu-sest, kui sellega põhjustati oht inimeste elule, tervisele või keskkonnale. Ees-pool toodu näitab veelkord, et konkreetsete ohudeliktide korral on karistamise põhjus tagada õigushüvede puutumatuse, mis on konkreetse ohustamise kaudu rikutud ja oht õigushüvele on seetõttu hinnatav iseseisva tagajärjena.

Süüteokatse ja konkreetne ohudelikt on mõlemad suunatud õigushüvede kaitsmisele ja nende kahjustamise vältimisele, kuid see toimub erinevalt ning eri nüansse arvestades. Süüteokatse karistamise alus on eelkõige toimepanija tegevusse rakendunud õigusvaenulik tahe, seega subjektiivne tunnus, ning ees-märk on välistada olukord, mis näitaks, et õigusnormide vastane käitumine on põhjendatud. Konkreetsete ohudeliktide karistatavus põhineb õigushüve reaal-sesse ohtu asetamisel, s.t objektiivsel tunnusel. Lisaks on määratud asjaolud, mille suhtes on toimepanijal suurem kohustus olla tähelepanelik, sest nimetatud olukordades sõltub nõuete järgimata jätmise tulemusel põhjustatud ohu edasine arenemine reaalseks tagajärjeks eelkõige juhusest ja sündmuste arengut toime-panija ei kontrolli.

5.2.2. Loobumisregulatsioon ja konkreetne ohudelikt

Konkreetne ohudelikt on tagajärjedelikt ja järelikult kohaldub sellele KarS-i §-de 40–43 regulatsioon, sest see on määratud tagajärje ärahoidmisega. Edasises analüüsin, millistel tingimustel kohaldatakse loobumisregulatsiooni. Esiteks on võimalik, et toimepanija on jõudnud lõpetamata katse staadiumisse, s.t ei ole teinud kõike vajalikku, et saabuks oht õigushüvele. Kui ta katkestab kuritegeliku käitumise, on täidetud loobumisregulatsiooni nõuded KarS-i § 41 kohaselt. Samuti on võimalik loobuda lõpetatud katsest, kui toimepanija on teinud enda ettekujutuse kohaselt küll kõik, mis on vaja konkreetse ohu saabumiseks, kuid oht ei ole reaalselt saabunud, vaid toimepanija viimase käitumisakti ja ohu saabumise vahele jääb teatud ajavahe. Siiski on see olukord praktikas väga harv, sest tavaliselt on kõigi vajalike tegude realiseerimisel oht juba saabunud. Kui reaalselt ohtu õigushüvele ei teki, on toimepanijale süüetteheite tegemine KarS-i § 42 järgi välistatud. Seega saab väita, et KarS-i §-de 40–43 regulatsioon kohaldub selle hetkeni, kuni ohtu õigushüvele ei loodud, s.t seni, kui tegu pole veel lõpuni viidud.

Konkreetselt ohudelikt korral on tegemist lõpuleviidud teoga siis, kui on loodud oht koosseisus määratud õigushüvele, seejuures ei ole tähtis, kas õigushüve on reaalselt kahjustatud või mitte. See aga tekitab küsimuse, milline tähendus on toimepanija teol, kui ta küll põhjustab kindla ohu õigushüvele, kuid samas hoiab ära sama õigushüve reaalse kahjustamise, ja kas sel juhul on põhjendatud kohaldada samasuguseid õiguslikke tagajärgi kui süüteokatselt loobumisele.

Konkreetselt ohudelikt realiseerimise ja kahjustusdelikti lõpuleviidud katse korral võib mõlemat deliktitüüpi iseloomustada õigushüve reaalne ohustamine. Kuigi süüteokatse korral ei pea see alati nii olema, sest katse lõpetatus defineeritakse toimepanija ettekujutuse alusel, kuid samas võib see vastata objektiivse ohustatuse nõuetele, kui toimepanija ettekujutus asjaoludest on adekvaatne. Subjektiivse koosseisu korral on ühtelangevus üksnes osaline. Konkreetse ohudelikti korral peab toimepanija tahtlus hõlmama karistusõigusliku etteheite tegemiseks üksnes õigushüve ohtu asetamist, kuid süüteokatse korral õigushüve kahjustamist, mis iseenesest hõlmab ka ohtu asetamise ja seega konkreetse ohudelikti. Konkreetse ohudelikti puhul on enamasti ohu realiseerimine kriminaliseeritud eraldiseisva kahjustusdeliktiga. Nii on see näiteks ohtu asetamise (KarS-i §123) ja tapmise (KarS-i § 113 tapmine) puhul. Siinjuures on oluline välja tuua, et mõlema koosseisuga kaitstakse elu. Samas on võimalik, et konkreetse ohudeliktiga kaitstakse veel täiendavat õigushüve, näiteks keskkonda, nagu see on KarS § 367 (kemikaalide ja jäätmehooldusnõuete rikkumine). Seejuures on võimalik, et toimepanija tegu on suunatud tapmisele, kuid ta realiseerib lisaks KarS § 123 või § 367. Järgnevalt tekib küsimus, kas juhul, kui toimepanija hoiab ära surma, vastutab ta KarS § 123 või § 367 järgi? Viimati nimetatud paragrahvides toodud koosseisud on seejuures lõpuleviidud, kuid samas on nad sisuliselt eeltegevuseks tapmisele. Lähtuvalt eelteoodust tekib küsimus, kas tapmisest loobumine hõlmab ka KarS § 123 või 367.

Õiguskirjanduses võib nimetatud teemaga seoses tuua esile U. Berzi kontseptsiooni. Ta on põhjalikult analüüsinud seoseid konkreetsete ohudeliktide ja loobumisregulatsiooni vahel. Siiski tuleb arvestada, et U. Berzi käsitus põhineb Saksa karistusõigusel, mille regulatsioon nii süüteokatsest loobumise kui ka tegevkahetsuse kohta erineb mõnevõrra Eesti omast (vt sissejuhatust), sätestades nii süüteokatsest loobumisel kui ka teatud juhtudel tegevkahetsuse korral isiku mitte karistamise.

U. Berzi kohaselt võib konkreetse ohudelikti korral olla tegemist üksnes formaalselt lõpuleviidud teoga, kus õigushüve reaalselt kahjustatud ei ole. Tema seisukoha järgi on õigushüve kahjustamine sisuliseks teo lõpuleviimise tuvastamise aluseks.⁵⁴² Nimelt leiab U. Berz, et nii kahjustusdelikti kui ka konkreetse ohudelikti korral, kui isik hoiab ära õigushüve reaalse kahjustamise, siis võttes arvesse kogu sündmuste kulgu toimepanemise alustamisest kuni faktilise lõpuni viimiseni, võib väita, et toimepanija süü on vähenenud nii konkreetse ohudelikti kui ka kahjustusdelikti korral samaväärselt ja alust isikut karistada ei ole.⁵⁴³ Kuna toimepanija on vältinud õigushüve kahjustamist ja on sellega näidanud, et tema tahe, mis esialgu oli suunatud õigushüve kahjustamisele, on pöördunud ja lähtub vajadusest õigushüve kaitsta, samuti on isiku panus just see asjaolu, mille tõttu hoiti ära õigushüve kahjustamine. Järelikult on täidetud nii kriminaalpoliitilise, preemiateooria kui ka karistuseesmärgi teooria eeldused, mis põhistavad süüteokatsest loobumise regulatsiooni kohaldamist. Seega on põhjendatud kohaldada loobumisregulatsiooni sätteid konkreetsetele ohudeliktile, sest täidetud on samad eeldused kui süüteokatsest loobumisel.⁵⁴⁴ Samas jõuab U. Berz järeldusele, et vahetult seadustiku regulatsiooni alusel süüteokatsest loobumise regulatsiooni kohaldamine pole võimalik, sest seadusandja on selle väga üheselt sidunud kuriteo formaalse lõpuleviimisega. Lahenduseks pakub U. Berz karistusseadustiku täiendamist, mis oma sisult vastaksid süüteokatsest loobumise regulatsioonile ja tooksid kaasa samad õiguslikud tagajärjed.⁵⁴⁵ Süüteokatsest loobumise tagajärgede kohaldamine on põhjendatud üksnes juhul, kui nimetatud teoga ei ole ühtegi õigushüve reaalselt kahjustatud. Konkreetne ohudelikt võib olla suunatud mitme õigushüve kaitsmisele, millest ühte võib koosseisupärase teoga olla juba kahjustatud, kuid teine võib olla ohtu seatud. Sellisel juhul puudub U. Berzi väidete kohaselt eeldus kohaldada süüteokatsest loobumise regulatsiooni ja nimetatud asjaolu oleks alust arvestada üksnes karistuse mõistmisel.⁵⁴⁶ Selline näide on KarS-i §-s 364, mille kohaselt järgneb karistus juhul, kui jäätmed on viidud keskkonda ebaseaduslikult ja on loodud oht inimese elule. Kui seejärel on oht inimese elule kõrvaldatud, kuid õigushüve – puutumatu looduskeskkond – on siiski kahjustatud. Järelikult kriteerium, mille alusel otsustada, kas on põhjendatud ette näha samaväärsed õiguslikud taga-

⁵⁴² U. Berz, lk 76–77.

⁵⁴³ U. Berz, lk 77–78.

⁵⁴⁴ U. Berz, lk 78.

⁵⁴⁵ U. Berz, lk 99.

⁵⁴⁶ U. Berz, lk 99–100.

järjed kui süüteokatsest loobumisele, on U. Berzi käsitle kohaselt õigushüve kahjustatus. Samasugune seisukoht on leidnud kinnitust ka teiste autorite poolt ning põhjenduseks on toodud asjaolu, et konkreetse ohudelikti puhul hõlmab süüteokatse samasid asjaolusid kui konkreetne ohudelikt ning sellisel juhul on põhjendatud kohaldada loobumist nii süüteokatsele kui konkreetsele ohudeliktile.⁵⁴⁷

Samas on õiguskirjanduses ka vastupidiseid seisukohti, mille kohaselt süüteokatsest loobumine ei hõlma konkreetset ohudelikti, sest seadusandja on selle kriminaliseerinud kui eraldi karistamisväärase teo ning on leidnud, et sellele ei kohaldu süüteokatsest loobumine, kuigi tegemist on kuritegeliku eeltegevusega.⁵⁴⁸ U. Kindhäuser on seisukohal, et ebaõige on väide, mille kohaselt konkreetne ohudelikt on üksnes koosseisu formaalne lõpuleviimine. Süüteokoosseis kas on või ei ole lõpule viidud ning põhjendamatu on eristada koosseisu formaalset ning sisulist realiseerimist. U. Kindhäuser kritiseerib U. Berzi käsitlet, mille kohaselt ei ole arvestatud, et konkreetne oht on iseseisev tagajärg, mis võib olla küll kergem kui tegelik kahjustamine, kuid on siiski tagajärg karistusõiguse tähenduses.⁵⁴⁹

Siinse töö autor on seisukohal, et konkreetse ohudelikti puhul avaldub eraldi-seisev karistamisväärsus, mida ei saa võrdsustada süüteokatse karistamise alustega. Nimetatud asjaolu on arvestatud konkreetsete ohudeliktide kriminaliseerimisel ja nende kohta sanktsioonide määramisel, millest lähtuvalt nähtub, et konkreetne ohudelikt ei ole võrdsustatav kahjustusdelikti katsega. Konkreetsete ohudeliktide korral on karistamisväärsus tingitud õigushüvede puutumatuse rikkumisest viisil, millega on loodud oht õigushüvele ning toimepanija on ületanud ühiskonnas lubatud riskide võtmise piiri ning seadnud õigushüvede säilimise kahtluse alla.

Kuigi konkreetse ohudelikti ja süüteokatse karistamisväärsus põhinevad erinevatel asjaoludel, on samas võimalik, et toimepanija hoiab ära õigushüve reaalse kahjustuse. Lähtuvalt eeltoodust tuleb analüüsida, kas toimepanija on hoidnud ära õigushüve kahjustamise, kas sündmused on olnud toimepanija kontrolli all ja kas tema poolt on neutraliseeritud loodud ebaõigus. Konkreetsete ohudeliktidega ei pruugi õigushüve olla kahjustatud, kuigi ka võib olla, nagu see on KarS §-s 364 (keskkonna saastamine), mille puhul võib väita, et õigushüvena on kahjustatud keskkond. Kui mistahes õigushüve on kahjustatud, siis loobumisregulatsiooni tingimused kohaldamisele tule ning selles osas nõustub siinse töö autor U. Berziga. Kui õigushüve ei ole kahjustatud, tuleb edasi analüüsida süüteokatsest loobumise tingimuse täidetust. Samuti on oluline küsimus, kas sündmuste areng on toimepanija kontrolli all. Juhul kui toimepanijal õnnestus teo tulemusel ikkagi tagajärge vältida, on ta täitnud kahjustusdelikti loobumise eeldused, ning keeruline oleks väita, et konkreetsetel juhul ta sündmust arengut ei kontrollinud. Veel on küsimus, kas toimepanija on suutnud oma teo-

⁵⁴⁷ A. Schönke, H. Schröder § 24/110, U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen § 24/127.

⁵⁴⁸ W. Joecks, K. Miebach § 24/190.

⁵⁴⁹ U. Kindhäuser, lk 216.

panusega neutraliseerida konkreetse koosseisuga etteheidetava ebaõiguse osas. Konkreetse ohudelikti puhul on eraldiseisvaks tagajärjeks ohtu asetamine. Juhul kui õigushüve on ohtu asetatud, saab küll edasise ohu likvideerida, kuid ei saa teha olematuks, et õigushüve oli juba ohustatud, mis ongi konkreetse ohudelikti puhul spetsiifiliseks karistamisväärsuseks. Lähtuvalt eeltoodust saab väita, et konkreetsete ohudeliktide puhul ei ole toimepanijal võimalik ära muuta spetsiifilist ohudelikti karistamisväärsust, millest lähtuvalt ei ole põhjendatud süüteokatses loobumise kohaldamine konkreetsetele ohudeliktidele, kui hoitakse ära õigushüve kahjustamine. Samas tuleks toimepanija teole karistusõiguslikul reageerimisel arvestada tema panust õigushüve kahjustamise ärahoidmisesse, sest lõppeesmärgiks on ikkagi vältida õigushüve kahjustamist.

U. Berz on veel eraldi välja toonud, et sisu poolest oleks põhjendatud kohaldada süüteokatses loobumisega sarnaseid sätteid ka ettevaatamatutele konkreetsetele ohudeliktidele, kui toimepanija küll loob konkreetse ohu ettevaatamatusest, kuid seejärel mõistab olukorda ja hoiab ära õigushüve tegeliku kahjustamise. U. Berzi käsitluse kohaselt on ettevaatamatusest toimepandud konkreetsetele ohudeliktidele põhjendatud kohaldada sisult loobumisele vastav regulatsioon, kuna sellisel juhul on samuti tagatud õigushüve lisakaitse selle reaalse kahjustamise eest, luues toimepanijale nn kuldse silla, et anda talle võimalus pöörduda tagasi õigushüvede kaitsmise juurde, mis ongi süüteokatses loobumise regulatsiooni eesmärk. Samuti tuleb arvestada, et antud juhul on konkreetne oht õigushüvele loodud üksnes ettevaatamatusest, kuid katse korral on tegu tahtlik, mistõttu on selle ebaõigus suurem. Eespool toodu alusel on põhjendatud ka ettevaatamatute konkreetsete ohudeliktide korral luua regulatsioon, mis vastab süüteokatses loobumisele, kuna vastupidisel juhul jõutaks ebaõiguse olukorrani võrrelduna tahtlikult teostatud konkreetsete ohudeliktidega.⁵⁵⁰

U. Berzi käsitlust, mille kohaselt on sisult põhjendatud laiendada süüteokatses loobumise regulatsiooni ettevaatamatutele konkreetsetele ohudeliktidele on kritiseerinud U. Kindhäuser järgmiselt. Nimelt on süüteokatses loobumise regulatsiooni kohaldamine ettevaatamatusest toimepandud konkreetsetele ohudeliktidele loogiliselt välistatud. Ettevaatamatusest kuriteo toimepanemisel on isik rikkunud hoolsuskohustust, kuid tal puudub tahtlus, mis oleks suunatud koosseisu täitmisele. Järelikult ettevaatamatusest koosseisu realiseerimisele ei ole omane tahtluse muutus, mis iseloomustab tahtlikku süüteokatset ja sellele järgnevat loobumist, mille kohaselt õigushüve kahjustamisele suunatud tahtlus on asendunud konkreetse õigushüve kahjustamist vältivaga.⁵⁵¹

U. Berzi käsitlus ei ole siinse töö autori seisukohast põhjendamatult mitte seetõttu, et konkreetsete ohudeliktide korral oleks iseenesest välistatud teatud juhtudel toimepanija karistamata jätmine, vaid kontseptuaalsest seisukohast on vale lähtuda süüteokatses loobumise regulatsioonist põhjendusel, et mõlemal juhul esinevad mõningal määral samad sisulised alused. Nimelt on süüteokatse karistatavuse alused erinevad konkreetsetest ohudeliktidest, kuigi sarnanevad

⁵⁵⁰ U. Berz, lk 92–98.

⁵⁵¹ U. Kindhäuser, lk 221–222.

selles mõttes, et mõlema korral võib esineda olukord, kus õigushüve ei ole kahjustatud, kuid üksnes eeltoodud kriteeriumi alusel ei ole põhjendatud kogu loobumisregulatsiooni ülekandumine. Konkreetsete ohudeliktide korral pole toimepanija teol, mis on suunatud õigushüve kahjustamise vältimisele, sama tähendus, mis kahjustusdelikti korral, sest konkreetse ohudelikti loodud spetsiifilist ebaõigust sellega enam reeglina tagasi võtta ei saa. Samuti pole põhjendatud väita, et toimepanija süü on välistatud, sest etteheidetavus avaldub siin lubamatu ohu loomises ja hilisem käitumine võib seda üksnes vähendada. Samuti on Saksamaa Liidukohus leidnud, et loobumise regulatsiooni ei ole põhjendatud laiendada konkreetsetele ohudeliktidele, kui hoitakse ära õigushüve kahjustamine.⁵⁵²

Samas leiab valdav osa õiguskirjandusest, et konkreetsete ohudeliktide korral tuleb õigushüve ärahoidvale teole anda tähendus ja teha seda tegevkahetsuse kaudu, mis võimaldab arvestada toimepanija panust õigushüve kahjustamise vältimisele.⁵⁵³ Seega, kuigi on oluliselt vähenenud põhjus toimepanijat karistada, on siiski säilinud konkreetse ohudelikti karistamisväärsus, mis eristabki seda olukorda süüteokatses loobumisest. Karistamise eesmärgi täidetuse või vähemalt osaline täidetuse peab väljenduma toimepanijale õiguslike tagajärgede määramises.

5.3. Abstraktne ohudeliikt

5.3.1. Abstraktse ohudelikti karistamisväärsus ja võrdlus süüteokatsega

Abstraktseid ohudelikle võib kõigepealt defineerida negatiivselt kui koosseisutüüpi, mille realiseerimiseks ei ole vajalik tagajärg kahjustuse ega ohtliku olukorrana. Järelikult piisab koosseisu täitmiseks karistusseadustikus kirjeldatud teo toimepanemisest, kuid sel juhul on esile toomata nimetatud deliktitüüpi iseloomustav tunnus, mis näitaks nende karistamisväärsust. Abstraktne ohudeliikt on kriminaliseeritud teo ohtliku olemuse põhjal ning õigushüve tegelik ohustamine ei ole nõutav.⁵⁵⁴ Abstraktsete ohudeliktide korral ei ole ohtlikkuse tõendamine vajalik, vaid lähtutud on üldisest teadmisesest, et teatud tegevused on ohtlikud ja võivad viia õigushüve kahjustamiseni.⁵⁵⁵ Ohtlikkus on motiiv

⁵⁵² BGH otsus 21.01.1993 – 4 StR 638/92 – NJW 942-943.

⁵⁵³ W. Joecks, K. Miebach, § 24/190.

⁵⁵⁴ W. Platzgummer. Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte im österreichischen Strafrecht. – H.-H. Jeschek (Hrsg). Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte. Referate und Diskussionsbericht der Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 20. September 1985 in Göttingen. Berlin: de Gruyter 1987, lk 43.

⁵⁵⁵ J. Schmidt, lk 2.

seadusandjale, millest lähtuda kriminaliseerimisel.⁵⁵⁶ Järelikult on abstraktsete ohudeliktide korral lähtutud nende kriminaliseerimisel eeldusest, et teatud tegude realiseerimisega võivad suure tõenäosusega kaasneda ohud, mida ühiskond ei aktseпти.

Abstraktseid ohudelikke on karistusseadustiku eriosa koosseisude hulgas palju, kui eeldada, et sisult liigituvad sinna kõik need teod, mille koosseisuline tunnus ei ole tagajärg kui õigushüve kahjustamine.⁵⁵⁷ Abstraktsete ohudeliktide hulgas on võimalik esile tuua nende eri avaldumisvormid, võttes aluseks teos avalduva ohtlikkuse. Teod, mis eiravad ohtlikes olukordades tegutsemise regulatsiooni (sks *Massenhandlungen*) ning karistamise aluseks on üldpreventiivsed kaalutlused. Näiteks KarS-i §-s 424 mootorsõiduki juhtimisel joobeseisundis seisneb rikkumine tegevusvaldkonna reeglite eiramises. Eelnimetatud teoga kahjustatakse õigushüve „liiklusohutus” ning samuti võib nende tulemused seada ohtu või kahjustada õigushüvesid „elu” ja „tervis”. Teiseks on teod, mis võivad ohustada ja kahjustada ühte õigushüve ning viia veel täiendava õigushüve ohustamise ja kahjustamiseni kahjustamiseni (sks *vergeistigtem Zwischenrechtsgut*).⁵⁵⁸ KarS-i §-s 320 reguleeritud valeütluste puhul ei ole tegu ohtliku valdkonnaga, kuid ohtu seatakse õigushüve, milleks näite puhul on „aus ja õiglane kohtumõistmine”, mis võib viia individuaalõigushüve kahjustamiseni, kui tehakse ebaõige kohtuotsus. Seejuures võib õigushüve võimalik ohustamine sisult aset leida ettevalmistusstaadiumis, nagu see on KarS-i §-s 340, mis näeb ette vastutuse raha, pangakaardi ja muu maksevahendi, väärtpaberi, maksu-märgi, postimaksevahendi ja selle jäljendi ning proovijärelevalve märgise võltsimise ettevalmistamise eest. Nimetatud koosseisu eesmärk on kaitsta õiguskäivet ning lõppaastmes konkretseid isikuid kahjustuste eest. Iseenesest nende tegudega veel ei kahjustata, küll aga on loodud selleks tingimused või vahendid. Kõigile eelnimetatud tegudele on iseloomulik, et koosseisu realiseerimiseks pole vajalik, et kaitstav õigushüve oleks kahjustatud või ohtu seatud, samuti ei pea toimepanija tahtlus olema suunatud kaitstava õigushüve kahjustamisele või reaalsesse ohtu asetamisele, kui just koosseis ei nõua üleulatuvat sisetendentsi. Seega on abstraktsete ohudeliktide üks alaliike ettevalmistamisdeliktid.

Karistusseadustikus on ettevalmistamise koosseisud formuleeritud kahel viisil. Ühtedel juhtudel ilmneb koosseisu tüüp otse koosseisu sõnastusest, sest kasutatud on keelendit „ettevalmistamine”, nagu see on näiteks „arvutikuriteo ettevalmistamine” KarS-i §-s 216¹ või §-s 189 „narkootilise või psühhotroopse aine levitamise eest ettevalmistamine”. Teistel juhtudel, kuigi vastavat keelendit kasutatud ei ole, on tegemist koosseisudega, mille sõnastusest on aru saada, et tegemist on ettevalmistavas staadiumis olevate tegude karistamisega (näiteks

⁵⁵⁶ H. Tröndle, T. Fischer, E. Dreher, O. Schwarz. Strafgesetzbuch: StGB und Nebengesetze. Beck'sche Kurz-Kommentare 10. München: Verlag C. H. Beck 2012, § 13 p 13a.

⁵⁵⁷ Eespool toodud definitsioonile võib vastu vaielda, et sisult on siin aluseks võetud formaalse delikti määratlus, kuid õiguskirjanduses lähtutakse eelkõige abstraktsete ohudeliktide negatiivsest määratlusest.

⁵⁵⁸ J. Schmidt, lk 7–8.

maksumärgi võltsimine KarS-i §-s 355 tähenduses). Eeltoodu näitab, et abstraktset ohudeliktide hõlmavad mitut olemuselt erinevat tegu, millele on iseloomulik koosseisu karistamisväärsuse põhinemine eelkõige preventiivsetel kaalutlustel, et vältida oluliste õigushüvede kahjustamist, olenemata, kas nende tegudega on eri õigushüvesid juba kahjustatud.⁵⁵⁹ Edasi tekivad küsimused, millel põhineb abstraktsete ohudeliktide karistamisväärsus ning kas ja mille poolest erineb abstraktsete ohudeliktide karistamisväärsus süüteokatse karistamisväärsusest. Sellele küsimusele ei saa vastata, uurimata abstraktsete ohudeliktide karistamise õigusdogmaatilisi aluseid.

Abstraktsete ohudeliktide eesmärk on kaitsta õigushüvesid, kuid samas pole nõutud seos õigushüvede kahjustamise või nende reaalse ohustamisega. Suur probleem on abstraktsete ohudeliktide legitiimsus: kuidas leida seos õigushüvede kaitsmisega ning samuti süü ja teo määratlusprintsibiiga.⁵⁶⁰ Edasises on esitatud lühiülevaade abstraktsete ohudeliktide põhistamise teooriatest, et esile tuua olulised argumendid, mis põhistavad selle deliktitüübi karistatavust.

Abstraktsete ohudeliktide põhistamisel on valitsev üldise ohtlikkuse teooria, mille kohaselt on käitumisakt karistatav, kui tüüpiliselt võib selline tegu viia õigushüve kahjustamiseni. Asjaolu, et konkreetsel juhul õigushüve ei ohustatud, ei oma eeltoodud käsitluse kontekstis tähtsust, sest etteheite tegemise alus ei ole konkreetse õigushüve kahjustamine, vaid üleüldine võimalik kahjulik mõju.⁵⁶¹ Eeltoodud käsitlust on kritiseeritud põhjendusel, et sel viisil võib isikule ette heita ka täiesti ohutut tegu, mis loob aga vastuolu süüprintsibiiga, ja samuti puudub legitiimsioon vastavalt õigushüve kontseptsioonile.⁵⁶²

Presumptiooni- ehk eeldamisteooria kohaselt on abstraktsete ohudeliktidenä etteheidetavad teod, mille korral eeldatakse, et kirjeldatud käitumisaktid on ohtlikud. Erinevalt üldise ohtlikkuse käsitlusest on presumptsiooniteooria kontekstis ohtlikkus iga abstraktse ohudelikti tunnus, kuid ohtlikkust ei tuvastata iga kord, vaid seda eeldatakse. Järelikult on abstraktsetele ohudeliktidele vaiki-misi lisatud kirjutamata koosseisutunnus – ohtlikkuse presumptsioon. Seejuures on täpselt esile toomata, mida ohtlikkuse eeldus tähendab ja kas see seisneb teo ohtlikkuses või ohus konkreetsele õigushüvele.⁵⁶³ Presumptiooniteooriale hei-detakse ette, et seadus ei kinnita ohtlikkuse kui eelduse lisamist abstraktsete ohudeliktide koosseisudele. Samuti on mindud vastuollu süüprintsibiiga, sest presumptsiooniteooria kohaselt on võimalik isikule ette heita reaalsuses ohutut tegu, sest ohtlikkuse eeldused ei kuulu kriminaalmenetluse käigus iga kord tu-vastatavate asjaolude hulka.⁵⁶⁴

⁵⁵⁹ Eespool toodu tõstatab muidugi eraldi küsimuse õigushüvedest ja sellest, missugune väärtus on määratav õigushüvena, kuid see jääb siinse töö temaatikast välja.

⁵⁶⁰ D. Kratzsch. *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*. Berlin: Duncker & Humblot 1985, lk 107.

⁵⁶¹ U. Kindhäuser, lk 230.

⁵⁶² J. Schmidt, lk 102.

⁵⁶³ U. Baroke, lk 261–263.

⁵⁶⁴ U. Baroke, lk 261; J. Schmidt, lk 102.

Õiguskirjanduse uuemad käsitlused püüavad siduda abstraktse ohudelikti karistatavuse õigushüvedega, mida kaitstakse.

U. Kindhäuser põhistab abstraktsete ohudeliktide karistamisväärsust spetsiifilise kahjuga, mis avaldub selles, et kahjustatakse õigushüve säilimise vajalikke tingimusi, n-ö ohutust (sks *Sicherheit*). Selline üldine ohutuskord on omaette väärtus ja sotsiaalse kooselu alus, mida on vaja kaitsta. Konkreetne ohutuskord tuleb tuvastada iga kindla situatsiooni järgi sõltuvalt konkreetsetest asjaoludest, määrates seeläbi karistusõigusliku sekkumise täpse ulatuse.⁵⁶⁵ Kirjanduses on U. Kindhäuseri käsitlust kritiseeritud, sest konkreetsete õigushüvede, nt elu, tervis ja vara kaitsmisega on tagatud ühiskondlik ohutus. Ohutuse mõiste kaudu on avatud karistusõiguse eesmärk, mistõttu ei saa seda kasutada konkreetse koosseisutüübi põhistamisel. Veel on U. Kindhäuseri kontseptsiooni kritiseeritud ka aspektist, et abstraktsed ohudeliktid on sisult muudetud riskideliktideks ja puudub vajadus tõendada nende üldist ohtlikku olemust.⁵⁶⁶

J. Schmidt võtab lähtepunktiks õigushüve ja selle kaitsmise. Ta lähtub enda konstrueeritud õigushüve mõistest, mis hõlmab õigushüve reaalseid objekte, kuid laieneb lisaks tingimustele, mis on vajalikud õigushüvede säilimiseks. Karistusõiguse ülesanne on kaitsta nii konkreetseid õigushüvesid kui ka keskkonda, mis tagab õigushüvede mittekahjustamise, s.t käitumise lubatud riski piires jne. Õigushüve mõiste põhistab nii tagajärje kui ka teo ebaõiguse karistusõigusliku etteheidetavuse, sidudes õigushüve objekti kaitsmise ja normi kehtivuse. Abstraktsete ohudeliktide karistamisväärsus põhineb asjaolul, et üldiselt ohtliku tegevusega kahjustatakse karistusõigusnormidel põhinevat kindluskorda. Ohtlik tegu nõrgestab normi kehtivust ja õigushüve objekti väärtust ning seega laiendatult defineeritud õigushüve. Kui kriminaalmenetluse käigus leiab kinnitust, et teo ohtlikkus üldse puudub, peaks sellega kaasnema karistusõigusliku reageerimise ärajäämine.⁵⁶⁷

J. Schmidt püüab abstraktsete ohudeliktide karistamisväärsust põhistada õigusnormide kehtivuse kahtluse alla seadmise ja õigushüvede säilimiseks vajaliku korra ohustamisega. Sisult jääb käsitlus üldise ohtlikkuse juurde, täiendades seda argumendiga, et sel juhul on seatud ohtu normi kehtimine.

G. Jakobs määratleb, et abstraktsete ohudeliktide karistamisväärsus võib olla põhjendatud eeldusega, et toimepanija ei valitse tegu (joobeseisundis mootorsõiduki juhtimine) või tuleviku suunatud ohus (dokumentide võltsimine).⁵⁶⁸ Nimetatu on samuti seotud eeldustega, mis võivad kahjustada õigushüvede kaitsesfääri.

Abstraktsete ohudeliktide karistamise aluste juures võib kokkuvõtvalt esile tuua, et kriminaalpoliitiliselt on õigushüvede kaitse aspektist karistusõiguslik reageerimine vajalik, kuid teoreetiliste vaidluste sisu on, kuidas see karistus-

⁵⁶⁵ U. Kindhäuser, lk 354–355.

⁵⁶⁶ I. Zieschang. Die Gefährdungsdelikte. Berlin: Duncker & Humblot 1998, lk 356–366.

⁵⁶⁷ J. Schmidt, lk 206.

⁵⁶⁸ G. Jakobs. Kriminalisierung im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung – ZStW 97 (1985), lk 768–769, 784.

õigusdogmaatiliselt siduda õigushüve kaitsmise kontseptsiooniga. Abstraktsete ohudeliktide karistamisväärsus põhineb nende tegude üldisel ohtlikkusel, mille tulemusena on õigushüve kaitsesfäär ohustatud. Isikule heidetakse ette lubamatute riskide võtmist ja üleastumist reeglitest, mis on olulised selleks, et tagada õigushüvede kaitse. Abstraktsete ohudeliktide korral jääb nõrgaks nende seos individuaalsete õigushüvedega, sest viimaste kahjustamine ei ole nimetatud deliktide koosseisutunnus ja neid kaitstakse konkreetse kahjustusdeliktiga. Et siduda abstraktseid ohudelikte õigushüvede kaitse kontseptsiooniga, on märgitud, et eelkõige on kahjustatud kollektiivsed õigushüved, nagu avalik rahu või avalik julgeolek, kuid kõigi abstraktsete ohudeliktide korral pole võimalik nimetatud seost esile tuua. Tekib küsimus, kas sellisel juhul suudab õigushüvede kaitsmine panna piirid karistusõiguslikule sekkumisele, kuna on raske kindlaks teha, milline tegu on karistatav kuriteona ja milline vääriteona, sest viimase korral pole seos õigushüve kahjustamisega vajalik, vaid piisab reegli eiramisest.⁵⁶⁹

Kui nüüd võrrelda abstraktsete ohudeliktide ja süüteokatse karistatavuse aluseid, võib esile tuua järgmised aspektid. Süüteokatse karistamisväärsuse alus on normatiivsete ootuste rikkumine ja õiguskorra kõigutamise mulje, kuid see põhineb asjaolul, et toimepanija tahtlus on suunatud õigushüve kahjustamisele ja seda on vahetult asutud realiseerima. Seega on süüteokatse karistamise aluse oluline tunnus seotus õigushüve kahjustamisega, mis ei ole aga tingimus abstraktsete ohudeliktide korral, mille karistusväärsuse raskuspunkt avaldub konkreetsetes teos avalduvas võimalikus ohtlikkuses. Võib muidugi väita, et kui toimepanija süüteokatse korral alustab õigushüve kahjustamisele suunatud käitumist, on tema tegu ohtlik selle alusel. Siiski pole see ohtlikkus ja abstraktsetes ohudeliktides avalduv ohtlikkus samastatavad. Abstraktsetes ohudeliktides avalduv ohtlikkus on selline, mis sisaldab juba ainuüksi teost lähtuvat võimaliku ohtlikkuse määra, mis avaldub kontrollimatuse aspektis. Järelikult hinnatakse abstraktsetes ohudeliktides avalduvat ohtlikkust selliseks, mis suure tõenäosusega viib kahjustuseni ja mida toimepanija ei kontrolli. Süüteokatse korral avaldub ohtlikkus tahtluses, mis on suunatud õigushüve kahjustamisele, ja süüteo koosseisu realiseerimisele asumisega on leidnud vahetult väljenduse välismaailmas.

Eraldi käsitlen abstraktsete ohudeliktide alla liigituvate ettevalmistamisdeliktide karistamisväärsust. Nende etteheidetavus ei põhine toimepanija kuritegelikel kavatsustel ning negatiivsel õigusmeelsusel, kuna sellisel juhul oleks tegemist mõtete karistamisega, mis on omane vaenlas-, mitte teo karistusõigusele. Ettevalmistamisdeliktide karistamisväärsust on püütud põhistada neist lähtuva iseseisva ohu ilmnemisega õigushüvede kaitsel. Üldjuhul pole tegemist küll olukorraga, mis võib kaasa tuua õigushüve kahjustamise, vaid tegemist on spetsiifilise õigushüve kaitsesfääri kahjustava ohtlikkusega. Ettevalmistusdeliktid on seotud tingimuste loomisega kuriteo toimepanemiseks, s.o kuriteo vahendi hankimine või valmistamistamine. Tegemist on eelkõige esemetega,

⁵⁶⁹ A. Sinn. Vorverlagerung der Strafbarkeit, lk 32.

millel tsiviilkäibes ei ole kohta, nagu võltsitud väärtpaberid, narkootilise aine valmistamise seade või rahavõltsimise vahend, ning need ei ole vajalikud sea-
duskuulekate tegude realiseerimisel. Siiski ei pruugi ettevalmistamisstaadiumis olla loodud üksnes tsiviilkäibes lubamatu ese, vaid toimepanija panus võib aval-
duda toetuses kuriteo toimepanemiseks, mida ta pärast panuse andmist kont-
rollida ei saa. Näiteks raha eraldamine narkootilise aine valmistamiseks KarS-i
§ 189. Ettevalmistamisdelikte iseloomustab iseseisev karistamisväärsus ja neid
pole karistatavaks loetud üksnes seetõttu, et nende kaudu loodud eeldused või-
vad olla suunatud õigushüve kahjustamisele.⁵⁷⁰

Eraldi on tähtis veel võrrelda abstraktseid ohudelikke ja kõlbmatut katset,
sest mõlema korral on nende toimepanijale võimalik ette heita tegu, mille korral
ei ole nõutud õigushüve reaalne ohtu asetamine. Eeltoodu alusel on J. Schmidt,
viidates D. Kratzschile, esile toonud, et sisu poolest sama legitiimsiooni prob-
leemi ees on nii kõlbmatu katse kui ka abstraktne ohudelik, sest kummagi
korral pole vajalik õigushüve tegelik kahjustamine.⁵⁷¹ Kuigi võib nõustuda seis-
kohaga, et nii kõlbmatu katse kui ka abstraktse ohudelikti korral pole õigushüve
tegelik kahjustamine vajalik, ei ole siiski tegemist karistusõigusliku etteheite
tegemise identsete alustega, samuti on ohtlikkuse puudumine tingitud eri alus-
test. Kõlbmatu katse korral on teo ohtlikkuse puudumine tingitud toimepanija
puudulikust teadlikkusest teo objekti, viisi või mõjude kohta. Õigushüve reaalse
kahjustamise võimatus tuleneb toimepanija väärast ettekujutusest, kuid iseene-
sest on tahe suunatud õigushüve kahjustava teo toimepanemisele, mis on süü-
teokatse karistamise alus. Abstraktsete ohudeliktide korral ei ole aga õigushüve
kahjustamisele või ohustamisele suunatud ohtlikkus oluline ja määrav on üks-
nes konkreetsete asjaolude realiseerimine, mille täitmisega ei pruugi ohustatus
igal juhul kaasneda, kuid mida üldiselt hinnatakse ohtlikuna, seejuures ei pea
toimepanija tahe olema suunatud õigushüve kahjustamisele, kui just tegemist ei
ole üleulatuva sisetendentsiga deliktidega.⁵⁷² Viimased on eelkõige koosseisud,
mis oma olemuselt vastavad ettevalmistamis- või katsestaadiumile, näiteks
KarS-i § 333 (maksevahendi ja väärtpaberi võltsimine selle kasutamise eesmär-
gil). Järelikult pole teo etteheitmiseks vajalik, et maksevahendit ja väärtpaberit
oleks kasutama hakatud ja sisult on kriminaliseeritud ettevalmistavad teod, sest
kaitstakse varakäsituse eest, milleks puudub alus. Siiski on need teod karis-
tatavad lõpuleviidud koosseisudena, sest peale teos avalduva õigusvastase meel-
suse sisaldavad nad täiendavat iseseisvat ebaõigussisu, mis seisneb tsiviilkäivet
kahjustavate esemete valmistamises ja ohus, et need võivad sattuda õigus-
käibes nii toimepanija tahtel kui ka vastu tema tahet.

⁵⁷⁰ U. Weber. Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unterneh-
mensdelikte. – H.-H. Jeschek (Hrsg). Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefähr-
dungs- und Unternehmensdelikte. Referate und Diskussionsbericht der Arbeitssitzung der
Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechts-
vergleichung am 20. September 1985 in Göttingen. Berlin: de Gruyter 1987, lk 15–16.

⁵⁷¹ J. Schmidt, lk 25.

⁵⁷² J. Schmidt, lk 25–26.

Järelikult põhineb abstraktsete ohudeliktide karistamisväärsus teo võimalikul ohtlikul mõjul õigushüvede kaitsmise tagamisel, mille käigus võivad olla loodud vahendid, mis on tsiviilkäibes lubamatud, või on loodud olukord, mis sisaldab kontrollimatuse aspekti ja võib viia õigushüve kahjustamiseni. Samuti võib teatud juhul olla kahjustatud õigushüve, arvestades, et õigushüve mõiste võib olla avatud ohu mõiste kaudu, nagu avalik julgeolek. Erinevalt süüteokatsest on abstraktsete ohudeliktide karistamisväärsus põhistatud objektiivse koosseisu tunnustega, mitte aga eelkõige subjektiivse tunnuse kaudu, viimasega antakse tähendus süüteokatsele.

5.3.2. Abstraktne ohudelik ja süüteokatsest loobumise regulatsioon

Abstraktsed ohudeliktid on teodeliktid ning kui toimepanija on koosseisutunnuse realiseerinud, on tegu lõpule viidud. Käitumisakt, mis on suunatud sellele, et hoida ära õigushüve kahjustamine, ei ole käsitletav loobumisena KarS-i § 40 tähenduses. Loobumine oleks abstraktsete ohudeliktide korral võimalik juhtudel, kui koosseisu täitmiseks on vajalik mitme eri käitumisakti realiseerimine (näiteks KarS-i § 340 alternatiiv, mis näeb ette vastutuse võltsimiseks vajaliku seadeldise valmistamise eest). Seega, kui toimepanija on vastavat seadet asunud tegema, kuid mõtleb enne selle valmimist ümber ja jätab tegevuse pooleli, on täidetud süüteokatsest loobumise tingimused lõpetamata katse korral. Abstrakteid ohudelikke, mis nõuavad mitut eraldi käitumisakti on vähe, sest enamasti on koosseis realiseeritav ühe käitumisaktiga, nt raha võltsimiseks vajaliku seadeldise soetamisega.

Abstraktsete ohudeliktide korral on võimalik olukord, kus toimepanija realiseerib koosseisupärase teo, kuid hoiab ära õigushüve kahjustamise, mille kaitsmise tagamine on realiseeritud koosseisu eesmärk, kuid samas ei ole selle kahjustamine ega isegi reaalne oht õigushüvele koosseisuline tunnus. Näiteks A on rahalises kitsikuses ja otsustab valmistada võltsitud pangakaardi, et kasutada seda ostude eest tasumisel. Selleks on ta muretsenud plastkaardi ja seadeldise, mille abil andmed kaardile kanda. Enne andmete kandmist kaardile mõtleb A ümber ja hävitab nii seadeldise, millega kaardile andmed kanda, kui ka plastikaardi. A on realiseerinud KarS-i § 340 koosseisu, mis näeb ette vastutuse pangakaardi võltsimise ettevalmistamise eest. Õigushüve – käibe usaldusväärsuse – kahjustamiseni oleks A jõudnud alles võltsitud pangakaardi kasutamisega, mis on eraldi kriminaliseeritud KarS-i §-s 334. Kuigi KarS-i § 340 kuuluvad teod on ettevalmistusstaadiumis, siis pärast nende toimepanemist ei ole toimepanija faktiliselt loobumisele vastaval käitumisel KarS-i §-de 40–43 kontekstist tähendust, sest tegemist on lõpuleviidud süüteoga, mistõttu loobumine on välisstatud.⁵⁷³ Abstraktsete ohudeliktide korral on nendega kaitstavad õigushüved enamasti kaitstud kahjustamise eest veel eraldi koosseisudega, nagu nähtub eespool kirjeldatud näitest. Järelikult kerkib küsimus, kas ja millise tähenduse

⁵⁷³ J. Sootak. Karistusõigus, lk 484 ja 503–504.

peaks abstraktsete ohudeliktide korral andma toimepanija teole, mis on suunatud õigushüve kahjustamise vältimisele, kui koosseis on realiseeritud.

Õiguskirjanduses valitseb aramus, et ei ole põhjendatud laiendada süüteokatses loobumise regulatsiooni abstraktsetele ohudeliktidele, sest loobumine on kohaldatav ainult süüteokatsel, mitte lõpuleviidud teole. Abstraktse ohudelikti puhul on toimepanija realiseerinud spetsiifilise ebaõiguse, mille puhul on jõutud järeldusele, et see täidab lõpuleviidud koosseisu tingimused.⁵⁷⁴ Järelikult ei ole süüteokatses loobumise regulatsiooni kohaldamine põhjendatud. Seega ei ole alust analoogia alusel rakendada süüteokatses loobumise regulatsiooni, sest see läheks vastuollu seadusandja tahtega kriminaliseerida need lõpuleviidud tegudena. Süüteokatses loobumise kohaldamist ei põhista argument, et toimepanija realiseerib küll abstraktse ohudelikti koosseisu, kuid hoiab ära õigushüve ulatuslikuma kahjustamise, sest vastupidisel juhul tekiks küsimus, kas poleks põhjendatud välistada karistusõigusliku etteheite tegemine kõigi realiseeritud koosseisude korral, kui on ära hoitud suurem kahju. Näiteks kui isikul on tapmis-kavatsus, siis mitte võtta teda vastutusele toimepandud tervisekahjustuse tekitamise eest. Eespool toodu läheks aga vastuollu süüteokatses loobumise regulatsiooni olemusega, mis annab toimepanijale võimaluse vähendada või välistada karistusõiguslikku etteheidet teo suhtes, mis ei ole veel karistusseaduse tähenduses lõpule viidud.⁵⁷⁵

Kuigi süüteokatses loobumise regulatsiooni kohaldamine pole vahetult ega analoogia alusel põhjendatud, on siiski oluline, et paljudel juhtudel vastavad abstraktsed ohudeliktid sisult katse- või ettevalmistamisstaadiumile, mis tähendab, et peale vahetult realiseeritud ebaõiguse on olemas veel vähemalt potentsiaalne oht õigushüve suuremale kahjustamisele. Erialakirjanduses on väidetud, et abstraktsete ohudeliktide puhul õigushüve heastavale teole tähenduse andmine on põhjendatud ja seejuures on kasutatud võrdlust süüteokatses loobumise regulatsiooniga. Samas on küsimus, mis juhtudel on põhjendatud ette näha sarnased tagajärjed nagu süüteokatses loobumise korral ja milliste kriteeriumite kohaselt seda tuvastada.⁵⁷⁶

U. Berzi käsitluse kohaselt on oluline eelkõige tuvastada, kas konkreetse koosseisuga on kaitstud nii individuaalsed õigushüved kui ka üldised õigushüved ning seejärel kindlaks teha, kas toimepanija on suutnud vältida õigushüvede kahjustamist. Seejuures tuleb iga koosseisu, selle kaitseesmärgi ja heastamisele suunatud tegevuse mõjusid hinnata, leidmaks vastus küsimusele, kas toimepanija on suutnud kahjutuks teha kõiki süüteoga loodud võimalikud ohustused õigushüvedele. Kui toimepanija on suutnud likvideerida kõik võimalikud tema teost tulenevad ohud õigushüvele, on U. Berzi käsitluse kohaselt

⁵⁷⁴ U.Sieber. Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt – Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im „Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten“ – NStZ 2009, Heft 7, lk 360.

⁵⁷⁵ W. Joecks, K. Miebach, § 24/216.

⁵⁷⁶ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/349.

põhjendatud anda toimepanija käitumisele samasugune õiguslik tähendus süüteokatselt loobumise. U. Berz lähtub asjaolust, et kogu karistuse eesmärk on kaitsta õigushüvesid ning kui toimepanija on oma vabatahtliku teoga õigushüvede kahjustamise ära hoidnud, on põhjendatud tema kahju heastavale teole näha ette sarnased tagajärjed süüteokatselt loobumise, s.t Saksa karistusõiguse kohaselt tuleb isik jätta karistamata.⁵⁷⁷

U. Berzi käsitlemise lähtepunkt on õigushüvede kaitse, mis annab põhjenduse, millistel juhtudel on abstraktsete ohudeliktide korral seoses toimepanija kahju heastava teoga põhjendatud süüteokatselt loobumisele ette näha vastavad õiguslikud tagajärjed. Kuigi abstraktsete ohudeliktide korral avaldub kogu ebaõigus teos, siis loobumisele vastava regulatsiooni kohaldamise alus on vältida õigushüvede kahjustamist. Siinse töö autor on seisukohal, et U. Berzi käsitus ei arvesta siiski kõiki abstraktsete ohudeliktide karistamisväärsuse aluseks olevaid aspekte, mis eristab nimetatud deliktitüüpi süüteokatselt. Abstraktsete ohudeliktide korral on oluline, et neid tegusid hinnataks karistatavaks võimaliku ohtlikkuse kaudu: teo kontrollimatus ja ettemääramatus tõttu võivad õigushüved sattuda ohtu (või vähemalt on loodud selleks võimalus), mille tõttu pole tagatud tingimused, mis kindlustaksid õigushüvede kaitse. Sellele asjaolule U. Berz tähelepanu ei pööra, vaid lähtub üksnes asjaolust, et õigushüve on jäänud kahjustamata.

U. Kindhäuseri käsitleluses on toimepanija hilisem õigushüve kaitsev tegevus püütud siduda abstraktsete ohudeliktide karistamisväärsusega. Kahju on abstraktsete ohudeliktide korral hüpoteetiline, kuid on rünnatud iseseisvat väärtust – kindluskorda (sks *Sicherheitsbedingungen*). Tegevkahetsuse sätete kohaldamine on põhjendatud juhul, kui on võimalik kompenseerida kindlustuskorra kahjustamine. Tegevkahetsus on välistatud, kui karistatav on tegu, mille edasise kulgemise kohta puudub toimepanijal kontroll, nagu alkoholi joobes sõiduki juhtimisel. Samuti ei ole põhjendatud kohaldada tegevkahetsuse sätteid teodeliktidele, millega on kognitiivset kindluskorda rikutud ja toimepanija oma panust hiljem tagasi võtta ei saa.⁵⁷⁸

Tegevkahetsuse sätete kohaldamine on U. Kindhäuseri kontseptsiooni kohaselt põhjendatud juhtudel, kui teo kahjulik mõju avaldub eelkõige tulevikus ning pärast koosseisupärase teo toimepanemist on veel võimalik ära hoida õigushüve kahjustust ja taastada usk õigusnormide kehtivusse. U. Kindhäuser kasutab võrdlust süüteokatselt loobumise konstruktsiooniga, hinnates, mida toimepanija on teinud ja millised on veel tema võimalused, et vältida kahjulike mõjude avaldumist. Nii on see U. Kindhäuseri kohaselt võimalik Saksa karistusseadustiku järgi plahvatuse või ioniseeriva kiirguse levitamise ettevalmistamisel (StGB § 310) kui ka kuritegeliku ühenduse loomisel (StGB § 129). Nende koosseisude kahjulik mõju avaldub alles pärast tegude toimepanemist ja toimepanijal on võimalik ära muuta nii tema loodud tingimused kui ka võimalike kahjulike mõjude saabumine. Järelikult tuleb U. Kindhäuseri käsitleluse kohaselt

⁵⁷⁷ U. Berz, lk 118–125.

⁵⁷⁸ U. Kindhäuser, lk 346.

hinnata konkreetse abstraktse ohudelikti ohtlikkuse avaldumist, mille alusel on võimalik kindlaks teha, kas veel on võimalik võtta tagasi teoga loodud mõjusid.⁵⁷⁹ Seda asjaolu tuleb tuvastada, arvestades konkreetset koosseisu ja võimalikku ohu avaldumise vormi.

U. Kindhäuseriga tuleb nõustuda, et ohudeliktides avalduv ohtlikkus on erinev ja õigushüve kaitsmisele suunatud tegudel on erinev kaal, mistõttu mõningatel juhtudel on loobumisele sarnaste õigusjärelmite ettenägemine põhjendatud.

Siinse töö autor on arvamisel, et võrdlus süüteokatset loobumise regulatsiooniga on põhjendatud, kuna mõlemal juhul on tegemist etteheitega isiku teole, millega ei kaasne materiaalsele kuriteokoosseisule omast tagajärge, samuti võib mõlema korral olla tegemist kuritegeliku eeltegevusega, kui toimepanija hoiab ära õigushüve kahjustamise. Erinevus tuleneb süüteokatse ja abstraktsete ohudeliktide erinevast karistamisväärsusest ja sellest lähtudes ka isesugusest tähendusest õigushüve kaitsvale teole. Abstraktsete ohudeliktide korral saab vältida õigushüve kahjustamist, mis ei ole koosseisutunnus, kuid mille kaitse tagamine on normi eesmärk. Lisaks avaldub abstraktsete ohudeliktide kahjulikkus veel põhjendamatute riskide ja ohtlike tingimuste loomises, mille üle võib toimepanijal puududa kontroll ja mis võivad kaasa tuua õigushüve kahjustamise. Nimetatud aspektist avaldub õigushüve kaitsmisele suunatud teo eripära võrrelduna süüteokatsega, millest lähtuvalt abstraktsete ohudeliktide karistamisväärsust pole üldjuhul võimalik õigushüve kahjustamise vältimisele suunatud teoga ära muuta.

Mõningate eriosaliste ettevalmistamise koosseisude korral, mis on suunatud kuriteo toimepanemiseks erivahendite või muude tingimuste loomisele (nt vale-raha tegemine või arvutikuriteo ettevalmistamine), võib väita, et nimetatud panuseid saab tagasi võtta, ometi püsib nende hävitamise või kõrvaldamiseni risk, et ühiskondlikku ellu võivad sattuda lubamatud objektid, milles seisnebki nende tegude eraldiseisev ebaõigus. Lähtuvalt eeltoodust ei saa teha automaatselt järeldust, et ettevalmistusdeliktide puhul oleks alati põhjendatud süüteokatsest loobumisele samaväärsed tagajärjed, ent samas ei saa väita, et see oleks alati välistatud. Saksa karistusseadustiku §-s 149 on sätestatud vastutus raha ja märkide võltsimise eest, sama sätte kohaselt, kui isik vabatahtlikult loobub kuritegeliku tegevuse jätkamisest ja hävitab enda poolt ettevalmistamisstaadiumis loodud panuse või annab õiguskaitseorganitele teada nende olemasolust, isikut ei karistata. Järelikult on Saksa karistusseadustiku kohaselt ette nähtud täpselt samasugused õiguslikud tagajärjed kui süüteokatsest loobumiselgi. Siinse töö autor on seisukohal, et ettevalmistamisdeliktide puhul ei piisa süüteokatsest loobumisega samaväärsete tagajärgede ettenägemiseks üksnes asjaolust, et õigushüve ei kahjustatud, vaid lisaks tuleb hinnata, kas sündmuste areng on toimepanija kontrolli all ning kas spetsiifiline ettevalmistamisdeliktiga loodud ebaõigus on äramuudetav. Juhul kui nimetatud tingimused on täidetud, on põhjendatud ka loobumisele samaväärsete õiguslike tagajärgede ettenägemine. Selliseks näiteks võiks olla KarS-i § 340 (raha, pangakaardi ja muu maksevahendi,

⁵⁷⁹ U. Kindhäuser, lk 346–347.

väärtpaberi, maksumärgi ning proovijärelevalve märgise võltsimise ettevalmistamine). Näiteks on A hankinud endale koopiaamasina raha võltsimise eesmärgil ning hoiab seda valvega korteris, kuid järgmisel päeval pärast koopiaamasina ostmist mõtles toimepanija ümber ja müüs selle maha. Sellisel juhul õigushüve avalik usaldus veel rikutud ei ole. Samuti on sündmuste areng toimepanija kontrolli all ning tal on olnud võimalik otsustada, kas ja mida ta koopiaamasinaga edasi teeb. Oluline on märkida, et koopiamasin iseenesest on õiguskäibes lubatud objekt, mistõttu sellega spetsiifilist ebaõigust ei ole loodud. Järelikult on toimepanijal täielikul määral võimalik oma teo panus neutraliseerida. Sellisel juhul täidetud samad eeldused kui süüteokatsest loobumisel ning on põhjendatud kohaldada samaväärseid õiguslikke tagajärgi.

Lisaks võib veel välja tuua nn organisatsioonideliktid, mille korral on koosseisu realiseerimiseks vaja mitut isikut, näiteks KarS-i § 255 (kuritegelik ühendus), KarS-i § 237¹ (terroristlik ühendus). Neid iseloomustab mitme isiku koostegutsemine ning nende teo panuste läbipõimumine, mille tulemusena moodustub iseseisev ohtlikkuse kvaliteet. Selliste deliktide korral on toimepanijal eelkõige võimalik loobuda oma edasisest kuritegelikust tegevusest, kuid eelnevat panust tagasi võtta või neutraliseerida ei ole sageli võimalik. Samuti võib väita, et mõlema teo korral on õigushüve juba kahjustatud, sest nii kuritegeliku kui ka terroristliku ühenduse eksistents kui niisugune riivab avalikkuse julgeolekutunnet ja riigi julgeolekut.⁵⁸⁰

Järelikult ei ole abstraktsete ohudeliktide korral võimalik igal juhul väita, et täidetud oleksid samad eeldused kui süüteokatsest loobumisel, mille puhul neutraliseerib loobumistegu eelnenud panuse, ja on taastatud usk õigusnormidesse. Abstraktsete ohudeliktide korral tuleb hinnata toimepanija tegu, mis on suunatud õigushüve kahjustamise ärahoidmisele ning tuvastada, kas õigushüve on jäänud kahjustamata ning, kas sündmuste areng on toimepanija kontrolli all olnud ning tal on võimalik olnud neutraliseerida ohudelikti realiseerimisega antud panust. Nimetatud seisukohta kinnitab ka Saksa kohtupraktika, mille kohaselt analoogia rakendamine tegevkahetsuse sätete osas ei ole reeglina põhjendatud.⁵⁸¹ Juhul kui süüteokatsest loobumise eeldused on abstrakse ohtudelikti korral õigushüve kahjustamise vältimisele suunatud teo puhul täidetud, s.t õigushüve ei ole kahjustatud ning õigushüve kahjustamise vältimine oli toimepanija teo tulemus, mitte juhus, siis on põhjendatud loobumisele võimalikult sarnaste tagajärgede ettenägemine, sest vastupidisel juhul jõutaks isikute ebavõrdse kohtlemiseni.

⁵⁸⁰ J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik, § 255/1.2.

⁵⁸¹ C. Fedders, lk 60.

5.4. Ettevõtmisdelikt

5.4.1. Ettevõtmisdelikti karistamisväärsus ja võrdlus süüteokatsega

Ettevõtmisdeliktideks (sks *Unternehmensdelikte*) nimetatakse koosseise, mille korral süüteokatse on võrdsustatud süüteo lõpuleviimisega.⁵⁸² Saksa karistusseadustiku § 11 p-s 6 on antud ettevõtmisdelikti legaalseadustik, mille kohaselt tähendab ettevõtmine nii süüteokatset kui ka selle lõpuleviimist. Kui sisult võivad ettevõtmisdeliktide koosseisudele vastavad teod täita nii süüteokatse kui ka süüteo lõpuleviimise tunnuseid, on karistusseadustiku tähenduses mõlemal juhul tegemist lõpuleviidud teoga.

Saksa erialakirjanduses eristatakse ehtsaid ja mitteehtsaid ettevõtmisdelikte. Ehtsad ettevõtmisdeliktid on sellised, mille koosseisu kirjeldamisel on kasutatud väljendit „ette võtma”, näiteks riigireetmine Saksa karistusseadustiku §-s 81. Riigireetmise koosseisu ei täida üksnes isik, kes on kahjustanud Saksa riigi terviklikkust, vaid ka see isik, kes on toime pannud Saksa riigi terviklikkuse kahjustamisele suunatud teo ehk sisu poolest selle katse. Järelikult hõlmab õiguslik lõpuleviimine ettevõtmisdeliktide korral kahte käitumist: käitumist, mille korral on toimepanija realiseerinud koosseisus kirjeldatud asjaolud, ning samuti tegusid, mis on üksnes suunatud nimetatud koosseisu realiseerimisele. Seejuures, milline käitumine ettevõtmise kontekstis vastab sisult katsele ja milline lõpuleviimisele, tuleneb konkreetse sätte sõnastuse tõlgendusest, kuid seejuures tuleb arvestada, et mõlema alternatiivi realiseerimisel on ühesugune õiguslik tähendus – tegemist on lõpuleviidud teoga.⁵⁸³

Mitteehtsate ettevõtmisdeliktide korral ei ole kasutatud väljendit „ette võtma”, kuid teo kirjeldamiseks kasutatud tegusõnad aitavad jõuda arusaamisele, et katse on võrdsustatud lõpuleviimisega ja täidab süüteokoosseisu kui lõpuleviidud delikt. Selle näitena võib tuua karistuse salaküttimise eest Saksa karistusseadustiku § 292 kohaselt, mis kehtestab karistuse sellele, kes võõrast jahiõigust rikkudes metsloomi jälitab, püüab, surmab või enda kasuks pöörab. Võimalike tegude kirjeldustest on selgesti näha, et püüdmise ja surmamise all mõeldakse jahiõiguse rikkumist, jälitamise all peetakse aga silmas tegevust, mis on suunatud püüdmisele või tapmisele, ning sisult tähendavad tapmiskatset.⁵⁸⁴ Mitteehtsate ettevõtmisdeliktidenäitena võib mõista koosseise, mille kirjeldamisel ei ole väljendit „ettevõtmine” küll kasutatud, kuid sõnastustest tuleneb, et lõpuleviimiseks piisab ka üksnes teatud teo sooritamise, millega võib kaasneda kahjulik tagajärg, kuid koosseisu täitmiseks ei ole see vajalik.⁵⁸⁵

Eesti karistusseadustik ettevõtmisdelikti legaalseadustik ei anna, mistõttu ei ole võimalik neid sõna „ettevõtmine” abil tuvastada. Õiguskirjanduses on kasutusel mõiste „iteratiivne delikt”, mida on defineeritud kui koosseisu, mis

⁵⁸² W. Joecks, K. Miebach, § 11/83.

⁵⁸³ U. Berz, lk 130–131.

⁵⁸⁴ E. Samson, lk 255–257.

⁵⁸⁵ U. Weber, lk 16.

hõlmab nii ettevalmistamise, katse kui ka lõpuleviimise.⁵⁸⁶ Järelikult vastab see sisult Saksa õiguskorras kasutatavale ettevõtmisdelikti mõistele, sest on võrdsustatud vastutus süüteo katse ja kuriteo lõpuleviimise eest. Ettevõtmisdelikti näideteks on altkäemaksu võtmine KarS §-s 294, mille kohaselt on karistatavana võrdsustatud nii vara ja soodustuse lubamisega nõustumine kui ka vastu võtmine. Samuti on riigireetmise (KarS § 232) puhul karistatav nii vastava informatsiooni kogumine üleandmise eesmärgil kui ka üleandmine.

Järelikult, kui määrata koosseis ettevõtmisdeliktina, on oluline, et sõnastuses on katse võrdsustatud lõpuleviimisega, s.t nii sisult katsestaadiumile vastav tegu kui ka sisu poolest lõpuleviidud teo tunnustele vastav tegu on etteheidetavad ühe ja sama eriosa koosseisu ja samasuguse sanktsiooni alusel. Mõlema teo alternatiivi realiseerimine, nii katse kui ka lõpuleviimise tunnustele vastav tegu, on etteheidetav lõpuleviidud teona.

Eespool toodu alusel saab väita, et ettevõtmisdeliktide korral piisab lõpuleviimiseks teost, millel on tagajärje saabumise tendents, ilma et õigushüve reaalselt kahjustataks. Nimetatud aspektist sarnanevad ettevõtmisdeliktid kavatsusdeliktide ja ettevalmistusdeliktidega. Siiski on viimased ettevõtmisdeliktidest erinevad. Ettevalmistusdeliktidega on karistatav kuritegelik eeltegevus, mis jääb väljapoole katsestaadiumi ja seega ka ettevõtmisdeliktide rakendusala.⁵⁸⁷ Ettevalmistusdeliktidele karistusraamade ettenägemisel on arvestatud ettevalmistava teo eripäraga ning üldjuhul on eraldi koosseis, milles on ette nähtud vastutus sama teo katse ja lõpuleviimise eest. Eespool nimetatud eripära kehtib ka ohudeliktide ja nende eest ettenähtud karistuste korral, sest olemuselt võib ettevalmistusdeliktid üldjuhul liigitada abstraktsete ohudeliktide alla. Ettevõtmisdeliktide korral võrdsustatakse kuritegelik eeltegevus lõpuleviimisega, sest mõlema teo alternatiivi eest on ette nähtud karistus samaväärse rangusega ning ei eristata, et ühel juhul võib tegemist olla üksnes kuritegeliku eeltegevusega.⁵⁸⁸ Siin tuleb esile erinevus ohudeliktidega, mille korral on karistus kergem kui koosseisude eest, mis näevad ette kahjustamise.

Ettevõtmisdeliktid sarnanevad üleulatuva sisetendentsiga deliktidega, sest need on määratud lõpuleviiduks, kui toimepanija tegutseb teatud eesmärgi suunas.⁵⁸⁹ Nimetatud aspektist sarnanevad ettevõtmisdeliktid tõesti üleulatuva sisetendentsiga deliktidega, kuid lisaks tuleb arvestada, et ettevõtmisdeliktide korral on nii teo ja tagajärje realiseerimine kui ka sellele suunatud tegevus võrdselt karistamisväärsed. Samas võib üleulatuva sisetendentsiga delikti korral eraldi olla kriminaliseeritud tegu, millele toimepanija tahtlus on suunatud. Nii on KarS § 333¹ alusel karistatav raha võltsimise kasutamise eesmärgil ja KarS § 334 järgi on karistatav võltsitud raha kasutamine. Samuti on oluline, et nende tegude

⁵⁸⁶ J. Sootak. Karistusõigus, lk 235

⁵⁸⁷ U. Weber, lk 13–15.

⁵⁸⁸ H. Schröder. Unternehmensdelikte. – Tübinger Festschrift für Eduard Kern. Tübingen: Mohr 1968, lk 457.

⁵⁸⁹ M. Saal. Das Vortäuschen einer Straftat (§ 145 d StGB) als abstraktes Gefährdungsdelikte. Berlin: Duncker und Humblot 1997, lk 49.

korral võivad olla ette nähtud erinevad sanktsioonimäärad, millest lähtudes on nende karistatavus ette nähtud eri paragrahvides.

Ettevõtmisdeliktide kui eraldi koosseisutüübi vajadust on argumenteeritud kriminaalpoliitiliste kaalutlustega. Nimetatud konstruktsiooni loomise aluseks oli riigireetmine: leiti, et pole põhjendatud siduda lõpuleviimine tagajärje realiseerimisega, kuna see võib muuta nimetatud sätte kohaldamise ebaefektiivseks, piirates õiguskaitseorganite võimalusi sekkuda ja isik vastutusele võtta. Õiguskirjanduses on seda kriminaalpoliitilist seisukohta kritiseeritud, sest sellisel viisil karistatuse põhjendamine võib teo lõpuleviimine nihutamise viia meelevaldselt ettepoole.⁵⁹⁰

Õigusedogmaatiliselt on erialakirjanduses ettevõtmisdelikte kui eri tüüpi ebaõiguse etteheitmist põhjendatud eelkõige kahe argumendiga.⁵⁹¹ Esiteks on nende korral toimepanija juba katsestaadiumis kaotanud kontrolli sündmuste edasise kulgemise, s.t tagajärje saabumise või mittesaabumise üle. Teiseks on ettevõtmisdeliktide korral õigushüve juba katsestaadiumis reaalselt kahjustatud. Nii on altkäemaksu korral muu soodustuse või vara vastuvõtmisega nõustumisel ametnik rikkunud usaldussuhet.⁵⁹² Eespool toodu alusel on leitud, et nendes tegudes avalduva ebaõiguse ja ohtlikkuse tõttu on põhjendatud võrdsustada süüteo katse süüteo lõpuleviimisega. Samaväärselt on karistamisväärsed nii tegu, mis suunatud teatud eesmärgi saavutamisele, kui ka selle teo vahetu toimepanemine. Oluline on veel märkida, et nii Eesti kui Saksa karistusseadustiku kohaselt on võimalik ettevõtmisdelikti katse.

Järelikult, erinevalt süüteo katse karistamisväärsusest, mis on määratud eelkõige subjektiivse tunnuse kaudu ja lisaks normatiivsete ootuste rikkumise kaudu, on ettevõtmisdeliktide korral rõhuasetus objektiivsetel tunnustel: õigushüve kahjustamine ja teo edasise kulgemise kontrollimatus.

5.4.2. Ettevõtmisdelikt ja süüteo katsest loobumise regulatsioon

Süüteo katsest loobumise regulatsiooni kohaldatavuse küsimus tekib, kui toimepanija on realiseerinud koosseisu ettevõtmise vormis, mis võib vastata katse delikti tunnustele, st toime on pandud vahetult koosseisu realiseerimisele suunatud teo. Siiski võib see olla tähtis ka ettevõtmisdelikti lõpuleviidud alternatiivi korral, kui ei ole nõutud kaitstava objekti vahetu kahjustamine, vaid ainult oht õigushüvele.⁵⁹³

Erialakirjanduses on esile toodud, et süüteo katsest loobumise regulatsiooni vahetu kohaldamine ettevõtmisdeliktidele on välistatud, sest tegemist on eriosa tähenduses lõpuleviidud tegudega. Seadusandja on valinud konkreetse teo kriminaliseerimiseks eriosa ettevõtmisdelikti koosseisu, mitte aga üldosa sätte katse kohta, välistades süüteo katse ja loobumisregulatsiooni kohaldatavuse ette-

⁵⁹⁰ W. Joecks, K. Miebach, § 11/110.

⁵⁹¹ U. Weber, lk 9–13.

⁵⁹² U. Weber, lk 12.

⁵⁹³ U. Berz, lk 141–143.

võtmisdeliktidele.⁵⁹⁴ Nimetatud seisukohta on Riigikohus väljendanud lahendis RKKKo 3-1-1-10-09, mille p-s 24 on märgitud, et kuna täideviija realiseeris ühe KarS §-s 294 kirjeldatud käitumisalternatiivi, s.o nõustus altkäemaksu lubamisega, on alust rääkida juba lõpuleviidud süüteost. Riigikohtu seisukoha järgi ei saanud täideviija hilisem otsus altkäemaksu võtmisest loobuda mõjutada süüdlase käitumisele antavat karistusõiguslikku hinnangut, sest KarS § 40 kohaselt on kuriteost loobumine võimalik vaid süüteokatse, mitte aga juba lõpuleviidud süüteo korral. Altkäemaksu korral on tegu lõpule viidud juba vara lubamisega nõustumisega ja asjaolu, et toimepanija võtab oma nõusoleku tagasi ega võta vara vastu, ei mõjuta koosseisu realiseerimist.

Kui eeltoodud seisukoha alusel on süüteokatsest loobumise regulatsiooni kohaldatavus välistatud formaalsetel põhjustel, siis edasi tekib küsimus, kas oleks põhjust kohaldada süüteokatsest loobumist sisulistel kriteeriumitel, s.t kui esinevad samad alused, mis tingisid toimepanijale karistusõigusliku etteheite välistamise süüteokatsest loobumisel.

Kuna on võimalus, et toimepanija panuse tõttu on ära hoitud õigushüve kahjustamine, siis on erialakirjanduses leitud, et sellisel juhul on tegemist kvaasi süüteokatsest loobumisega, mis peab kajastuma toimepanijale kohaldatavates õiguslikes tagajärgedes ning kuna tegemist on lõpuleviidud teoga, siis saavad need väljenduse leida üksnes tegevkahetsuse sätetes.⁵⁹⁵

U. Berz on veendumusel, et juhul kui toimepanija hoiab ettevõtmisdeliktide korral ära õigushüve kahjustamise, on põhjendatud ette näha loobumisega samaväärsed õiguslikud tagajärjed. Seejuures pole tähtis, kas õigushüve kahjustamise ärahoidmine on toimunud ettevõtmisdelikti alternatiivi ettevõtmine või lõpuleviidud korral. Nii kaua, kui õigushüve kahjustatud ei ole, on alust toimepanijale anda loobumisvõimalus, tagades õigushüvede lisakaitse.⁵⁹⁶

Sellisel juhul on jäetud arvestamata ettevõtmisdeliktide karistamisväärsuse eripära võrreldes süüteokatsega, mis omakorda mõjutab õigushüve kaitsmisele suunaud teole tähenduse andmist. Ettevõtmisdelikti karistamisväärsus põhineb asjaolul, et nimetatud teoga võib olla õigushüve kahjustatud, kuigi konkreetse objekti kahjustamiseni pole jõutud. Samuti võib olla tegemist olukorraga, mille kulgemise kulgemise üle toimepanijal kontroll puudub. Süüteokatse karistamisväärsus põhineb tegevusse rakendunud õigusvaenulikul tahtel, millega on tekitatud kõhklus normatiivsete ootuste suhtes.

Kirjanduses on väidetud, et kui ettevõtmisdeliktid hõlmavad katset, on igal juhul põhjendatud ette näha katsest loobumisega sarnane regulatsioon. Siiski esitatakse ka teistsugune arvamus, mille kohaselt tuleb igal konkreetsel juhul tuvastada, kas süüteokatsest loobumisega sarnase regulatsiooni ettenägemine on põhjendatud, arvestades ettevõtmisdeliktide karistamisväärsuse eripära ja õigushüve kaitsele suunatud teo tähendust.⁵⁹⁷

⁵⁹⁴ W. Joecks, K. Miebach, § 24/214.

⁵⁹⁵ J. Bülte, lk 574

⁵⁹⁶ U. Berz, lk 141–144.

⁵⁹⁷ U. Weber, lk 11–12.

sest, ettevõtmisdeliktide karistamisväärsus on erinev süüteokatselt. Samas ei pruugse nii olla. Juhul kui ettevõtmisdelikti puhul ei ole õigushüve kahjustatud ning sündmuste areng on toimepanija kontrolli all ning teopanus neutraliseeritud, on põhjendatud süüteokatselt loobumisele samaväärsete tagajärgede ettenägemine.

5.5. Vahekokkuvõtte kuritegelikust eeltegevusest ja loobumise regulatsioonist

Kuritegelikku eeltegevust iseloomustab, et kriminaliseeritud on käitumisakti ajalõik, mis on suunatud õigushüve kahjustamisele, kuid õigushüve tegeliku kahjustamiseni veel jõutud ei ole. Et määrata konkreetne tegu kuritegeliku eeltegevusena, on oluline, millise õigushüve kahjustamise aspektist seda hinnata. Nii on isikule tervisekahjustuse tekitamine kuritegelik eeltegevus tapmisele, moodustades iseseisva lõpuleviidud süüteokoosseisu. Tapmiskatse on käsitatav kuritegeliku eeltegevusena, sest seeläbi pole kahjustatud õigushüve, mille kaitsmiseks on koosseis konstrueeritud. Samas ei pea kuritegeliku eeltegevusega kaasnema õigushüve kahjustamist.

Karistusseadustikus on vastutus kuritegeliku eeltegevuse eest ette nähtud nii üldosa sätetes kui ka eriosa iseseisvates kuriteokoosseisudes. Otsus, kummal viisil tegu kriminaliseerida, peaks lähtuma ebaõiguse avaldumise erinevatest aspektidest. Üldosas kuritegeliku eeltegevuse etteheitmise aluseks peaks olema käitumisakt, mis on suunatud eriosa koosseisu realiseerimisele ja väljendub toimepanija tegevusse rakendunud negatiivses õigusmeelsuses. Eriosa koosseisude alusel tuleks kuritegelik eeltegevuse kriminaliseerida, kui lisaks eespool toodule avaldub veel spetsiifiline ebaõigus. See võib väljenduda suuremas kontrollimatuse aspektis kahjulike tagajärgede saabumise kohta, mille tulemusena on rikutud keskkonda, mis on vajalik õigushüvede säilimiseks, või sotsiaalkäibesse lubamatute esemete tegemises, mis omakorda võib kahjustada õigushüvede kaitsesfääri. Nii üldosas kui ka eriosas on kuritegeliku eeltegevuse kriminaliseerimise eesmärk vältida õigushüvede kahjustamist.

Kuritegeliku eeltegevuse staadiumis on võimalik, et toimepanija enne õigushüve kahjustamist mõtleb ümber ja hoiab ära õigushüve kahjustamise. Küsimuseks on, milline tähendus sellisele teole anda.

Oluline on märkida, et kriteeriumiks, millal karistusõiguslikult mitte reageerida ei ole üksnes õigushüve kahjustamata jätmise fakt. Karistusõiguse eesmärk on õigushüvede kaitse tagamine, kuid sellest ei järeldu, et juhul kui õigushüve kahjustatud ei ole, siis ei ole karistusõiguslik reageerimine põhjendatud. Karistusõiguse dogmaatikas on välja töötatud terve süsteem, millest lähtuvalt on põhjendatud ja vajalik karistusõiguslik sekkumine, kui õigushüve ei ole veel kahjustatud, kuid see on vajalik õigushüvede kaitseks. Lähtuvalt eeltoodust on vajalik kindlaks teha, mis on need kriteeriumid, mille puhul ja millises ulatuses on põhjendatud karistusõiguslikult mitte sekkuda, kui toimepanija on ületanud küll karistatava ja mittekaristatava käitumise piiri, kuid on ära hoidnud õigus-

hüve kahjustamise. Üheks selliseks aluseks on siinse töö autori seisukohalt süüteokatselt loobumine, mille kaudu on samuti püütud tagada täiendavat õigushüvede kaitse, kuid loobumist ei põhista üksnes õigushüve kahjustamise ärahoidmine. Järelikult tuleb nii üld- kui eriosalise eeltegevuse puhul analüüsida, kas on täidetud süüteokatselt loobumise eeldused ning samuti, kas on veel täiendavaid tingimusi, mille puhul ei ole karistusõiguslik sekkumine põhjendatud, kuid viimati nimetatut jääb väljapoole käesoleva töö uurimisprobleemi.

Süüteokatselt loobumine põhineb argumentatsioonil, et toimepanijal on võimalus kontrollida sündmuste arengut ja tagasi võtta oma panus, mis oli suunatud õigushüve kahjustamisele, näidates, et tema esialgne käitumine oli vale ja korrektne on järgida õigusnormi. Kui süüteokatsel on realiseeritud lisaks eraldi etteheidetav ebaõigus, siis selle eest toimepanija vastutab. Süüteokatselt loobumine karistusseadustiku üldosa tähenduses on seotud alati konkreetse eriosa koosseisuga, mis seab piirid loobumise võimalikkusele. Järelikult ei lähtu süüteokatselt loobumine üksnes seisukohast, et suurema kahjustuse ärahoidmine välistab toimepanija vastutuse väiksema kahjustuse eest, vaid loobumine on võimalik üksnes seni, kuni ebaõigust, mida konkreetse eriosa koosseisuga kaitsakse, saab veel neutraliseerida.

Kuivõrd kuritegelik eeltegevus karistusseadustiku üld- ja eriosas peaks olema kriminaliseeritud ebaõiguse avaldumise eri aspektide põhjal, ei saa süüteokatselt loobumist automaatselt üle kanda eriosalisele eeltegevusele, mille korral toimepanija hoiab ära õigushüve kahjustamise. Samas tuleb arvestada, et alati ei pruugi olla erisust karistamisväärsuse osas kuritegelikul eeltegevusel üld- ja eriosa tähenduses. Järelikult tuleb eriosas sätestatud eeltegevuse korral hinnata, milline tähendus on konkreetse koosseisu kontekstis teol, mis on suunatud sellele, et vältida õigushüve kahjustamist. Vajalik on kindlaks teha, kas on võimalik ära hoida eriosa koosseisuga kaitstav õigushüve kahjustamine, kas koosseisuline ebaõigus avaldub sündmuste arengu edaspidises kontrollimatuses ja mil määral on toimepanijal võimalus muuta oma teopanusest tulenevat negatiivset mõju. Süüteokatselt loobumise eelduste täidetuse korral, peaks kuritegeliku eeltegevuse puhul järgnema selle toimepannud isikule võimalikult sarnased õiguslikud tagajärjed kui süüteokatselt loobumisel. Eeltoodut nõuab juba isikute võrdse kohtlemise põhimõte, sest täidetud on samasugused tingimused. Lisaks tuleneb see ka karistusõiguse *ultima ratio* ja subsidiaarsuse põhimõttest. Nimelt on toimepanija näidanud oma panuse kaudu, et põhjendatud on järgida õigusnorme ning tema teo tulemusena ei ole õigushüve kaitsesfäär ohustatud. Järelikult on toimepanija loonud oma teoga samaväärse seisundi, mida saaks teha karistusõigusliku reageerimise kaudu talle tegu ette heites ja teda karistades. Arvestades, et Eesti karistusseadustiku järgi välistab loobumine süü, siis lõpuleviidud teo puhul see nii olla ei saa, vaid võimalik on tegevkahetsuse kohaldamine, mille tagajärjeks võib olla mittekaristamine. Järelikult on Eesti karistusseadustiku puhul põhjendatud luua regulatsioon eriosalise eeltegevuse jaoks, kui toimepanija hoiab ära õigushüve kahjustamise ning täidetud on muud loobumise tingimused.

Kui kõik süüteokatses loobumise eeldused pole täidetud, ei ole küll põhjendatud süüteokatses loobumisele samaväärsete õiguslike tagajärgede ettenägemine, kuid toimepanija panust käituda kooskõlas õigusnormiga tuleb arvestada, eriti veel juhul, kui ei ole kaasnenud õigushüvede kahjustamist. Sellisel juhul tuleb hinnata, millisel määral on karistusõiguslik reageerimine vajalik *ultima ratio* ning subsidiaarsuse põhimõttest lähtuvalt.

Samas ka õigushüve kahjustamise fakt ei pea välistama tegevkahetsuse regulatsiooni kohaldamist. Eriti arvestades, et õigushüvedel võivad olla lisaks individuaalsetele ka kollektiivsed väärtused, mis sageli on sõnastatud ohustatuse määra lubamatu ületamise kaudu, nagu näiteks liiklusohutuse ja avaliku julgeoleku puhul. Need õigushüved on küll väärtused omaette, sest tagavad turvalise elukeskkonna, kuid siiski tuleb arvestada, et lisaks on nende eesmärk vältida konkreetsete kahjustuste tekkimist elule, tervisele või varale. Järelikult kahjustatakse koosseisu realiseerimisega konkreetset õigushüve, samas on koosseisu eesmärk veel täiendava õigushüve kaitsmine. Mõningatel juhtudel võibki olla kõige efektiivsem täiendava õigushüve kahjustamist ära hoida toimepanija teo kaudu. Samas on sel juhul kahjustatud koosseisuga kaitstavat õigushüve ja süüteokatses loobumise eeldused ei ole täidetud. Konkreetse kahjustuse vältimist ärahoidvale teole on suurema tähenduse andmine kui kergendav asjaolu karistuse mõistmisel põhjendatud järgmistel kaalutlustel:

- 1) kriminaalpoliitiliselt on tagatud õigushüvede võimalikult efektiivne kaitse, sest sageli on toimepanija see, kel on head võimalused edasine kahjustamine ära hoida. Nimetatu võib avalduda näiteks ohtlike esemete üleandmises õiguskaitseorganitele, samuti kuritegeliku ühenduse plaanide avalikustamises või koguni nende nurjamises;
- 2) sellisel juhul on vähenenud toimepanija süü ja karistuseesmärgid on vähemalt osaliselt realiseerunud.

Järelikult on põhjendatud töötada välja regulatsioon, millest nähtuks, arvestades konkreetsetes koosseisus avalduvat ebaõigust, milline peaks olema toimepanija panus, et oleks alust kohaldada tegevkahetsust. See võib väljenduda nii karistuse kergendamises kui ka karistusest vabastamises ning mittekaristamises. Saksa õiguskirjanduses on rõhutatud tegevkahetsuse sätete kohaldamise vajalikkust võimalike kahjude ärahoidmise ja heastamise aspektist ning samuti menetluskaalutlustel, eriti just raskete kuritegude, eelkõige terrorismi ja organiseeritud kuritegevuse korral.⁶⁰¹ Samuti on Saksamaa Liidukohtu otsuses välja toodud, et juhul kui lõpuleviidud teo puhul ei ole võimalik rakendada süüteokatses loobumise regulatsiooni, siis on põhjendatud kohaldada tegevkahetsuse sätteid viidates nii õigushüvedele täiendava kaitse andmisele kui ka kannatanu huvidega arvestamisele.⁶⁰² Järelikult annab süüteokatses loobumine esmased tingimused, millal on põhjendatud arvestada toimepanija õigushüve kahjustamise vältimisele suunatud tegu. Juhul kui eriosalise eeltegevuse puhul on toime-

⁶⁰¹ A. Schönke, H. Schröder, § 24/49, § 24/116.

⁶⁰² BGH otsus 01.12.2015 – 4 StR 390/15 – NJW 1667-1670.

panija õigushüve kaitsva teoga täidetud samad eeldused kui loobumise puhul, tuleb kohaldada ka samaväärseid tagajärgi. Samas on tegevkahetsuse regulatsiooni võimalik kohaldada laiemalt ning see ei ole piiratud üksnes loobumise tingimustega, vaid võib arvestada täiendavaid kriminaalpoliitilisi eesmärke.

Vastuväitena tegevkahetsuse lisaregulatsioonile võib esile tuua asjaolu, et nimetatud eesmärgid on tagatud juba menetlusõiguslike meetmetega KrMS-i §-des 202–205¹, mis näevad ette menetluse lõpetamise alused, kui on täidetud koosseisupärase, õigusvastase ja süüalise teo tunnused. Seejuures need alused osaliselt kattuvad toimepanija mittekaristamise või karistuse kergendamise alustega, milleks on süü vähenemine ja karistuseesmärkide täidetus. Lisaks on kriminaalmenetluse seadustikus toodud veel ka täiendavaid alused lõpetamiseks. Samas sõltub menetlusõiguslike meetmete rakendamine menetleja diskretsiooniotsusest ja puudub alus nõuda nimetatud regulatsiooni kohaldamist. Järelikult on menetlusõiguslikud meetmed lisavahendid, et reageerida teole, mis on suunatud õigushüve kahjustamise ärahoidmisele. Need ei saa asendada materiaalõiguslikku regulatsiooni, mille puhul peaks olema selgelt väljendatud õigushüve kahjustamise vältimisele suunatud teole antav tähendus.

Kokkuvõtvalt võib väita, et süüteokatsest loobumisel ja eriosas sätestatud kuritegeliku eeltegevuse korral ei ole vajalik õigushüve kaitsmisele suunatud teole igal juhul ette näha samaväärsed õiguslikud tagajärjed, kuivõrd need olukorrad ei ole identsed. Siiski on oluline, et toimepanija õigushüve kaitsvale teole tuleb anda konkreetne tähendus, kui talle tehakse etteheide. Lähtudes süüteokatsest loobumise regulatsioonist on vajalik arvestada toimepanija panust õigushüve kahjustamist ärahoidvasse tegevusse, võttes aluseks õigushüve kahjustamise vältimise, teo kontrolli all hoidmise ja teopanuse neutraliseerimise võimaluse.

Järelikult tuleb analüüsida konkreetset kuriteokoosseisu ning hinnata, milline tähendus saab olla toimepanija õigushüve kaitsele suunatud teol. Sümmeetria toimepanijale kohaldatavates õiguslikes tagajärgedes on põhjendatud üksnes juhul, kui täidetud on samad eeldused kui süüteokatsest loobumisel.⁶⁰³ Süüteokatsest loobumise regulatsiooni aluseks võtmine peaks andma süsteemse lahenduse, et ühtede ja samade eelduste korral rakendataks samaväärseid tagajärgi ja isikuid koheldaks võrdselt. Oluline on sisuliselt hinnata, kas toimepanija on täitnud süüteokatsest loobumise tingimused või mitte, määravaks ei saa aga olla asjaolu, kas tegu on karistatav eriosa või üldosa järgi.

Karistusõiguse esmane vahend õigushüvede kaitsmisel on karistamine, kuid teatud juhtudel võib õigushüvede kaitse olla paremini tagatud hoopis toimepanijale antud võimalusega karistusest pääsemiseks või selle kergendamisega ehk toimepanijale andestamisega. Karistusõiguslik ressurss on napp ja seda tuleb kohaldada üksnes juhtudel, kus viimase vahendi põhimõttest lähtudes enam teistmoodi reageerida ei saa. Kuna tänapäeva karistusõigus on toonud karistatavuse piiri võimalikult ettepoole ja karistusõiguse rakendamisel on lähtutud

⁶⁰³ C. Fedders, lk 26–27.

põhimõttest *prima ratio*, on tähtis, et karistusõiguslike järeلمite kohaldamisel tasakaalustaks seda *ultima ratio* põhimõte.

5.6. Eesti karistusseadustiku regulatsioon ja kuritegelik eeltegevus

Eesti karistusõiguses ei kohaldu süüteokatsest loobumise regulatsioon konkreetsetele ja abstraktsetele ohu deliktidele ega ettevõtmisdeliktidele, kui toimepanija on realiseerinud kõik eriosa koosseisulised asjaolud, kuid samas on toime pannud teo, millega on ära hoidnud õigushüve kahjustamise. Samuti puudub alus analoogia järgi kohaldada süüteokatsest loobumise regulatsiooni, sest tegemist on seadusandja teadliku valikuga, mis välistab analoogia kohaldamise. Samas tuleneb karistusõiguse teooriast, et sarnaste aspektide tõttu süüteokatsest loobumisega, peab see eelnimetatud deliktitüüpide korral kajastuma hinnangus toimepanija õigushüve kaitsmisele suunatud teole. Järgnevalt tuleb küsida, kas KarS-s väljendatud regulatsioon on õigusdogmaatiliselt põhjendatud, arvestades erinevate deliktitüüpide kriminaliseerimise aluseid ja õigushüve kaitsmisele suunatud teole antud tähendust.

KarS-i eriosas ei ole regulatsiooni konkreetse paragrahvi juures, millest nähtuks, kas ja millistel juhtudel ning mil määral on põhjendatud toimepanijale tehtava karistusõigusliku etteheite vähendamine või koguni välistamine. Saksa karistusseadustikus on tegevkahetsuse sätted kindlaks määratud konkreetsete eriosa koosseisude juures, kus on kirjeldatud, milles peab avalduma tegevkahetsusele vastav tegu delikti eripärast sõltuvalt. Nimetatud regulatsiooni tugevus on konkreetne määratletus, sest nähtub, millistel juhtumitel ning tingimustel see kohaldub. Samas ei anna Saksa õiguskirjandus kriteeriumi, millal on seadusandja eriosas sätestatud kuritegeliku eeltegevuse korral otsustanud ette näha tegevkahetsuse sätted ja millal mitte. Saksa regulatsiooni on samuti kritiseeritud, kuna selles ei ole üheselt arusaadav, miks osa juhtudel on seadusandja pidanud põhjendatuks rakendada tegevkahetsuse sätteid ja teistel juhtudel mitte. Saksa kõrgem kohus on seevastu arvamisel, et tegevkahetsuse sätete laiendatud kohaldamine analoogia alusel juhtumitele, mille kohta vastav regulatsioon puudub, ei ole põhjendatud.⁶⁰⁴

Eesti karistusõiguses on eespool toodud deliktitüüpide korral kasutatud toimepanija õigushüve kahjustamist vältivale tegevusele karistusõigusliku hinnangu andmiseks KarS-i §-s 60¹ sätestatud tegevkahetsuse regulatsiooni. Seoses nimetatud sättega tuleb lahendada kaks küsimust. Esiteks, millistele juhtudele kohaldub KarS-i § 60¹, ning teiseks, kas eelnimetatud deliktitüüpide korral on põhjendatud õigushüve kahjustamist vältivale teole oluliselt erineva hinnangu andmine, võrreldes süüteokatsega, mille järgi puudub toimepanijal süü. Tegevkahetsuse regulatsioon annab kohtule võimaluse toimepanija karistust kergendada või ta karistusest vabastada, mis tähendab, et erinevalt süüteokatsest

⁶⁰⁴ J. Bülte, lk 576.

loobumisega ei ole tegemist automaatse vastutuse piiranguga. Lisaks on oluline säte Eesti KrMS-i § 199 lg 1 p-s 7, mille kohaselt on kriminaalmenetlus välis-
tatud, kui tegemist on KarS-i §-des 414, 415, 418 ja 418¹ sätestatud kuritegu-
dega ning isik loovutab vabatahtlikult ebaseaduslikus valduses oleva tulirelva,
lõhkeaadeldise või selle olulise osa, laskemoona või lõhkeaine. Nimetatud
säte kohaselt on isiku teole, mis on pandud toime peale koosseisu realiseeri-
mist, kuid suunatud õigushüve kaitsele, antud kriminaalmenetlust välistav
täendus. Sisult on tegemist süüteokatsest loobumisele sarnase regulatsiooniga.
Nimetatud säte lisamist kriminaalmenetluse seadustikku on põhjendatud kui
võimalust suurendada riigi julgeolekut ja avalikku turvalisust, pannes isikule
võimaluse vabatahtlikult tulirelvade ja laskemoona loovutamisel vältida krimi-
naalmenetluse läbiviimist.⁶⁰⁵ Järelikult on leitud, et isiku vabatahtlik panus väl-
tida õigushüvede kahjustamist on tõhusam meede kui kriminaalkaristus. Samas
käsitleb nimetatud säte üksnes tulirelvi ja laskemoona, kuid ei ole kohaldatav
teiste tsiviilkäibes lubamatute objektide suhtes, nagu näiteks võltsitud raha,
ebaseaduslikud arvutiprogrammid jms.

5.6.1. Karistusseadustiku § 60¹ kohaldamisala

Eesti karistusseadustiku § 60¹ (edaspidi § 60¹) kohaldamise eeldus on
vabatahtlik loobumine teo edasisest toimepanemisest või ohu kõrvaldamine
muul viisil. Nimetatud regulatsioon kohaldub juhtudele, kui tegu on õiguslikult
lõpuleviidud, kuid faktiliselt jääb õigushüve kahjustamata või muul viisil oht
realiseerumata.⁶⁰⁶ Sättes ei ole kindlaks määratud, milles täpselt peaks aval-
duma toimepanija tegu, nt kuriteo toimepanemise vahendi hävitamises, loovuta-
mises või oma panuse tagasivõtmises, vaid piisab igast edaspidist ohtu ära-
hoidvast teost, olenemata selle iseloomust. Tegu võib seisneda nii edasises
passiivseks jäämises kui ka aktiivses tegevuses, oluline on vaid asjaolu, et
toimepanija ohu likvideeriks ja teeks seda vabatahtlikult. Järelikult on § 60¹
sättes kirjas samasugused eeldused kui süüteokatsest loobumise korral, mis toob
veelkord esile, et tegemist on samast kontseptsioonist lähtuva eeldusega toime-
panija käitumisele hinnangu andmisel. Süüteokatsest loobumine on sõnastatud
tagajärje ärahoidmise kaudu, tegevkahetsus ohu likvideerimise kaudu.

Eelnõu seletuskirjas on § 60¹ põhjendusena märgitud, et nimetatud säte loob
erireegli faktilisele loobumisele, st võimaluse tunnustada õigushüve kahjusta-
mata jätmise eest, kuigi karistusseadustiku tähenduses on tegemist lõpuleviidud
teoga.⁶⁰⁷ Seega, kui seletuskirjas on nimetatud säte kohaldamisala seotud õigus-
hüve kahjustamise vältimisega, siis seaduse tekstis õigushüve kahjustamist mai-
nitud ei ole. Samas on ohu vältimine eelnev etapp õigushüve kahjustamisele ja

⁶⁰⁵ Eelnõu. 376 SE (riigikogu XII koosseis). – Arvutivõrgus: www.riigikogu.ee, lk 1 (vaa-
datud 03.05.2016).

⁶⁰⁶ J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik, § 60¹/1.

⁶⁰⁷ Eelnõu 554 SE (Riigikogu XII koosseis). – Arvutivõrgus: www.riigikogu.ee, lk 26 (vaa-
datud 03.05.2016).

järelikult on nimetatud olukorrad sättega hõlmatud. Seega grammatilise tõlgenduse alusel kohaldub § 60¹ igal juhul olukordadele, mille puhul õigushüve kahjustatud ei ole. Kuna § 60¹ koosseis on sõnastatud ohu, mitte õigushüve mõiste abil, laieneb nimetatud säte lisaks kõigile neile juhtudele, kui on veel akuutne oht õigushüvele ja toimepanijal on võimalus seda kõrvaldada. Seega pole sätte rakendamine piiratud üksnes juhtumitega, mille puhul õigushüve on kahjustamata, vaid piisab, kui kõrvaldatakse juba tekkinud oht õigushüvele, vältides seeläbi õigushüve jätkuvat või suuremat ohustamist ja kahjuliku tagajärje saabumist.

Teleoloogiliselt nimetatud sätet tõlgendades on eesmärgiks tagada õigushüvede täiendav kaitse ning vältida võimalike kahjulike tagajärgede realiseerumist. Paragrahvi 60¹, nagu süüteokatsest loobumise aluseks, on luua toimepanijale nn kuldne sild tagasipöördumiseks õigushüvesid kaitsvate tegude juurde, kuigi eriosa mõttes on realiseeritud lõpuleviidud koosseis, kuid reaalselt kahjulikku tagajärge ei ole realiseerinud. Järelikult on põhjendatud kohaldada § 60¹ kõigil neil juhtudel, kui õigushüve kahjustamine on ära hoitud. Siiski, teleoloogilise tõlgendamise kohaselt ei piirne nimetatud sätte rakendamine üksnes juhtudele, kui õigushüve ei ole kahjustatud. Võttes aluseks, et eesmärk on õigushüvede efektiivne kaitse, on § 60¹ põhjendatud kohaldada siis, kui hoitakse ära õigushüve edasine ohustamine, millega võib ära hoida edasise suurema kahju ning täiendava õigushüve kahjustamise. Nimetatud tõlgendust toetab ka süüteokatsest loobumise regulatsioon, mille eesmärk on tagada õigushüvedele lisakaitse toimepanija teo kaudu. Teisalt võib küsida, kus on see piir, et selle sätte kohaldamine on veel põhjendatud. Nii abstraktsete ja konkreetsete ohudeliktide kui ka ettevõtmiseliktide korral võib teatud juhtudel olla õigushüve kahjustatud ja nende koosseisuline tunnus ei ole konkreetse objekti kahjustamine, kuid nimetatud normide eesmärk on kaitsta konkreetset objekti kahjustamata jätmise eest. Järelikult nii kaua, kui hoitakse ära objekti reaalse kahjustamine või suur oht õigushüvele, on põhjendatud kohaldada § 60¹.

Süsteemaatilise tõlgendamise korral, võttes aluseks nii süüteokatsest loobumise regulatsiooni kui ka tagajärje ärahoidmise KarS-i § 57 lg 1 p 1 tähenduses, võib jõuda järeldamise tulemuseni. KarS-i § 57 lg 1 p 1 kohaldub juhul, kui toimepanija hoiab ära tagajärje, mis ei ole koosseisu tunnus või vähendab koosseisulise tagajärje negatiivset mõju. Järelikult ei kohaldu § 60¹ juhtumile, kus toimepanija varastab hoovist ratta ning paar minutit pärast hoovist väljumist mõtleb ümber ja viib ratta tagasi. Siin on tegemist KarS-i §-s 57 sätestatud kergendava asjaoluga, kuna isik on tagajärje realiseerinud ja tegemist on üksnes selle mõjude vähendamisega. Süüteokatsest loobumine KarS-i § 40 tähenduses on kohaldatav juhul, kui toimepanija hoiab ära süüteo lõpuleviimise. Loobumise ebaõnnestumisel, kui toimepanija ikkagi vähendas ohtlikkust, hoides ära tagajärje eskaleerumise (tervise edasise halvenemise, koosseisupärase kahju levimise jms), ei tule kohaldamisele § 60¹, sest ründeobjekti on vahetult kahjustatud. 60¹ eeldab teo edasisest toimepanemisest loobumist, kuid ei pea piisavaks tegevust pärast teo toimepanemist. Sellisel juhul võib tulla kohaldamisele KarS

§ 57 lg 1 p 1.⁶⁰⁸ Paragrahv 60¹ kohaldub neile juhtudele, mille korral eriosa koosseis ei nõua tagajärge kahjustusdelikti tähenduses, kuid samas võib jätkuda ohtlik mõju õigushüvele, mis võib viia kahjuliku tagajärjeni, kuid toimepanija oma teoga hoiab selle ära.

Eespool toodu alusel võib väita, et § 60¹ tuleb kohaldada siis, kui õigushüve ei ole kahjustatud, samuti kui toimepanija on vältinud edasist ohustamist. Õigushüve kahjustamine annab küll kriteeriumi selle sätte kohaldamiseks, kuid alati ei ole lihtne määratleda, kas tegemist on õigushüve kahjustamise või ohtu asetamisega. Seejuures ei ole vaidlus individuaalhüve, vaid eelkõige kollektiivsete õigushüvede üle, nagu avalik julgeolek jne, kuna puudub üksmeel, mille alusel neid määrata ja kui laialt tõlgendada. Selles avaldubki karistusõiguse dilemma: ühelt poolt püütakse süüteokoosseisud siduda õigushüvede kaitsmisega, piirates karistusõiguse ülemäärase sekkumise eest, teisalt ei ole konkreetset kriteeriumi, et tuvastada, millal on tegemist õigushüve kahjustamisega.

Järgmisena on küsimus, millistel juhtudel kohaldada § 60¹, kui õigushüve on kahjustatud, kuid samas on toimepanija kõrvaldanud ohu, hoides sellega ära õigushüve intensiivsema kahjustamise. Probleem ilmneb eelkõige vältavate deliktide korral, mil juba teo alustamisega on koosseis realiseeritud, samas õigushüve jätkuv kahjustamine toimub kogu koosseisu realiseerimise kestel. Sellised koosseisud on näiteks tulirelva ebaseaduslik käitlemine, sh hoidmine (KarS-i § 418), kuritegelikku ühendusse kuulumine (KarS-i § 255), joobes mootorsõiduki juhtimine (KarS-i § 424). Need koosseisud võivad realiseeruda eri vormides ja avaldada õigushüve kahjustamisele märkimisväärselt erisugust mõju.

Olukorra iseloomustamiseks kasutan RKKKo 3-1-1-146-03 analüüsitud juhtumit, mille asjaolud olid järgmised. E. H. istus joobes olekus tee juurde pargitud sõiduauto rooli, tagurdas umbes 2 meetrit parkimiskohalt välja ja sõitis seejärel parkimiskohale tagasi. Riigikohus on väljendanud seisukohta, et joobes juhtimine on lõpule viidud kohe, kui juht sõitu alustab. Juhtimise katse on üldjuhul võimalik vaid selles staadiumis, kus mootorsõidukit ei ole kohalt liigutatud, sest mootorsõiduki juhtimise mõistesse kuuluv sõidu mõiste (st ka korraks sõiduki liigutamine), koosseisu ei välista. Riigikohtu kriminaalkolleegiumi otsusest jäeldub, et sel juhul ei ole alust kohaldada süüteokatsest loobumise regulatsiooni. Kirjeldatud juhtumi lahendamisel § 60¹ ei kehtinud. Paragrahvi § 60¹ kohaldamisel on tähtis, et toimepanija on katkestanud nii süüteo edasise toimepanemise kui ka vältinud ohtu muul viisil, seda küll tähenduses, et oht õigushüvele on juba olemas. Toodud näites, kui toimepanija pärast sõidu alustamist ümber mõtleb, väldib ta edasist ohtu nii üldisele liiklusohutusele kui ka konkreetsete isikute elule, tervisele või varale, sest on oluline vahe, kas isik mõtleb ümber kohe pärast sõidu alustamist või otsustab sõita tunduvalt pikema vahemaa. Kuigi õigushüve edasine ohustamine välditakse, on juba juhtimise alustamisega liiklusohutus kui õigushüve kahjustatud. Asjaolu, et toimepanija juhtis sõidukit väga lühikest aega, näitab õigushüve kahjustamise

⁶⁰⁸ J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik, § 60¹/4.

kvantitatiivset mõõdet märkimisväärselt väiksena, kuid ei muuda õigushüve kahjustamist olematuks. Karistusseadustiku paragrahvi 60¹ puhul on oluline, kas õigushüve kahjustanud isik hoiab ära õigushüve edasise ohustamise ja kahjustamise, arvestades, et õigushüve kahjustamine seisnebki liiklusohutuse rikkumises, s.t ohtlikus olukorras. Lähtudes eespool toodust pole teatud juhtudel välistatud kohaldada ka § 60¹, mida kirjeldatud näite korral saaks põhjendada väitega, et kuigi õigushüve on kahjustatud, hoitakse ära õigushüve edasine kahjustamine ning võimalik suurema ohu tekkimine ja veel teistegi õigushüvede kahjustamine.

Siiski ei anna § 60¹ sõnastus reeglit, milline peab olema proportsioon juba loodud ohu ja ärahoitava ohu vahel. Nimetatud olukorda iseloomustab näide, kus toimepanija on kaks aastat kuulunud kuritegelikku ühendusse KarS-i § 255 järgi ning seejärel otsustanud, et ei soovi enam ühendusse kuuluda ja astub sellest välja, andes õiguskaitseasutustele teada ühenduse tegevusest ja selle liikmetest, et muuta kuritegeliku ühenduse edasine tegutsemine võimatuks. Kas võiks kohalduda §60¹? Õigushüve „avalik julgeolek” on kahjustatud juba kuritegelikku ühendusse kuulumisega, samas ühenduse edasist tegevust raskendades on ära hoitud edasine oht või märgatavalt seda vähendatud, sest kuni ühendus eksisteerib, on olemas ka potentsiaalne oht õigushüvedele. Näiteks Saksa karistusseadustiku § 129 näeb ette vastutuse kuritegeliku ühenduse loomise, sellesse kuulumise ja liikmete värbamise eest, kuid sama paragrahvi lõikes 6 on tegevkahetsuse sätted, mis näevad ette võimaluse toimepanija karistusest vabastada või karistust kergendada, kui ta on tõsimeeli püüdnud ära hoida kuriteo toimepanemist ühenduse poolt või teatanud kuritegelikust ühendusest ametivõimudele. Saksa õiguskirjanduses on tegevkahetsuse sätteid põhjendatud kriminaalpoliitiliste kaalutlustega anda võimalus vähendada nii kuritegelikust organisatsioonist tulenevat ohtu kui ka lihtsustada selle menetlemist.⁶⁰⁹

Siin võib küsida, kas § 60¹ kohaldub eespool toodud näite puhul. Eelkõige tekib küsimus, mida täpsemalt tähendab ohu kõrvaldamine: kas piisab igasugusest veel olemasoleva ohu likvideerimisest, arvestamata juba enne loodud ohtlikkust. Paragrahv § 60¹ ei täpsusta ärahoitava ohu seost juba loodud ohuga, kuid siiski peaks ilmnema, et seeläbi ärahoitud ohul on oluline tähendus õigushüve kahjustamise vältimisel. Antud näite puhul ei oleks seega määrav üksnes ajaline mõõde isiku kuulumise kohta kuritegelikku ühendusse, vaid ka tema teo tulemusena ärahoitud oht. Arvestades, et tegevkahetsuse kohaldamine on kohtu diskretsioon, peaks otsustamiskohaks olema, kas täiendava ohtlikkuse ja sellega seotud tagajärgede ärahoidmine kaalub üles juba loodud ohu.

Samuti on küsimus, kuidas mõista ohu likvideerimist, kui koosseisu eeldus on mitme isiku ühine osavõtt, st tegemist on konvergentsideliktiga, või isikud realiseerivad kaastäideviimise vormis karistusseadustiku eriosa sätte. Karistusseadustiku paragrahvide 43 ja 43¹ kohaselt piisab selleks, et süüteoaktsest loobuda juba toimepanija tõsimeelsest püüdmisest tagajärge vältida, olenemata kas reaalne tagajärg saabus või jäi saabumata temast sõltumatutel asjaoludel. Sama-

⁶⁰⁹ W. Joecks, K. Miebach, § 129/157.

suguse põhimõtte kohaldamine on põhjendatud samuti § 60¹ korral, kui toimepanija on võtnud tagasi enda vahetu panuse või on tõsimeelselt püüdnud ohtu likvideerida. Sellele tõlgendusele võib ka vastu vaielda, sest §-s 60¹ on märgitud ohu kõrvaldamine, mida mitme toimepanija korral võiks mõista, et kõrvaldada tuleb antud kuriteoga loodud oht ja kui see ei õnnestu, siis sätet ei kohaldata. Õigushüvede tõhusa kaitse aspektist on aga oluline luua toimepanijale stiimul ohtu likvideerimisele suunatud teoks. Mitme isiku tegu on sageli ühe isiku poolt täielikult kontrollimatu, mistõttu ei ole peetud vajalikuks KarS-i §-de 43 ja 43¹ järgi loobumisel nõuda tagajärje ärahoidmist.

5.6.2. Karistusseadustiku § 60¹ regulatsiooni põhjendatus

Veel on küsimus, kas karistusseadustiku § 60¹ (edaspidi § 60¹) regulatsioon on kooskõlas süüteokatest loobumisega KarS-i § 40 tähenduses, ettevalmistamisest loobumisega KarS-i § 43¹ tähenduses ja KarS-i § 57 lõikes 1 sätestatud karistust kergendava asjaoluga. Regulatsioonid peaksid moodustama süsteemi, mis näeb ette erinevad tagajärjed, kui toimepanija tegu on suunatud õigushüve kahjustamise vältimisele. KarS-i § 57 lg 1 p 1 puhul arvestatakse seda karistuse mõistmisel kergendava asjaoluna, § 60¹ kohaselt on võimalik toimepanija karistusest vabastada või mõista karistus alla alammäära ning § 40 kohaselt puudub toimepanija süü. Lisaks on veel § 43¹ loobumise kohta kuriteo ettevalmistamisel, mille puhul samuti on tagajärjeks toimepanijal süü puudumine.

Järelikult on nimetatud regulatsioonidel oluliselt erinevad õiguslikud tagajärjed. Süü puudumine tähendab, et toimepanijale ei ole alust tema poolt tekitatud ebaõigust ette heita ning alustatud kriminaalmenetlus kuulub lõpetamisele või ei tule seda KrMS-i § 199 lg 1 p 1 järgi üldse alustada. Paragrahvi 60¹ saab kohaldada üksnes kohus ning sellele eelneb toimepanija süüdimõistmine, samuti tuleb tal tasuda kriminaalmenetluse kulud vastavalt KrMS-i §-le 180. Vastavalt karistusregistri seaduse §-le 6 kantakse isiku andmed karistusregistrisse. Samuti tuleb arvestada, et paljud teised seadused teevad isikule piiranguid kui ta on toimepannud kuriteo. Nii ei tohi avaliku teenistuse seaduse § 15 p 1 kohaselt avalikku teenistusse võtta isikut, kellel on karistus tahtlikult toimepandud kuriteo eest. Lisaks kaasneb süüdimõistmisega stigmatiseeriv mõju, mis võib isikule tema valikutes veelgi takistusi luua.

KarS-i § 57 lg 1 p 1 on suunatud koosseisuvälise tagajärje ärahoidmisele või negatiivsete mõjude vähendamisele. Paragrahvi § 60¹ peaks kohalduma, kui õigushüve ei ole veel kahjustatud ja toimepanija on likvideerinud tema teost tuleneva ohtu. Samuti võib seda sätet kohaldada juhul, kui toimepanija on küll õigushüve kahjustanud, kuid ära hoitud oht on suurem loodud ohust. Analüüsist nähtub, et § 60¹ rakendusala on, nagu ka KarS-i §-des 40 ja 43¹, juhtumid, kus toimepanija realiseerib kuritegelikuks eeltegevuseks vajalikud teod, kuid mõtleb ümber, hoiab ära teoga kaasneva võimaliku ohtu ja seega ka tagajärje. Samuti ei pruugi seejuures olla kahjustatud õigushüve. Küsimuseks jääb, kas on põhjendatud nii suured erinevused õigusjärelmites §-i 60¹ ja KarS-i §-de 40 ja 43¹

kohaldamisel, arvestades märkimisväärselt sarnaseid kriteeriume nende kohaldamisalal.

Nimetatud asjaolude näitlikustamiseks toon kaasused, mis kõik kajastavad toimepanija tegusid kuritegeliku eeltegevuse raames, kuid ära on hoitud võimalikud kaasnevad ohud ja sellest tulenevad tagajärjed. Kui isik on võltsinud raha KarS § 333¹ tähenduses, kuid selle kohe pärast valmimist hävitanud, või on koostanud arvutiprogrammi arvutikuriteo toimepanemise eesmärgil ja realiseerinud KarS § 216¹, kuid paari päeva pärast programmi ilma seda kasutamata hävitanud, siis mõlemal juhul kohaldub § 60¹, kuna õigushüve ei ole kahjustatud ning samuti on ära hoitud tegudest tulenev oht, sest objektid ei ole jõudnud sotsiaalkäibesse. Kui aga kaks isikut lepivad kokku tapmises omakasu motiivil, s.o mõrva KarS-i § 114 tähenduses, ning on jaotanud omavahel tööülesanded, teinud kindlaks ohvri elukoha ja ostnud mõrvarelvaks noa, kuid seejärel ümber mõelnud ja oma plaanist loobunud, kohaldub neile KarS-i § 43¹, mille kohaselt ei saa neile teha karistusõiguslikku etteheidet.

Võrreldes juhtumeid, millele kohaldub kas § 60¹ või KarS-i § 43¹, siis kummalgi juhul pole õigushüve reaalselt kahjustatud ja toimepanijad on likvideerinud ettevalmistamise staadiumist tuleneva õigushüve kahjustamise ohu. Samas on õiguslikud tagajärjed oluliselt erinevad. Kuid kuritegelik eeltegevus on kriminaliseeritud karistusseadustiku eriosa paragrahvides, kuna need sisaldavad täiendavat iseseisvat ebaõigust, mis ei avaldu üksnes selles, et tegevus on suunatud õigushüve kahjustamisele. Nii raha võltsimise kui arvutikuriteo ettevalmistamisega on loodud õiguskäibes lubamatu objekt: võltsitud raha või programm. Nimetatud tegude karistamisväärsus lisaks negatiivsele õigusmeelsusele, mis on realiseerunud konkreetsete objektide loomises, sisaldab ka erinevat tähendust ja ohtlikkust, kuna objektid võivad sattuda kolmandate isikute kätte ka ilma toimepanijate panuseta ja võivad seeläbi kahjustada õigushüvesid. Seega sisaldavad nimetatud teod kontrollimatut ohtlikkust. Mõrva plaanimisel avaldub kogu ebaõigus tegevusse rakendunud negatiivses õigusmeelsuses. Noa ostmine on iseenesest sotsiaaladekvaatne tegevus, mida inimesed iga päev teevad, ja on kuriteona käsitatav üksnes seetõttu, et nuga kavatseti kasutada mõrvaks.

Eespool kirjeldatud näidetes avaldub ebaõigussisu erinevalt, kuid nende puhul on võimalik tagasi võtta oma teopanus õigushüve ohustamiseks ja kahjustamiseks, mida mõlemal juhul on ka tehtud. Täiendavat ebaõiguse aspekti arvestades on samas põhjendatud, et tegemist ei ole süüd välistavate asjaoludega raha võltsimisel ja arvutikuriteo ettevalmistamisel, kuna need tegevused hõlmavad kontrollimatut aspekti, mis võib viia iseseisva kahjustamiseni. Siin avaldubki nende tegude spetsiifiline ebaõigus. Samuti nähtub erinevus süüteo katkest loobumise alustest, sest loobumise korral on toimunu isiku kontrolli all, sest kogu ebaõigus avaldub suunatuses õigushüve kahjustamisele. Siinjuures võib esitada vastuargumendi, et ka esitatud näidete puhul oli toimunu siiski isiku kontrolli all ning toimepanija suutis ära hoida õigushüve kahjustamise ja tagas, et objektid ei satuks kolmandate isikute kätte. Seejuures tuleb eristada kriminaliseerimise aluseid ja konkreetset juhul ilmnenu asjaolude karistamisväärsust. Konkreetse juhtumi puhul võib karistamisväärsus olla oluliselt väiksem, kui teo karistamis-

väärseks lugemisel ja kriminaliseerimisel. Isiku teole õigusjärelmite kohaldamisel peab olema arvestatud teo vähese karistamisväärsusega, sest vastupidine läheks vastuollu karistuse eesmärkidega. Samas on karistusseadustiku eriosas delikte, mille puhul toimepanija ei ole ettevalmistamisstaadiumis loonud tsiviilkäibes lubamatut objekti ega ole ka kaotanud kontrolli toimunu üle ning tema panus on täielikult tagasivõetav. Selliseks näiteks on KarS § 340, mille puhul on võimalik, et toimepanija ostab näiteks paberi raha võltsimiseks, täites sellega raha võltsimise ettevalmistamise koosseisu, kuid seejärel mõtleb ümber ja hävitab paberi või joonistab paberile hoopis pildi.

Lisaks toon veel KarS-i § 394¹, kus on kriminaliseeritud rahapesu kokkulepe, mille järgi piisab karistatava teo toimepanemiseks üksnes kahe isiku kokkuleppest. Sisult on selles sättes kriminaliseeritud rahapesu ettevalmistamine. Kui aga rahapesuks kokkuleppe teinud isikud ümber mõtleavad ja edasisest tegevusest loobuvad, on nende suhtes võimalik kohaldada üksnes § 60¹, sest tegemist on eriosa mõttes lõpuleviidud teoga ning KarS-i §-d 40 ega 43¹ ei kohaldu. Rahapesu kokkuleppe korral (KarS-i § 394¹) avaldub kogu ebaõigus asjaolus, et teod on suunatud õigushüve kahjustamisele, samas õigushüve reaalselt veel ohtu seadmata. Rahapesu koosseisuga kaitsstav õigushüve on „rahandus- ja majandussüsteemi korrapärane toimimine”, konkreetsetl aga „legaalne majandus- ja rahakäive”.⁶¹⁰ Järelikult on nimetatud õigushüve kahjustamisega tegemist siis, kui on vahetult alustatud tegudega, mis on suunatud raha ebaseadusliku päritolu varjamisele. KarS-i § 22¹ alusel on ette nähtud vastutus ettevalmistamise staadiumis toimepandud tegudele, mille eest ettenähtud karistuse ülemmäär on vähemalt kaheteistaastane või eluaegne vangistus, ning samuti on see piiratud karistusseadustiku konkreetsetele peatükkidega, mis on seotud kõige olulisemate õigushüvedega, nagu elu ja tervis, lisaks teiste õigushüvedele. KarS-i § 22¹ karistamise alust on põhjendatud väitega, et sättes kirjeldatud teod sisaldavad tavapärasemast suuremat ohtu, milleks konkreetset juhul on teise isiku kaasamine kuriteole ja lisaks täiendav tegu, mis soodustab kuriteo alustamist, nt kuriteo toimepanemise vahendi hankimine.⁶¹¹ Lähtudes eeltoodust võib väita, et nii § 394¹ kui ka § 22¹ alusel kriminaliseerimisel on lähtutud ühesugusest ebaõiguse avaldumisest, kuid KarS-i § 394¹ puhul ei välista toimepanija hilisem ümbermõtlemine tema süüd, mis on § 43¹ järeelmiks. Seejuures puuduvad argumendid nimetatud erisuse tegemiseks.

Karistusseadustikku § 394¹ sätestamist on põhistatud Palermo ja Viini konventsioonist ning ÜRO korruptsioonivastases konventsioonist tuleneva kohustusega kriminaliseerida rahapesukuritegude kokkulepe. Siiski ei tulene loetletud aktidest, et rahapesu kokkulepe peaks olema kriminaliseeritud karistusseadustiku eriosas. KarS-i § 394¹ kriminaliseerimist eriosas on kritiseeritud põhjen-

⁶¹⁰ RKKKo 3-1-1-68-10, p 16.

⁶¹¹ J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik, § 22/ 2.2–2.3.

dusega, et sellega on hálbitud Eesti karistusõiguse süsteemist ja puudub selgus karistatava käitumise kriteeriumide kohta.⁶¹²

Vastuargumendina võiks esile tuua, et ka Eesti KarS §-s 294 sätestatud altkäemaksu korral on karistatav tegevus toimepandud kokkuleppega andja ja võtja vahel, sama kehtib ka konkurentsi kahjustava kokkuleppe kohta (KarS § 400), järelikult on põhjendatud ka rahapesu kokkulepe kriminaliseerida karistusseadustiku eriosa koosseisus. Kokkuleppega rahapesu või mõrva toimepanemiseks õigushüve veel ei rünnata, mis eristab seda koosseisu altkäemaksu võtmisest ja andmisest ning konkurentsi kahjustavast kokkuleppest. Altkäemaksu korral kahjustatakse õigushüve kokkuleppe sõlmimisega, sest seeläbi on kahjustatud otsuste usaldusväärsus ja ausameelne tegutsemine. Samuti on konkurentsi kahjustava kokkuleppe korral tegemist õigushüve „vaba konkurents” kahjustamisega, sest ettevõtjad ei võta iseseisvalt vastu oma majandustegevust puudutavad otsused, kuigi just iseseisvate otsuste tulemusena peaks kujunema arenev majandus, mis pakub tarbijale parima hinna ning kvaliteediga teenuseid ja kaupu. Järelikult ei saa üksnes käitumisaktide välisest sarnasusest teha järeldust, et põhjendatud on samadel alustel etteheite tegemine, vaid selleks on vajalik ka kindlaks teha, kas õigushüve on kahjustatud.

Eesti KarS-i § 394¹ kriminaliseerimisel ei ole olnud diskussiooni loobumisregulatsiooni kohaldamatusest ega kerkinud küsimust, kas see võib viia isikute ebavõrdse kohtlemiseni, arvestades, et KarS-i § 22¹ järgi kriminaliseeritud raske kuriteo kuriteokokkuleppe korral on loobumine KarS-i § 43¹ kohaselt võimalik.

Eesti karistusõigus annab märkimisväärselt erineva hinnangu toimepanija teole, mis on suunatud õigushüve kaitsmisele, olenevalt asjaolust, kas kuritegeliku eeltegevuse kriminaliseerimisel on kasutatud karistusseadustiku üldosa, laiendades nii karistatava teo algusmomenti, või on eriosasse loodud iseseisvad koosseisud.

Enne nimetatud küsimuse edasist analüüsimist Eesti õiguse seisukohalt toon võrdluse Saksa, Ungari ja Nõukogude karistusõigusega. Saksa karistusseadustiku §-des 30 ja 31 on sarnane regulatsioon Eesti KarS-i §-dega 22¹ ja 43¹, mille kohaselt karistusseadustiku üldosa alusel kriminaliseeritud eeltegevusest on võimalik loobuda ning selle eest ei karistata, mis on tagajärjeks ka süüteokatsest loobumisele Saksa karistusseadustiku § 24 järgi. Lisaks on Saksa karistusseadustikus eeltegevuse eriosalise karistamise korral konkreetse sätte juures toodud tegevkahetsuse regulatsioon. Sellisel juhul on võimalik, et tagajärjeks on toimepanija mittekaristamine (nt StGB § 265 lg-s 5) või on hoopis kohtule Saksa karistusseadustiku korral kohtul võimalus toimepanija karistusest vabastada või tema karistust kergendada või ongi võimalus üksnes karistust kergendada. Järelikult ei sõltu Saksa karistusseadustiku kohaselt õigushüve kaitsmisele suunatud teo õiguslik tähendus sellest, kas kuritegeliku eeltegevuse kriminaliseerimisel on kasutatud üld- või eriosalist konstruktsiooni. Samas pole võimalik Saksa karistusseadustiku pinnalt teha järeldust, millistel alustel on eriosasse ette näh-

⁶¹² Eelnõu 393 (Riigikogu XII koosseis) kooskõlastuste tabel. – Arvutivõrgus: www.riigikogu.ee, lk 3-4.

tud tegevkahetsuse sätted ja millest lähtudes on jõutud just selle konkreetse tagajärjeni. Nimetatud küsimuse kaootilist lahendust on kritiseeritud Saksa erialakirjanduses.⁶¹³ Saksamaaga sarnane on ka Austria karistusseadustiku regulatsioon, milles üldosa §-s 16 on süüteokatses loobumisel tagajärjeks isiku mittekaristamine, samuti on ka eriosa sätete juures toodud tegevkahetsuse korral ette nähtud mittekaristamine (nt § 240, mis näeb ette tegevkahetsuse võltsimise korral).⁶¹⁴

Ka Eesti karistusõigusele ei ole võõras eriosaline tegevkahetsuse regulatsioon lisaks üldosas sätestatule. Sel viisil oli see reguleeritud 2002. aasta septembrini kehtinud kriminaalkodeksis, mis põhines Nõukogude kriminaalõigusel. Nimetatud regulatsioonide kohaselt oli võimalik, et süüteokatses loobumisel üldosa § 16 järgi ei võetud toimepanijat kriminaalvastutusele, kuid eriosalise tegevkahetsuse tagajärg oli karistusest vabastamine, mis tähendas, et toimepanija suhtes tehti süüdimõistev otsus. KarS-is eriosalist tegevkahetsuse regulatsiooni sätestatud ei ole.

Erinevalt on reguleeritud kuritegeliku eeltegevuse karistamine Ungari karistusseadustikus, mille üldosa § 11 kohaselt on kuriteo ettevalmistamine karistatav, kui see on konkreetset eriosas sätestatud, samuti on seal reguleeritud kuriteost loobumine. Kui isik loobub kuriteo ettevalmistamisest, teda ei karistata. Järelikult on nii ettevalmistavast kui ka katsestaadiumist loobumisel ühesugused tagajärjed.⁶¹⁵ Siiski on oluline, et Ungari karistusseadustiku säte puudutab üksnes ettevalmistusdelikte, mitte aga muid deliktitüüpe, mille korral ei ole tagajärje kui kahjustusdelikti tunnuse tekitamine koosseisu osa.

KarS-i § 60¹ kohaldub ka juhtumitele, kui õigushüve on juba kahjustatud ja hoitakse ära suurem kahjustamine. Seega on põhistatud süüteokatses loobumisest erinevate tagajärgede ettenägemisega, kuna seeläbi on hõlmatud juhtumid, millel on oluliselt erinevad aspektid, võrreldes süüteokatses loobumisega, mis avaldub eelkõige õigushüve kahjustamises ja spetsiifilises ebaõiguses. Õiguskirjanduses leitakse, et pigem tuleks hõlmata tegevkahetsuse sätetega laiem rakendusala, luues toimepanijale stiimuli tagasi võtta enda panus, mis on suunatud õigushüve ja konkreetse ründeobjekti kahjustamisele. Siiski ei pea eeldused olema samad kui süüteokatses loobumisel, raskuspunktid võivad olla erinevad, rõhutades pigem teo spetsiifikat. Nimetatud sätted põhinevad küll süüteokatses loobumise regulatsioonil, kuid võimaldavad arvestada ka teisi aspekte.⁶¹⁶ Eesti karistusseadustikus on toimepanija teo eeldused tegevkahetsuse puhul samad kui süüteokatses loobumisel nii vabatahtlikkuse kui ka ärahoidva tegevuse mõju poolest.

⁶¹³ E. Samson, lk 253.

⁶¹⁴ Strafgesetzbuch (StGB). – Arvutivõrgus: [www.jusline.at/Strafgesetzbuch_\(StGB\).html](http://www.jusline.at/Strafgesetzbuch_(StGB).html) (vaadatud 10.02.2017).

⁶¹⁵ Criminal Code of the Republic of Hungary (2012) (English version). – Arvutivõrgus: www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (vaadatud 10.02.2017).

⁶¹⁶ A.Schönke, H.Schröder, § 24/117.

KarS-i § 60¹ on võimalik paindlikult kohaldada ja vältida Saksa karistusõiguse probleemi, kui oleks vaja eriosalise tegevkahetsuse sätet, seda aga pole sätestatud ja seetõttu tekib küsimus, kuidas sellisel juhul toimida. Samas ei arvesta § 60¹ kõigi eripäradega neis kaasustes, millele ta kohaldub. Kui toimepanija ei kahjusta õigushüve ega loo täiendavat spetsiifilist ebaõigust ja likvideerib õigushüve kahjustamiseks tehtud panuse, järelikult täidab süüteokatsest loobumise tingimused, siis ei ole põhjendatud ette näha sedavõrd erinevate tagajärgede ettenägemine loobumisele ja tegevkahetsusele. Juhul kui on täidetud süüteokatsest loobumise eeldused, peaks kohaldama samaväärseid õiguslikke tagajärgi. Kuna Eesti karistusõiguses on süüteokatsest loobumise tagajärg süü välistamine, siis kuritegeliku eeltegevuse sätestamisel iseseisva deliktina pole võimalik väita, et süü puudub. Samas ei ole Eesti karistusseadustikus regulatsiooni karistust välistava asjaolu kohta ega vastavat korrelatsiooni menetlusseadustikuga, mille kohaselt sel juhul ei tehtaks toimepanija suhtes süüdimõistvat otsust, vaid menetlus oleks võimalik lõpetada. Sellistele juhtumitele on võimalik reageerida KrMS-i §-ga 202, mis näeb ette kriminaalmenetluse lõpetamise, kui süü ei ole suur ja puudub avalik menetlushuvi. Nimetatu annab küll võimaluse kirjeldatud juhtudele reageerida, kuid siiski tuleb arvestada, et otsuse tegemine või tegemata jätmine sõltub siin menetleja diskretsiooniotsusest ja toimepanija suhtes ei ole tagatud, et nii ka toimitakse.

Samuti on eesti õiguskirjanduses viidatud loobumisele sarnase tegevkahetsuse regulatsiooni sätestamise vajalikkusele sisuliselt ettevalmistamise või katse staadiumile vastavate eriosa koosseisude puhul, kui toimepanija on täitnud loobumise eeldused.⁶¹⁷ Siiski tuleb arvestada, et nimetatud seisukoht on väljendatud enne KarS § 60¹ kehtestamist.

5.6.3. Ettepanekud *de lege ferenda*

KarS-i § 60¹ regulatsioon ei taga süsteemset lahendust, millega anda tähendus teole, mis on suunatud õigushüve kahjustamise vältimisele. See nähtub siinse peatüki eelmises osas kirjeldatud probleemküsimustes KarS-i § 60¹ ja §-de 40–43¹ rakendamisega. Samas on oluline, et õigushüve kaitsvale teole tähenduse andmisel oleks kogu karistusseadustikus lähtutud ühtedest ja samadest alustest, mis moodustaksid põhjendatud süsteemi ning tagaksid isikute võrdse kohtlemise ning eri regulatsioonide põhjendatuse ja arusaadavuse.

Siinse töö autor esitab järgnevalt ettepanekud, kuidas täiendada tegevkahetsuse sätete regulatsiooni mittekahjustusdeliktidele. Edasises ei ole toodud kõiki karistusseadustiku paragrahve läbivat analüüsi, vaid põhimõtted, millest tuleb lähtuda. Tagamaks regulatsioonide ühetaolisus on põhjendatud lähtuda süüteokatsest loobumise aluseks olevatest argumentidest ja hinnata nende tähendust konkreetsete eriosa koosseisude kontekstis. Olulised on järgmised kriteeriumid:

⁶¹⁷ M. Möttus. Riigikohtu kriminaalkolleegiumi 24. aprilli 2009. a otsus kriminaalasjas 3-1-1-10-09. – Juridica 2009/IV, lk 260.

- 1) õigushüve kahjustamise fakt, sest süüteokatest loobumise eesmärk on tagada õigushüvele lisakaitse;
- 2) sündmuste kulgemise kontrolli all hoidmine: kas toimepanija on suutnud ja saanud valitseda sündmuste arengut või on asjaolude kulgemise määranud juhus;
- 3) spetsiifiliselt avaldub ebaõigus: analüüsida, kas ja mil määral saab toimepanija selle tähendust neutraliseerida.

Järgnevalt on käsitletud konkreetseid eriosa paragrahve, mille näidetel on esile toodud, millistel juhtudel on põhjendatud loobumisele samaväärsete õiguslike tagajärgede ettenägemine ning millal mitte.

Eriosa koosseisus võib olla kirjeldatud tegu, mille realiseerimisega veel õigushüve ei kahjustata, kuid samas on toimepanija teod suunatud vahetult õigushüve kahjustamisele, sarnanedes nimetatud aspektist süüteokaste tunnustele. Eeltoodud kirjeldusele võivad vastata nii konkreetset ohudeliktid kui ka ettevõtmisdeliktid. Sellised koosseisud on nt KarS-i § 123 (ohtu asetamine) ja § 124 (abita jätmine). KarS §-is 123 on kriminaliseeritud teise inimese eluohtlikku või tema tervist raskelt kahjustada võivasse olukorda asetamise ja jätmine. Võimalik on, et kuigi toimepanija on täitnud koosseisu tunnused, võib ta ümber mõelda ja sooritada õigushüve kahjustamist ärahoidva teo. Koosseisu kriminaaliseerimise aluseks on asjaolu, et inimese elu ning tervist kui olulisi õigushüvesid ei tohi asetada ega jätta olukordadesse, millega võib kaasneda õigushüve kahjustamine. Ebakindluse aspekt õigushüvede säilimise osas põhistab teo karistamisväärsust. Järelikult sündmuste kontrollimatuses avaldub spetsiifiline ebaõigus, mille tõttu on leitud, et toimepanijale tuleb tegu ette heita. Eeltoodust lähtuvalt ei ole põhjendatud ette näha sarnased tagajärgi kui süüteokatest loobumisel, küll on põhjendatud kohaldada KarS-i § 60¹. Siinjuures võib esile tuua, kuidas on seotud raske tervisekahjustuse tekitamine või tapmiskatse ja KarS-i § 123 realiseerimine. Seejuures ei saa väita, et alati, kui toimepanija on realiseerinud tervise kahjustamise või tapmiskatse, on täidetud ka KarS-i § 123 tunnused. Nimelt ei nõua süüteokatse, et õigushüve oleks reaalselt ohtu asetatud (see tunnus on obligatoorne KarS-i §-s 123). Süüteokatse korral on oluline, et toimepanija on oma ettekujutuse järgi alustanud teoga, mis on vahetult suunatud koosseisu realiseerimisele, kuid see ei pea olema seotud ohuga õigushüvele. Lõpetamata katse korral pole õigushüve enamasti reaalselt ohustatud ja samuti ei pruugi see nii olla lõpetatud katsel, kui toimepanija tegu pole veel mõju hakanud avaldama. Siiski on võimalik, et lõpetatud katsel on õigushüve reaalselt ohus ja sel juhul on täidetud KarS-i § 123 koosseis lisaks süüteokatest loobumisele. Sellisel juhul saab toimepanija loobuda üksnes tervisekahjustuse tekitamisest või tapmiskatsest, kui süüteokatest loobumise eeldused on täidetud, kuid mitte KarS-i §-st 123, sest ohtlikkus ja kontrollimatus tervist või elu ohustava situatsiooni üle on eraldi kriminaliseeritud, olles spetsiifiliseks aluseks etteheite tegemisel. Järelikult ei ole vastuolu tapmiskatsest loobumise ja ohtu asetamisest loobumise võimatuse vahel, sest alus ohtu asetamist kriminaliseerida on spetsiifiline ebaõigus. Eespool toodu põhjal võib väita, et reeglina ei ole täidetud süüteokatest

loobumise kohaldamine, kui tegemist on konkreetse ohudeliktiga. Küll on põhjendatud sellisel juhul toimepanija õigushüve kaitsvale teole reageerida KarS-i § 60¹ alusel, kuid samas pole vajadust karistusseadustikku täiendada.

Järgmiseks on vaatluse all sisult ettevalmistamisstaadiumile vastavad eriosa koosseisud, millega õigushüve ei kahjustata, vaid luuakse selleks tingimused. Seejuures võib karistamisväärsus avalduda eri aspektides, mille alusel sinse töö autor on neid analüüsinud ja hinnanud, kas on põhjendatud sätestada täiendav tegevkahetsuse regulatsioon. Tegemist võib olla nii abstraktsete ohudeliktide kui ka ettevõtmisdeliktidega.

Ettevalmistamisstaadiumis toime pandud käitumisakti karistamisväärsus võib avalduda üksnes kuriteo toimepanemise tingimuste loomises, millega ei looda täiendavat spetsiifilist ebaõigust, nagu lubamatu esemete hankimine jts. Samuti on toimepanijal kontrolli sündmuste arengu üle. Selliseks näiteks on KarS § 394¹ rahapesu kokkuleppe osas. Juhul kui toimepanija mõtleb ümber ja ütleb lahti rahapesu kokkuleppest, siis on sisuliselt täidetud süüteokatses loobumise eeldused, kuid kehtiva karistusseadustiku järgi sellest loobuda ei saa. KarS-i § 22¹ järgi karistatavate raskete kuritegude ettevalmistamisest saab loobuda. Samas puudub põhjendus selliseks eristamiseks. Arvestades, et KarS § 394 puhul puudub spetsiifiline ebaõiguse aspekt ning samuti on ei ole kahjustatud õigushüve ning sündmuste areng on toimepanija kontrolli all, siis erisuste vältimiseks KarS § 22¹ järgi ettevalmistamisdeliktide kriminaliseerimisega, oleks põhjendatud ka nimetatud tegu lugeda karistatavaks KarS § 22¹ lg-s 1 alusel, täiendades nimetatud sätet viidetega konkretsetele paragrahvidele, millele see kohaldub.

Alternatiiv oleks sätestada eriosa koosseisu juurde regulatsioon, kui toimepanija vabatahtlikult loobub nimetatud kokkuleppe elluviimisest, siis teda ei karistata. Samuti tuleks täiendada KrMS-i §-i 199: kui karistusseadustikus on sätestatud, et isikut ei karistata, on tegemist kriminaalmenetlust välistava asjaoluga. Praegu sisaldub selline regulatsioon tulirelvade ja laskemoona ning nende oluliste osade vabatahtliku loovutamise korral õiguskaitseorganitele KrMS-i §-s 199 lg 1 p 7, samas ei ole viidet karistusseadustikus, mis lubaks toimepanija jätta karistamata. KarS-i seletuskirjas pole välja toodud, miks on nimetatud küsimus sätestatud kriminaalmenetluse seadustikus, mitte karistusseadustikus.⁶¹⁸ Arvestades, et sisult on tegemist regulatsiooniga, mille korral toimepanijat tegevkahetsuse tõttu ei karistata, oleks põhjendatud sätestada sellekohane regulatsioon karistusseadustikus. Samuti on oluline, et nii süüteokatses loobumise kui ka tegevkahetsuse sätted on reguleeritud karistusseadustikus ning karistusseadustik peaks eelkõige esile tooma isiku süü ja selle alusel asjaolud, mis mõjutavad karistuse eesmärgipärasust. Mõistetavalt on sel juhul vaja ka sätet kriminaalmenetluse seadustikku, kuid selles sättes peaks sisalduma üksnes üldine viide, et kui karistusseadustikus on sätestatud, et toimepanijat ei karistata, siis kriminaalmenetlust läbi ei viida. Selline regulatsioon võimaldaks paindlikult reageerida juhul, kui karistusseadustikku muudetak ja lisataks uusi

⁶¹⁸ Eelnõu. 376 SE (riigikogu XII koosseis). – Arvutivõrgus: www.riigikogu.ee (vaadatud 03.05.2016)

koosseise, mille korral viidatud probleemistik võib samuti tekkida. Sõnastus „ei karistata” tähendab, et esineb karistust välistav asjaolu, mis toob kaasa tagajärje, et igal juhul pole põhjendatud isikule kohaldada karistusõiguslikke järelemeid ja tema suhtes kriminaalmenetlust läbi viia. Kirjeldatud lahendus erineb märkimisväärselt karistusest vabastamisest, mida saab otsustada üksnes kohus ja millega kaasneb isiku süüdimõistmine, mis on oluliselt koormavam, sest sellega kaasnevad olulised piirangud ning ka stigmatiseeriv mõju. Sisult poleks tegemist uue elemendiga Eesti karistusõiguses, sest nagu siinses tekstis varemgi esile toodud, on juba praegu kasutusel KrMS-i § 199 lg 1 p 7. Karistust välistava asjaolu kasutamine karistusõiguse süsteemis on vajalik, sest see võimaldab pärast teo lõpuleviimist jätta kriminaalmenetlus läbi viimata, kui loobumise eeldused on sisuliselt täidetud, kuid loobumisregulatsiooni ei ole võimalik kohaldada, sest tegu ei ole katsestaadiumis.

Hindamaks, kas konkreetse koosseisuga on kriminaliseeritud teod, millega õigushüve veel ei kahjustata, vaid luuakse selleks üksnes tingimused, tuleb koosseisu ja selles sisalduvaid tegusid analüüsida eraldi. KarS-i §-s 212 on ühe alternatiivina karistatav kindlustusjuhtumi esilekutsumine kindlustushüvitise saamise eesmärgil, mille kohaselt on kriminaliseeritud veel ettevalmistamistaadiumis olev tegu. Koosseisu eesmärk on kaitsta kindlustusandja vara. Vara vahetu ohtu asetamisega oleks tegemist juhul, kui toimepanija esitaks juba kindlustusavalduse, kuid kindlustusjuhtumi esile kutsumisega loob ta üksnes tingimuse kindlustusavalduse esitamiseks, mistõttu vastab tegu ettevalmistamise tunnustele. On võimalik, et toimepanija on kindlustushüvitise saamise eesmärgil süüdanud oma auto, kuid pärast auto mahapõlemist otsustanud, et kindlustusandja poole ei pöördu. Kehtiva regulatsiooni kohaselt tuleks sel juhul rakendada KarS § 60¹. Samas ei ole eeltoodud näite puhul õigushüve kahjustatud, samuti ei ole toimepanija kaotanud kontrolli toimuva üle, sest asjaolu, kas esitada kindlustusele avaldus, sõltub tema tahtest. Lisaks puudub spetsiifiline ebaõigus, sest oma vara käsutamise üle on toimepanijal õigus otsustada ja see võib muu hulgas seisneda ka vara hävitamises. Isegi juhul, kui tegemist oleks teisele isikule kuuluva varaga, on vara hävitamine ja rikkumine KarS-i § 203 järgi karistatav, kuid kindlasti ei kaitse seda KarS-i § 212 koosseis. Järelikult võivad kindlustuskelmuse esilekutsumisel olla täidetud samad eeldused kui süüteo katkest loobumisel ning seetõttu oleks põhjendatud toimepanijat mitte karistada, kui isik on vabatahtlikult loobunud oma esialgsest plaanist saada kindlustushüvitist. Seega kehtib ka nimetatud teo alternatiivi juurde kogu eelesitatud põhjendus.

Edasises on siinse töö autor analüüsinud eriosalisi ettevalmistusdelikte, mille korral toimepanija õigushüve veel ei kahjusta, kuid kriminaliseerimise aluseks on eelkõige tsiviilkäibes lubamatu eseme valmistamine või teatud tingimuste loomine, mis sisaldab iseseisvat spetsiifilist ebaõigust. Sellised koosseisud on näiteks KarS-i § 189 (narkootilise ja psühhotroopse aine levitamise ettevalmistamine), § 178¹ (seksuaalse eesmärgiga kokkulepe lapseealisega kohtumiseks), § 216¹ (arvutikuriteo ettevalmistamine), võltsimised (sh raha, maksumärgid jne) ja selleks ettevalmistamine, mis on karistatavad §-de 333, 333¹, 335, 337, 339,

340, 341, 342, 344, 347 alusel, ning kaitsejõududes võimuhaaramise ettevalmistamine KarS-i § 251 lg 2 kohaselt. Nende kõikide koosseisude korral on võimalik, et toimepanija loobub oma plaani edasisest realiseerimisest, ehkki on loonud eriosa koosseisus nimetatud tingimused või valmistanud vahendid. Õigushüve jääb kahjustamata ning samuti on toimepanija teo tulemusel võimalik, et likvideeritakse tingimused ja esemed, mis sisaldavad spetsiifilist ohtu. Järelikult on täidetud tingimus, et õigushüve on jäetud kahjustamata, samuti on toimepanija neutraliseerinud panuse õigushüve kahjustada.

Edasi on tähtis kindlaks teha, kas toimepanijal on olnud kontroll sündmuste kulgemise üle. Eelkõige kerkib küsimus tsiviilkäibes lubamatute esemete kohta: kas toimepanijal oli kontroll ohtliku situatsiooni üle, sest iga hetk võivad need esemed kolmandate isikute sekkumise kaudu jõuda ka õiguskäibes. Kui isik kohe pärast valmistamist need esemed hävitab, on põhjendamatu väita, et ta ei kontrollinud olukorda, mis samuti on loobumise eeldus. Samas võib isik hävitada need teatud aja möödudes, kuid vahepealsel ajal on risk, et esemed võivad sattuda õiguskäibes. Veel võib eristada lubamatu arvutiprogrammi loomist, kuna sel juhul võib internetiühenduse kaudu olla juurdepääs kolmandatel isikutel ja toimepanija ei kontrolli situatsiooni. Järelikult ei täida üksnes tsiviilkäibes lubamatu objekti hävitamine samu tingimusi kui süüteo katkestest loobumine, sest olukorrad võivad märkimisväärselt varieeruda. Lahendus võiks olla konkreetse eriosa koosseisu juurde tegevkahetsuse sätete konstrueerimine, milles on täpselt öeldud, milliseid tingimusi peab toimepanija tegu täitma, arvestades avaldunud ebaõigust, ning kohaldatav õigusjärelm võib olenevalt asjaoludest avalduda isiku mittekaristamises, karistusest vabastamises või karistuse kergendamises. Kui toimepanija kohe pärast esemete valmistamist vabatahtlikult need hävitab või toob õiguskaitseorganitele, on põhjendatud teda mitte karistada, samuti juhul, kui ei ole loodud tsiviilkäibes lubamatut objekti, vaid kuriteo vahendiks on hangitud igati legaalne ese. Kui aga ei saa väita, et toimepanijal on kontroll sündmuste arengu üle, kuid ta vabatahtlikult loobub edasisest kuritegelikust käitumisest ja hoiab ära õigushüve kahjustamise, siis on põhjendatud ta karistusest vabastada või karistust kergendada.

Eraldi tuleb analüüsida KarS-i §-s 178¹ esitatud koosseisu, s.o seksuaalse eesmärgiga kokkulepe kohtuda lapsealisesega. See koosseis eeldab kokkulepet alaealisega kohtuda ja veel ettevalmistavat tegu kohtumise toimumiseks, mis on kantud eesmärgist alaealist seksuaalset kuritarvitada või valmistada tema osalusel pornograafiline teos. Ettevalmistavalt võib toimepanija teha iseenesest täiesti sotsiaaladekvaatseid tegusid, nt broneerida hotellituba, osta videokaamera – need muutuvad osaks ebaõigusest üksnes toimepanija eesmärgi tõttu –, kuid samas võib toimepanija luua ka spetsiifilisi, just eelnimetatud otstarbeks vajalikke esemeid. Kui toimepanija mõtleb ümber ja loobub kohtumisest, võtab tagasi oma ettevalmistava panuse või annab sellele mittekuritegeliku tähenduse, tuleb otsustada, milline tähendus tema teole anda. Karistusseadustiku muutmise eelnõu seletuskirjas on selgitatud, et tegemist on ennetusmeetmega, mis muudab lapse veenmise seksuaalses tegevuses osaleda kuriteoks. Sealjuures ei pea laps täiskasvanu eesmärki taipama: kui täiskasvanu tahe on tõendatav ja kohtumine on

kokku lepitud ning täiskasvanu on seejärel midagi selle toimumiseks korraldanud, on kuriteo koosseis täidetud.⁶¹⁹ Kuigi seda sätet nähakse preventiivse meetmena, tuleb ikkagi uurida, kas sellega ei kahjustata juba õigushüve. Nimetatud koosseisuga kaitstavad õigushüved on „alaealise seksuaalne vabadus” ja „alaealise normaalne seksuaalne areng”. Õigushüve „alaealise seksuaalne areng” on kahjustatud juba siis, kui toimepanija on alaealisele teinud ettepaneku osaleda seksuaalses tegevuses, sest alaealise seksuaalseks arenguks on oluline, et täiskasvanu ei ahvatleks kohtumisteks, mis võivad alaealist kahjustada, rikkudes seeläbi alaealise usaldust teiste täiskasvanud isikutega suhtlemiseks. Samas võib väita vastupidist, et õigushüve pole alaealisega kohtumise kokkuleppimisega kahjustatud, vaid õigushüve kahjustamine algab konkreetsete tegudega. Lahendus, kas õigushüve on kahjustatud või mitte, sõltub asjaolust, kui laialt on õigushüve kirjeldatud. Järelikult, kuigi koosseis kasutab tunnust „ettevalmistamine”, võib olla juba kahjustatud õigushüve, mis on just selle koosseisu kaitseobjekt ja sel juhul pole põhjendatud kohaldada süüteokatsest loobumisele samaväärseid tagajärgi. Samas on nimetatud sätte eesmärk hoida ära alaealise tegelik seksuaalne kuritarvitamine. Toimepanijal on kontroll toimuva üle, sest need ettevalmistavad teod iseenesest ei saa kaasa tuua lubamatuid tagajärgi, kui isik ei jätkka plaani teoks tegemist. Kui toimepanija võtab tagasi oma panuse ja seesugusest kokkuleppest loobub, on põhjendatud isik karistusest vabastada või seda kergendada, võttes eelduseks, et õigushüve on kahjustatud. Võttes eelduseks, et õigushüve kahjustatud ei ole, siis võiks tagajärjeks olla ka mittekaristamine.

Edasises analüüsitav koosseis on KarS-i § 251 lg 2, mis näeb ette vastutuse kaitsejõududes võimuhaaramise ettevalmistamise eest. Selle ettevalmistamise karistamine on põhjendatud, sest tegemist on relvastatud sõjaväeorganisatsioonidega, mille tegevusse sekkumine võib vähendada riigi kaitsevõimet. KarS-i § 251 lg 2 ei too välja ühtegi spetsiifilist tegu, millele ettevalmistamine peaks vastama. Koosseisu täidab iga käitumisakt, mis on suunatud kaitsejõududes võimu haaramisele: plaani väljatöötamine ja üleskirjutamine, teiste isikute kaasamine oma plaani, relvade hankimine jms. Oluline on siiski, et tegemist ei saa olla üksnes toimepanija mõtetega, vaid see peab olema leidnud väljenduse välismaailmas. Seega võivad ettevalmistamise realiseerida ohtlikkuse aspektist väga erinevad käitumisaktid. Oluliseks on küsimus, kas toimepanijal on kontroll sündmuste arengu üle ning võimalus oma teoplanust neutraliseerida. Teoplaani väljatöötamise ning selle talletamise järgselt on see võimalik hävitada, ilma, et keegi teine oleks sellest teadlik. Sellisel juhul on toimepanijal nii kontroll sündmuste arengu üle kui ka võimalus oma teoplanus neutraliseerida. Juhul kui isik on aga kaasanud oma plaani teisi isikuid, nendega plaani jaganud ja varustanud neid esemetega plaani elluviimiseks, ei ole tal kontrolli sündmuste edasise arengu üle ning samuti puudub tal suure tõenäosusega võimalus oma teoplanus tagasi võtta. Lähtudes eeltoodust, on võimalikud juhtumid, kus toimepanija täidab kõik eeldused, mis on aluseks, et teha süüteokatsest loobumisele. Samas

⁶¹⁹ Eelnõu 640 SE seletuskiri(riigikogu XI koosseis) – Arvutivõrgus: www.riigikogu.ee, lk 9 (vaadatud 03.05.2016).

suures osas juhtumitest need eeldused täidetud ei pruugi olla. Järelikult on põhjendatud, et nimetatud sättele kohaldub tegevkahetsuse regulatsioon, mille kohaselt on võimalik toimepanija karistust kergendada, ta karistusest vabastada ja mitte karistada, olenevalt, milline tähendus on toimepanija teol, mis on suunatud õigushüve kahjustamise vältimisele. Nimetatud lahendust toetab asjaolu, et KarS-i § 251 lg 1 realiseeritud süüteokatsest on võimalik loobuda. Samas on süüteokatse korral liikunud kuritegelik eeltegevus ettevalmistamisstaadiumist katsestaadiumisse ja õigushüve tegeliku kahjustamiseni jõudmine on vahetum.

KarS-i § 91 kriminaliseerib ühe alternatiivina agressioonikuriteo ettevalmistamises osalemise, mis seisneb kuriteo realiseerimiseks vastavate otsuste vastuvõtmises ning tegude kavandamises, vahendite hankimises, relvajõudude isikkoosseisu väljaõpetamises ja rünnakupositsioonidele paigutamises ja muude sõjapidamiseks vajalike tingimuste loomises. Loetletud tegusid saab toime panna üksnes isik, kellel on võimu teha juhtimisotsust puudutavaid tegevusi.⁶²⁰ Eelkirjeldatud tegudega pole rahu kui õigushüve iseenesest veel kahjustatud, sest riikidevahelises suhtlemises ei ole kasutatud relvi. Toimepanijal on enamasti võimatu kontrollida sündmuste edasist kulgemist ja neutraliseerida oma teo panust, sest üldjuhul on tema teod seotud teiste isikute käitumisega ja ta ei valitse sündmuste edasist arengut. Seega pole süüteokatsest loobumise eeldused realiseeritud ja ei ole põhjendatud ette näha samaväärseid tagajärgi loobumisega. Kui siiski isikul on olnud võimalik edasist ohtu kõrvaldada, siis võib kohaldada tegevkahetsuse sätteid KarS-i § 60¹ järgi.

Ettevõtmiselikti näiteks, milles kirjeldatud teoga ei pruugi õigushüve olla kahjustatud, on KarS-i §-s 232 märgitud alternatiiv, mille järgi on karistatav riigisaladuse või salastatud välisteabe kogumine selle edastamise eesmärgil. On võimalik, et pärast vastava info kogumist mõtleb isik ümber ning hävitab teabekandja ja jätab info edastamata. Sel juhul õigushüve – riigi julgeolek – veel kahjustatud ei ole. Samas on tegemist väga tundliku ja Eesti riigi julgeoleku seisukohalt tähtsa informatsiooniga, mille kogumisega on loodud risk, et see võib sattuda kolmandate isikute kätte ja süüteo toimepanijal ei ole võimalik seda täielikult välistada. Eespool toodu alusel ei saa väita, et süüteokatsest loobumise eeldused on täidetud ja peaks nägema ette sarnased tagajärjed. Samas on lõpptulemusena oluline, et toimepanija jätab riigisaladuse või salastatud teabe siiski edastamata ja õigushüve „riigi julgeolek” jääb kahjustamata. Vastavat teo panust on võimalik arvestada KarS-i §-s 60¹ sätestatud tegevkahetsuse sätete alusel. Siiski võib olla veel põhjendatud sätte lisamine, mis näeb ette toimepanija konkreetsed käitumisaktid, nt ametivõimude informeerimise jne, millest lähtuvalt võib olla põhjendatud veel täiendavate õiguslike tagajärgede ette nägemine.

Karistusseadustikust võib veel esile tuua KarS-i § 250, mis kriminaliseerib üleskutse panna toime kuritegu välisriigi ja rahvusvahelise organisatsiooni vastu, § 236 (üleskutse panna toime kuritegu Eesti Vabariigi vastu) ning sõjapropaganda § 92 tähenduses, mis kõik kriminaliseerivad avaliku üleskutsumise kuriteole või muule ebaseaduslikule tegevusele. Koosseisude realiseerimise aspek-

⁶²⁰ J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik, § 92 p 4.3.

tist pole tähtis, kas üleskutse tulemusena kuritegu toime pandi või mitte. Lisaks tegudele, millele üles kutsutakse, rünnatakse nimetatud tegudega sellist iseisvat õigushüve, mis KarS-i §-s 236 on sõnastatud kui „ühiskonna sisemine ja rahu ja ühiskonna julgeolek”⁶²¹, KarS-i §-s 250 „Eesti Vabariigi välissuhtlemine ja avalik rahu”⁶²² ning KarS-i § 92 puhul võib väita, et eitatakse rahu kui õigushüve⁶²³. Pärast avalikku üleskutset on toimepanijal võimatu kontrollida, milline mõju tema teol on, kas ja mil määral suunas see isikuid üleskutsutut toime panema. Seega on loetletud paragrahvide puhul süüteokatses loobumise eeldused sisult täitmata ja teatud juhtudel võidakse kohaldada KarS-i § 60¹.

Ettevalmistus kui kuritegelik eeltegevus on veel kriminaliseeritud KarS-i § 237² (terrorikuriteo ettevalmistamine ja üleskutse selle toimepanemisele) ja § 237³ (terrorikuriteo ja selle toimepanemisele suunatud tegevuse rahastamine ning toetamine) kaudu. Nimetatud koosseisude korral toimepanija kas annab või soovib anda panuse terrorismikuriteo või terroristliku ühenduse toetamiseks. Siin on küsimus, kas sellise teoga on kahjustatud õigushüve riigi julgeolek. Sellele küsimusele ei saa üheselt vastata, sest koosseisud sisaldavad mitut eri tüüpi tegusid. Üleskutse tegemisel terrorismikuriteo toimepanemiseks võib väita, et riigi julgeolek on ohustatud. Samas vahendite kogumine terroristliku ühenduse toetamiseks riigi julgeolekut veel ei ohusta, arvestades, et terroristlikusse ühendusse kuuluja ei pea sellest teadlik olema.

Võimalus teopanuse neutraliseerimiseks sõltub samuti konkreetsest teost. Väljaõppe korraldamist ilmselgelt enam tagasi võtta ei saa. Teine on aga olukord, kui toimepanija on kogunud näiteks mõned pakid riisi, kavatsusega anda need üle terroristlikule organisatsioonile, ilma kontaktita terroristliku ühenduse või sellega seotud isikuga.

Nagu varem esile toodud täidavad nimetatud koosseise väga erinevad teod, mille ühendav lüli on nende suunatus terrorismi soodustamisele, kuid seejuures ei pea olema kahjustatud õigushüve ja toimepanijal võib olla võimalik neutraliseerida enda teopanust. Eespool toodu alusel võib kaaluda KarS-i §-de 237² ja 237³ täiendamist tegevkahetsuse sätetega olukordadele, mille puhul õigushüve ei kahjustata ja toimepanija neutraliseerib vabatahtlikult enda teopanuse. Selline lahendus on leidnud toetust õiguskirjanduses.⁶²⁴ Kui isik loetletud eeldusi ei täida, on tema suhtes võimalik kohaldada KarS-i § 60¹. Samas ei piisa üksnes KarS-i § 60¹ regulatsioonist, sest teatud juhtudel võivad olla täidetud süüteokatses loobumise eeldused ja samuti ei anna nimetatud säte isikule kindlust, et tema suhtes tuleb karistusõiguslik reageering ära jätta, mis võib aga olla oluline õigushüvede kaitse tagamiseks.

Eespool toodule võib vastu vaielda, et sel juhul võivad isikud hakata nimetatud sätet kasutama juhul, kui arvavad, et õiguskaitseorganitel on nende vastu teavet ja püütakse vastutuse vältimiseks ise minna õiguskaitseasutusse, samuti

⁶²¹ J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik, § 236 /1.

⁶²² J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik, § 250/ 1.

⁶²³ J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik, § 92/ 1.

⁶²⁴ A. Schönke, H. Schröder, § 24/49, § 24/116.

võiks nimetatud tegevkahetsuse sätete alusel püüda eksitada õiguskaitseorganeid, tuues info ühe teo kohta, kuid varjates infot teiste tegude suhtes. Eeltoodud kriitikal on võimalik vastu väita, et nii nagu süüteokatses loobumine, on ka tegevkahetsus seotud konkreetse koosseisuga ega mõjuta etteheite tegemist teiste kuritegude eest. Tegevkahetsuse sätetes peab olema kirjas, mis on need tingimused, mille esinemisel on põhjendatud toimepanija vastutust kergendada, ja kindlasti on õiguskaitseorganitel kohustus kontrollida, kas need tingimused on olemas.

Rõhutan, et tegevkahetsuse lisaregulatsiooni on võimalik kohaldada väga erandlikele olukordadele, kus õigushüve ei ole veel kahjustatud ja toimepanija panusel võib olla oluline roll õigushüve kahjustamise vältimisel, või ei ole ta seotud terrorismiga puutumuses olevate isikutega ning tema tegu õigushüve ei kahjusta. Arvestades tegevkahetsuse regulatsiooni paindlikkust, võib sätestada veel lisatingimusi, mis pole seotud loobumisega ja võivad tõhustada õigushüvede kaitset. Järelikult on tegevkahetsuse regulatsiooni kohaldamise eelduseks tähtis hinnata, milliste käitumisaktidega on õigushüve kahjustatud. See on juba eraldi küsimus, kui laialt tõlgendada õigushüve „riikliku julgeoleku kahjustamine” ja milliste terrorismiga seotud tegudega on seda kahjustatud.

Üksnes asjaolust, et koosseisus on tunnus ettevalmistamine või kirjeldatud teod loovad tingimusi õigushüve kahjustamiseks, ei saa teha järeldust, et toimepanija teol, mis on suunatud õigushüve kahjustamise vältimisele, oleks sama mõju ja tähendus kui süüteokatses loobumisel.

Kokkuvõtvalt võib märkida, et nii ohu- kui ettevõtmisdeliktide korral tuleb kindlaks teha, kas toimepanija õigushüve kaitsmisele suunatud teol on täidetud samad eeldused või mitte. Kui süüteokatses loobumise eeldused täidetud ei ole, tuleb tuvastada puuduv asjaolu ja leida seaduses sätestatud parim reageerimisviis, arvestades nii õigushüvede kaitsmist kui ka toimepanija süüd ja karistuseesmärkide realiseeritust.

Peale selle võib tõstatada küsimuse, kas seesuguseid sätteid ette nähes ei lähe süsteem liiga keeruliseks, sest juba KarS-i § 60¹ praeguse regulatsiooni kohaselt on võimalik nii karistust vähendada kui karistusest vabastada. Lisandused eriosalise tegevkahetsuse regulatsiooni osas tuleks panna konkreetsete sätete juurde ning nende alusel oleks lisaks karistuse kergendamisele ja karistusest vabastamisele võimalik isiku mittekaristamine, s.t kriminaalmenetluse lõpetamine ilma süüdimõistva otsuseta. Siiski tuleb arvestada, et tegemist on erandjuhtumitega, mille kohaldamine on täpselt piiritletud. Arvestades, et isiku panusel võib olla oluline roll õigushüvede kaitsmise aspektist ja täidetud on süüteokatses loobumise eeldused, on nii isikute võrdse kohtlemise kui ka karistusõiguse eesmärkide alusel põhjendatud lisaregulatsiooni kehtestamine. Samas annab see regulatsioon võimaluse täpselt kindlaks määrata, milline on see panus, mida isikult oodatakse, et järgneks mittekaristamine. Kuritegelik eeltegevus on staadium, milles teatud juhtudel on toimepanijal võimalik kõrvaldada tema teost tulevad kahjulikud mõjud ja tagada õigushüve kaitse. Lisaks on oluline märkida, et kui suureneb kuritegeliku eeltegevuse kriminaliseerimine, tuleb mõelda, millal on toimepanija karistamine põhjendatud ja millal mitte, sest karistusõiguslik ressurss on napp ning selle kohaldamisel tuleb lähtuda *ultima ratio* põhimõttest.

VI KOKKUVÕTE

Õigushüve kaitsvale teole on karistusõiguses antud tähendus nii loobumise, tegevkahetsuse kui ka karistust kergendavate asjaolude regulatsiooni kaudu.

Loobumine kohaldub ainult süüteokatsele. Eriosas kriminaliseeritud kuritegeliku eeltegevuse puhul saab rakendada üksnes tegevkahetsust ning karistust kergendavaid asjaolusid. Järelikult on loobumine vahetult seotud süüteokatsega.

Süüteokatse ebaõigus väljendub kahes aspektis: 1) toimepanija tegevusse rakendunud tahtluses ja 2) normatiivsete ootuste rikkumises. Toimepanija tahtluse arvestamine lähtepunktina süüteokatse karistamisväärsuse määramisel põhineb finalistlikul teomõistel. Isiku konkreetsele käitumisaktile eelneb tema tahtlus, mis on suunatud eesmärgi saavutamisele. Süüteokatse korral on see suunatud õigushüve kahjustamisele kas objektiivselt või üksnes toimepanija ettekujutuse kohaselt. Viimasel juhul ei satu õigushüve ohustatuse sfääri, kuid tegemist on juhusega, et see nii läks, kuivõrd on olemas tahtlus, mis oli tegevusse rakendunud ja suunatud õigushüve kahjustama. Teiseks avaldab süüteokatses väljendunud käitumisakt mõju väljapoole konkreetse võimaliku kahjustava objekti kaitsesfääri, sest toimepanija tahtlusest kantud tegu on suunatud normatiivsete ootuste rikkumisele ja on seadnud kahtluse alla õigusnormi kehtivuse. Eeltoodud kaks aspekti on seotud, sest käitumisnormi eiramisele suunatud tahtlus väljendab ühest küljest valmisolekut kahjustada õigushüve, kuid näitab teisest küljest, et käitumisnormist tulenevad normatiivsed ootused võivad olla valed, seades õigusnormi kehtivuse kahtluse alla. Õigusnormide kehtivus kahtluse alla seadmisega on nõrgestatud ka õigushüvede kaitset, sest ei ole üheselt selge, kas on üldse mõistlik ja põhjendatud võtta aluseks käitumisnormid, mis on suunatud õigushüve kahjustamise vältimisele või võib oma eesmärgi realiseerida käitumishäireid eirates.

Süüteokatsest loobumise põhjendamisel on lähtutud N. Luhmanni süsteemiteooriast, mille kohaselt koosneb ühiskond kui sotsiaalne süsteem ootustest kantud käitumistest. Toimepanija käitumisakt, mis on vastuolus käitumisnormiga, seab kahtluse alla, milline toimumisviis on õige ning kas on vajalik ja põhjendatud järgida õigusnormi ettekirjutust. Ootuste taastamiseks on kommunikatsiooniprotsessis vajalik näidata, et käitumisnormi järgimine on õige. Kuna süüteokatse alustamisega on normatiivsed ootused seatud kahtluse alla, on tähtis, et sellele järgneks kommunikatiivne akt, mis näitab käitumisnormi järgimise õigsust.

Loobumisel mõtleb toimepanija ümber ja muudab ära katse negatiivsed mõjud: jätab koosseisu lõpule viimata ning näitab, et põhjendatud on järgida õigusnormi.

Loobumises avaldub tahtluse muudatus, olles vastupidiselt esialgsele tahtlusele suunatud süüteokoosseisu lõpuleviimise vältimisele. Kadus ära motiveeriv tegur, s.o tahtlus koosseis lõpuni viia, ja õigushüve jäi kahjustamata. Nii nagu ei saa kuriteokatset olla ilma välismaailmas avaldunud käitumisaktita, on ka loobumise puhul oluline, et toimepanija tahte muutumine peab avalduma konkreetsetes teos. Loobumisteo mõju ei piirdu üksnes sellega, et konkreetsetes

situatsioonis jäetakse koosseis lõpule viimata, vaid loobumistegu näitab ka seda, millised normatiivsed ootused on õiged ja millised väärad, kinnitades õigusnormi kehtivust.

Süüteokatses on rikutud käitumisnormi, kuigi eriosa koosseisu ei ole lõpule viidud. Normi kaitse-eesmärk ei piirdu konkreetse teo kui sellise keelamisega, vaid lisatähendus on asjaolul, et nimetatud tegu võib viia õigushüve kahjustamiseni, mida kaitseb konkreetne eriosa koosseis, millele katsetegu on suunatud. Eeltoodust lähtudes on normi keeld oluline seni, kuni tegu on jõudnud õigushüve kahjustamiseni ega ammendu ainult käitumisnormi rikkumisega. Loobumistegu näitab, et õigusnormi järgimine, mis on suunatud õigushüve kaitsele, on õige. Samas ei tule tuvastada, kas toimepanija negatiivne õigusmeelsus on asendunud õigusnorme järgivaga, vaid iga kaalutlust tuleb hinnata eraldi. Oluks, kus isikul tuleb otsustada õiguspärase ja õigusvastase käitumise vahel, kerkib küsimus normatiivsete ootuste õigsuse kohta. Iga valik järgida õigusnormi on kommunikatiivne akt ja kinnitab, et õigusnorm kehtib.

Samas ei piisa üksnes õigushüve kahjustamata jätmisest, vaid peab selgelt ilmnema, et loobumistegu on toimepanija panus, millel on kommunikatsiooniprotsessi mõjutav tähendus. Seda näitab toimepanija poolt sündmuste arengu valitsemine. Isik peab tajuma, et tegu on võimalik lõpule viia, kuid ta otsustab vabatahtlikult jätta eriosa koosseisu lõpule viimata ning oma senise teopanuse mõju neutraliseerida, mille tulemusena hoitakse ära tagajärg või on seda tõsimeelselt püütud.

KarS-i § 43 puhul on süüteokatses loobumiseks mitme toimepanija korral piisav, kui isik püüdis tõsimeelselt tagajärje ära hoida, isegi kui see ikkagi saabus. Samas ei ole vajalik, et isik võtaks tagasi või kõrvaldaks või oluliselt vähendaks enda teopanuse mõju, mis peaks olema loobumisekohane eeldus, vältmaks, et ära on muudetud süüteokatses tulenevad negatiivsed mõjud. Autor on teinud ettepaneku karistusseadustikku täiendada, lisades, et loobumise eeldused mitme toimepanija puhul on täidetud siis, kui isik lisaks tõsimeelsele püüdumisele on neutraliseerinud enda teopanuse.

Kuigi süüteokatse ja loobumine on kaks teineteise järel realiseeritud käitumisakti, on nad olemuslikult seotud, sest loobumine on võimalik üksnes senikaua, kui tegu on katsestaadiumis ning on oluline, millise arengusuuna võtavad süüteokatse kahjulikud mõjud. Loobumine avaldab mõju konkreetsele süüteokatsesele, muutes ära süüteokatse kahjulikud mõjud. Järelikult on põhjendatud käsitada neid ühtse hinnangu andmise alusena. Süüteokatse alustamisel valis isik õigusvastase käitumise, kuid veel enne koosseisu lõpuleviimist otsustas ta ümber õiguspärase käitumise kasuks. Toimepanija valikule ja käitumisele hinnangu andmisel tuleb arvestada kogu ajavahemikku katse alustamisest kuni kuritegeliku käitumise lõpuleviimiseni, s.o tegevust kogu ajavahemiku vältel, mil toimepanijal on võimalik mõjutada kuriteosündmuse edasist arengut. Süüteokatses loobumise korral on põhjendatud väita, et toimepanija otsustas, küll teatud hilinemisega, kuid siiski veel enne õigushüve kahjustamist ja normi kaitse-eesmärgi lõplikku kahjustamist, õiguspärase käitumise kasuks. Seega hilisem, koosseisu realiseerimise vältimisele suunatud käitumine kompenseerib

täielikult süüteokatse alustamisel avaldunud süü, mistõttu on põhjendatud toimepanijale andestada süüteokatse alustamisel avaldunud süü. Katse süülisus on vabandata, kuigi süüteokatse on kriminaliseeritud iseseisva vastutuse alusena, kuid eesmärk on ikkagi vältida eriosa koosseisu realiseerimist ja katse ei sisalda täiendavat ebaõigust, nagu ühiskonda ohustavate esemete tootmine või situatsioonide loomine, mida toimepanijal on raske kontrollida.

Kuritegelik eeltegevus on karistatavaks loetud ka eriosa koosseisude kaudu, mille kohaselt, kriminaliseeritakse kuritegelik eeltegevus, kui lisaks tegevusse rakendunud negatiivsele õigusmeelsusele avaldub veel täiendav spetsiifiline ebaõigus. See võib väljenduda asjaolus, et on rikutud keskkonda, mis on vajalik õigushüvede säilimiseks, või on loodud sotsiaalkäibesse lubamatute esemed või on toimunud selleks tingimuste loomine.

Kuritegeliku eeltegevuse kriminaliseerimisel tuleb analüüsida, milles avaldub etteheidetavus, millest lähtuvalt otsustada, kas põhjendatud on kehtestada regulatsioon karistusseadustiku üld- või eriosas, arvestades süüteokatse ning erinevate deliktitüüpide karistamisväärsuse aluseid. Samas ei pruugi selline eristamine olla alati võimalik, sest eriosas kuritegeliku eeltegevuse kriminaliseerimine võib olla kantud eesmärgist kindlaks määrata konkreetse teod, mis üldosas kriminaliseerida ei ole võimalik.

Eriosalisele kuritegelikule eeltegevusele süüteokatsest loobumise regulatsioon ei kohaldu, sest tegemist on lõpuleviidud teoga, mitte katsega. Samuti tuleb arvestada, et kui enamasti peaks kuritegelik eeltegevus olema kriminaliseeritud lähtudes ebaõiguse avaldumise eri aspektidest, pole põhjendatud automaatselt süüteokatsest loobumist üle kanda eriosalisele eeltegevusele, mille korral toimepanija hoiab ära õigushüve kahjustamise. Samas ei saa siiski väita, et kuritegeliku eeltegevuse puhul oleks alati välistatud, et oleksid täidetud süüteokatsest loobumise eeldused. Eriosas sätestatud eeltegevuse korral tuleb hinnata, milline tähendus on konkreetse koosseisu kontekstis teol, mis on suunatud sellele, et vältida õigushüve kahjustamist. Tuleb tuvastada, kas on võimalik ära hoida eriosa koosseisuga kaitstava õigushüve kahjustamine, kas koosseisuline ebaõigus avaldub sündmuste arengu edaspidises kontrollimatuses ja mil määral on toimepanijal võimalus muuta oma teopanusest tulenevat negatiivset mõju. Süüteokatsest loobumise eelduste täidetuse korral peaksid kuritegeliku eeltegevuse puhul isikule järgnema võimalikult samaväärsed õiguslikud tagajärjed kui süüteokatsest loobumise korral. Kui aga kõik süüteokatsest loobumise eeldused pole täidetud, ei ole küll põhjendatud ette näha süüteokatsest loobumisele samaväärseid õiguslikke tagajärgi, kuid toimepanija panust käituda kooskõlas õigusnormiga tuleb arvestada, eriti veel siis, kui pole kaasnud õigushüvede kahjustamist.

Eeltoodust nähtuvalt ei ole eriosas sätestatud kuritegeliku eeltegevuse puhul õigushüve kahjustamise vältimisele põhjendatud alati kehtestada samaväärseid õiguslikke tagajärgi kui süüteokatsest loobumisel, sest tegemist ei ole identsete olukordadega. Samas on oluline tagada õiguslike tagajärgede sümmeetria, kui kuritegeliku eeltegevuse korral on karistusseaduse eriosas täidetud süüteokatsest loobumise tingimused. Ainult sel viisil toimides on tagatud süsteemne

lahendus, mis tagab isikute võrdse kohtlemise. Samuti tuleneb see karistusõiguse *ultima ratio* ja subsidiaarsuse põhimõttest.

Eesti karistusõiguses ei kohaldu süüteokatsest loobumise regulatsioon konkreetsetele ja abstraktsetele ohudeliktidele ega ettevõtmisdeliktidele. Loetletud deliktitüüpide puhul on õigushüve kahjustamist vältivale tegevusele karistusõigusliku hinnangu andmiseks kasutatud KarS- §-s 60¹ sätestatud tegevkahetsuse regulatsiooni, mis näeb kohtule ette võimaluse isik karistusest vabastada või tema karistust kergendada. Eeldus KarS-i § 60¹ kohaldada on vabatahtlik loobumine teo edasisest toimepanemisest või ohu kõrvaldamine muul viisil. Teatud juhul võivad karistusseadustiku eriosas kriminaliseeritud kuritegeliku eeltegevuse korral olla täidetud samad eeldused, mis süüteokatsest loobumiselgi: toimepanija on hoidnud ära õigushüve kahjustamise, tal on kontroll sündmuste arengu üle ning ta on neutraliseerinud oma teost tulenevad negatiivsed mõjud. Sellisel juhul oleks põhjendatud täiendada karistusseadustiku eriosa tegevkahetsuse sätetega, mille kohaselt isikut ei karistata.

Tänapäeva karistusõigus liigub üha enam selle poole, et karistada kuritegeliku eeltegevuse eest, st sekkuda võimalikult varajases staadiumis, enne kui õigushüve on jõutud kahjustada. Süüteost loobumine annab toimepanijale võimaluse pääseda karistusõiguslikest järeldustest, kui ta jätab kuriteo lõpule viimata ja õigushüve kahjustamata. Tegemist ei ole mitte vastandlike, vaid teineteist täiendavate lähenemistega karistusõiguses. Liikudes karistusõiguses üha enam selle poole, et karistada kuritegelikku eeltegevust, on oluline hinnata, millal on võimalik toimepanijal ära muuta teost tulenevad negatiivsed mõjud ning tagada õigushüvede kaitse ja taastada usk õigusnormide kehtivusse. Kui süüteo reageerida üksnes karistamisega, näidatakse karistuse vältimatust, kuid samas võib see kohalduda juhtudele, kus see pole *ultima ratio* põhimõtet arvetades vajalik, olles isegi põhjendamatu ja devalveerides karistuse tähendust ning raisates karistusõiguslikku nappi menetlemisressurssi.

Karistusõiguslike järelduste kohaldamisel on tähtis leida tasakaal karistamise ja andestamise vahel. Süüteokatsest loobumise teoreetiline käsitlus pakub kriteeriumid, millal on põhjendatud toimepanijale andestada, andes aluse süsteemseks käsitluseks õigushüve kaitsvale teole tähenduse andmisel.

Töö autor kontrollis sissejuhatuses esitatud hüpoteese ja jõudis järgmiste põhiväideteni.

1. Karistusõiguses tuleb õigushüve kaitsvale teole tähenduse andmisel lähtuda ühtedest ja samadest põhimõtetest, mis on aluseks süsteemsele lähenemisele, mis tagab isikute võrdse kohtlemise ning muudab seaduse rakendamise arusaadavaks ja õigushüvede kaitse senisest efektiivsemaks. Aluseks tuleks võtta süüteokatsest loobumise regulatsioon, sest selle kaudu on võimalik määrata ühesugused kriteeriumid, mille põhjal anda tähendus õigushüve kaitsvale teole.
2. Süüteokatsest loobumise regulatsiooni eesmärk on tagada õigushüvede täiendav kaitse. Õigushüve kahjustamata jätmine pole ainus kriteerium, mis põhistab loobumisregulatsiooni. Süüteokatsest loobumine on seotud katse karistamisväarsusega. Loobumist põhjendab katsest tulenevate negatiivsete

mõjude äramuutmine, mille tulemusena jääb konkreetne koosseis lõpule viimata ja on taastatud usk normatiivsetesse ootustesse.

3. Eesti karistusseadustiku eriosas sätestatud kuritegeliku eeltegevuse korral võib õigushüve jääda kahjustamata ja toimepanija võib ära hoida õigushüve kahjustamise. Olukord sarnaneb süüteokatses loobumise situatsiooniga. Eriosa kuritegeliku eeltegevuse karistamisväärsus võib erineda süüteokatses ning õigushüve kaitsele suunatud tegu ei pruugi täita kõiki loobumise eeldusi, mistõttu võib olla põhjendatud kohaldada eri õigusjärelmeid. Seejuures peab olema arvestatud, mil määral on täidetud loobumise eeldused, mille põhjal otsustada, missuguste õigusjärelmite kohaldamine on põhjendatud.
4. Kuritegeliku eeltegevuse kriminaliseerimisel tuleb analüüsida konkreetse teo karistamisväärsust, millele tuginedes otsustada, kas on põhjendatud vastutus ette näha karistusseadustiku üld- või eriosas. Vastupidisel juhul võib eri isikuid kohelda ebavõrdselt, arvestades, et õigusjärelmid õigushüve kaitsvale teole on erinevad.

ZUSSAMENFASSUNG

“Grundlagen des Rücktrittsinstutts - ob und inwieweit die Begründung des Rücktritts bei krimineller Vortätigkeit berücksichtigt werden sollte ”

I Problemstellung und Ziel der Doktorarbeit

A. Begründung der Themenwahl

Das Strafrecht erfüllt seine Aufgabe, Rechtsgüter zu schützen, vor allem durch einen strafrechtlichen Eingriff, nämlich durch die Bestrafung, die dem vom Täter geschaffenen Unrecht folgt. Darauf deutet auch der Begriff des Strafrechts, der ausdrückt, dass es sich um das Recht handelt, auf Grund dessen bestraft wird. Die Bestrafung besteht in der Anwendung negativer Rechtsfolgen gegenüber dem Täter. Wenn der Täter die Grenze des von der Rechtsordnung Zugelassenen überschritten hat, das heisst, zur Verwirklichung des Straftatsbestands angesetzt hat, hat er damit die Ungültigkeit der Normen geäussert, die das von ihm begangene verbieten, nicht gelten. Durch die Anwendung der Strafe wird wiederum gezeigt, dass der Täter sich geirrt hat – er hat etwas getan, was er nicht hätte tun dürfen, und die Norm, gegen die er verstoßen hat, gilt. Der Zweck der Strafe ist, den Glauben an die Gültigkeit der Rechtsnorm wiederherzustellen und den Rechtsgüterschutz zu gewährleisten. Je unvermeidlicher die bestrafende Reaktion des Staates auf die Straftat, desto klarer hilft es deutlich zu machen, dass der Täter die Grenze des von der Rechtsordnung zugelassenen überschritten hat; dass er sich falsch verhalten hat.

Das Bestrafen ist nicht die einzige Weise, auf das Unrecht zu reagieren. Das Strafrecht kennt auch das Gegenteil des Bestrafens – Verzeihung. Wenn festgestellt worden ist, dass der Täter eine von der Rechtsordnung verbotene Tat – eine Straftat – begangen hat, wird in gewissen Fällen von der strengen staatlichen Reaktion abgesehen, man verzeiht dem Täter.

Eine der Erscheinungsformen von Verzeihung ist die Regulation des Rücktritts vom Versuch und von der Vorbereitung in §§ 40–43 und 43¹ estnischen Strafgesetzbuches (eStGB). Ausserdem enthält eStGB die Regelungen zum Absehen von der Strafe beim untauglichen Versuch (§ 26) und zur Möglichkeit der Strafmilderung oder -aufhebung bei tätiger Reue (§ 60¹). Auch die Strafmilderungsgründe in § 57 können hierunter eingegliedert werden. Zusätzlich gibt es im 5. Abschnitt unterschiedliche Strafaussetzungsgründe, darunter Strafaussetzung auf Bewährung (§§ 73, 74, 76 und 77), elektronische Überwachung (§ 75¹), Absehen von der Strafe auf Grund unheilbarer Krankheit des Täters (§ 79) oder wenn der Täter durch die Tat schwer beschädigt wurde (§ 80). Zusätzlich enthalten die §§ 202–205¹ der Strafprozessordnung (eStPO) Regelungen zur Möglichkeit, das Strafverfahren gegen den Täter einzustellen und ihn nicht

zu bestrafen. In diesen Regelungen sind die Voraussetzungen für die Einstellung genannt: die Schuld ist gering und das öffentliche Strafverfolgungsinteresse fehlt, der Zweck der Bestrafung ist bereits erreicht, oder der Täter hat geholfen, die Umstände einer Straftat zu ermitteln.

Zu beachten sind vor allem der Rücktritt vom Versuch, die tätige Reue und aus den Strafmilderungsgründen die Abwendung schädlichen Erfolgs, Hilfeleistung für das Opfer und freiwilliger Schadensersatz. Sie sind alle mit der Wiedergutmachung des herbeigeführten Übels verbunden: Vorbeugung einer Rechtsgutsverletzung, Vermeidung weiterer Gefährdung, Vermeidung des Taterfolgs, und Schadensersatz. Die spielen eine wichtige Rolle bei der Anwendung strafrechtlichen Folgen und bei der Entscheidung, ob und inwieweit man dem Täter verzeihen kann.

Der Rücktritt vom Versuch schliesst nach § 40 eStPO die Schuld des Täters aus. Keine andere Form der Verzeihung schliesst die Schuld aus, sondern ermöglicht nur, die Strafe des Täters zu mildern oder von der Strafe abzusehen. Der Rücktritt vom Versuch gibt also eine wesentliche Bedeutung der Täterhandlung, die auf die Vermeidung der Tatbestandsvollendung gerichtet ist.

Den Rücktritt kannte bereits *Constitutio Criminalis Carolina* vom 1532. Im Art. 178 war die Verantwortung für Straftatsversuch vorgesehen, und auch die Regelung für den Fall, wenn der Täter sich anders entschied und die Tat nicht vollendete. Obwohl der Begriff „Rücktritt“ nicht benutzt wurde, entsprach diese Regulation inhaltlich der Rücktrittsregelung.

Die Carolina blieb in Estland bis 1845 in Kraft. Ihr folgte das russische Strafgesetzbuch von 1845, das auch eine Rücktrittsregelung enthielt. Dasselbe gilt für das in 1935 in Kraft getretene Strafgesetzbuch der Republik Estland. In 1940 wurde in Estland das Strafgesetzbuch der SSFR Russland von 1926 rückwirkend in Kraft gesetzt. Es galt bis 1961, als das Strafgesetzbuch der Estnischen SSR in Kraft trat. Das auf dem sowjetischen Strafrecht basierende Strafgesetzbuch (estnische Abkürzung: KrK), das von 1961 bis 2002 galt, ging aus von einem Straftatbegriff aus, der aus vier Elementen bestand – Objekt, objektive Seite, Subjekt und subjektive Seite. Dieser Tatbestand war die Grundlage der strafrechtlichen Verantwortung. Man ging von dem psychologischen Schuldbegriff aus, wonach die Schuld sich in der psychischen Einstellung des Menschen zu seiner Tat und deren Folgen äusserte.⁶²⁵ Der Rücktritt war gemäß § 16 KrK einer der Strafausschliessungsgründe. In 2002 trat das Stragesetzbuch der Republik Estland (eStGB) in Kraft, womit man zum neoklassischen dreigliedrigen Straftatsbegriff überging: Tatbestand (besteht aus dem objektiven Tatbestand: Tathandlung, Erfolg, Kausalität, und dem subjektiven Tatbestand: Vorsatz oder Fahrlässigkeit), Rechtswidrigkeit und Schuld. Eine wesentliche Änderung fand auf der Schuldebene statt, denn der Schuld wurde nicht mehr als die innere Einstellung des Täters zu seiner Tat, sondern als Vorwurf angesehen.

⁶²⁵ J. Sootak. Grundlelemente der subjektiven Verantwortlichkeit in estnischem Strafrecht. – A. Eser, J. Arnold, J. Trappe (Hrsg). Strafrechtsentwicklung in Osteuropa. Zwischen Bewältigung und neuen Herausforderungen. Berlin: Duncker&Humboldt 2005. S103, S. 224–225.

Das beruht auf dem normativen Schuldbegriff, wonach auf der Schulebene festzustellen ist, ob eine rechtswidrige Tat dem Täter vorgeworfen werden kann.⁶²⁶ Der Rücktritt vom Versuch ist nach §§ 40–43¹ eStGB ein Schuldausschlussgrund.

Wie im estnischen Strafrecht befinden sich in den Stragesetzen meisten Staaten Regelungen zum Rücktritt vom Versuch. Rücktrittsregelungen gibt es auch im internationalen Recht, zum Beispiel im Artikel 25 Absatz 3 Buchstabe f des römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs.

Die Rücktrittsregelung geht zurück zum traditionellen Strafrecht. Die Grundlage eines Vorwurfs an den Täter ist die Rechtsgutsverletzung. Die Rücktrittsregelung ist gerechtfertigt durch das Absehen von der Vollendung der Straftat und die Vermeidung des schädlichen Erfolgs. Infolge der Rücktrittshandlung wurde der Rechtsgüterschutz gewährleistet ein strafrechtlicher Eingriff ist nicht notwendig. Man kann nur vom Versuch zurücktreten, das heisst solange die Tat nicht vollendet ist, sondern sich im Stadium krimineller Vortätigkeit befindet.

Die ganze Problematik wird dadurch erschwert, dass in der Strafrechtsdogmatik eine widerspruchsfreie Theorie zum Rücktritt von der versuchten Straftat fehlt. Es sind zwar viele Auffassungen ausgearbeitet worden, sie sind aber alle auch kritisiert worden. Ausserdem ist es in der theoretischen Literatur streitig, ob und auf welche Weise der Rücktritt den Versuch beeinflussen soll: den Schuldvorwurf und die Bestrafung ausschliessen oder nur die Strafe mildern. Auch die Strafgesetzbücher verschiedener Staaten geben dem Rücktritt unterschiedliche Bedeutung: das estnische Gesetz schliesst die Schuld aus, nach deutschem Gesetz⁶²⁷ wird der Täter nicht bestraft, nach dem französischen Gesetz⁶²⁸ schliesst der Rücktritt den Versuchstatbestand aus.

Das heutige Strafrecht bewegt sich zunehmend in die Richtung der Bestrafung krimineller Vortätigkeit. Das moderne Strafrecht ist nicht mehr ein Ding an sich, sondern geprägt vom Ziel der Prävention, wodurch das gesellschaftliche Zusammenleben gelenkt und stabilisiert wird.⁶²⁹ Im Strafrecht hat ein Paradigmawechsel stattgefunden, wonach das Strafrecht nicht mehr *ultima ratio* ist, sondern vielmehr sich in die Richtung *prima ratio* entwickelt.⁶³⁰ Die heutige Technologie und die Möglichkeiten, die sie eröffnet, bringen eine schnelle und gleichzeitig unkontrollierbare Entwicklung gesellschaftlicher Prozesse mit sich, die sich auch im Bereich der Kriminalität zeigt. Zu beachten sind auch Gefahren der modernen Gesellschaft wie Terrorismus, Cyberstraftaten und organisierte Kriminalität, die nicht auf Staatsgrenzen achten. Wirksamer Rechtsgüterschutz kann nur gewährleistet werden, wenn das Strafrecht in einem

⁶²⁶ J. Sootak. Grundlelemente der subjektiven Verantwortlichkeit in Estnischen Strafrecht, S. 226–227.

⁶²⁷ Im Netz: www.gesetze-im-internet.de/stgb/.

⁶²⁸ Im Netz: www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30 (10.02.2017).

⁶²⁹ W. Wohlers. Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte. Berlin: Duncker und Humblot 2000, S. 21.

⁶³⁰ W. Wohlers, S. 33.

möglichst frühen Stadium eingreift. Zum Zeitpunkt konkreter Gefährdung des Rechtsguts kann ein Eingriff schon verspätet sein, um eine Entwicklung von Ereignissen zu verhindern, die zur Rechtsgutsverletzung führen können. Ein strafrechtlicher Eingriff ist schon beim Erschaffen von Bedingungen, das heisst im Vorbereitungsstadium berechtigt. Dies beeinflusst das Formulieren von Straftatbeständen. Im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches findet man immer mehr Deliktstypen, deren Vollendung nicht das Eintreten eines schädlichen Erfolgs oder nicht einmal eine Rechtsgutsverletzung voraussetzt. Beispiele davon im eStGB sind § 216¹ (Vorbereitung einer Computerstraftat), § 340 (Vorbereitung der Fälschung von Geld, einer Bankkarte oder anderen Zahlungsmitteln, eines Wertpapiers, einer Steuermarke, eines Postzahlungsmittels oder dessen Abdrucks oder eines Feingehaltsstempels) und § 394¹ (Verabredung zur Geldwäsche). Keine von den benannten Taten beschädigt ein Rechtsgut, sondern erschafft lediglich Bedingungen dafür, das heisst es handelt sich um kriminelle Vortätigkeit.

Wenn im Falle dieser Tatbestände der Täter zwar die Bedingungen zur Rechtsgutsverletzung erschafft, jedoch seine verbrecherische Tätigkeit unterbricht und von der Verletzung des Rechtsguts absieht, dann ist die Rücktrittsregelung nicht anwendbar, weil die Tat nicht im Versuchsstadium geblieben, sondern vollendet ist. In solchen Fällen ist es nur möglich, je nach Umständen die Regelung der tätigen Reue in Betracht kommen.

Um die Beurteilung einer rechtsgutsschützenden Handlung geht es auch in den Regelungen zur tätigen Reue, deren Rechtsfolgen sich ebenfalls von Staat zu Staat unterscheiden. Im estnischen Strafgesetzbuch kommt tätige Reue in zwei Regelungen vor. Inhaltlich als tätige Reue zu betrachten sind die Strafmilderungsgründe in § 57 (1) Nr. 1 und 2 eStGB: Abwendung schädlicher Folgen der Tat, Hilfeleistung an das Opfer unmittelbar nach der Tat und freiwilliger Schadensersatz. Sie alle geben dem Gericht die Möglichkeit, die Strafe des Täters zu mildern. Mit einer Änderung, die am 01.01.2015 in Kraft trat, wurde § 60¹ eStGB so ergänzt, dass das Gericht die Strafe mildern oder von der Strafe absehen kann, wenn der Täter die Tat zwar vollendet hat, jedoch auf weitere Ausführung verzichtet oder auf andere Weise die Gefahr beseitigt.

Die Regelung zur tätigen Reue im deutschen Strafgesetzbuch unterscheidet sich von der estnischen. Das deutsche Strafgesetzbuch (dStGB) enthält Regelungen zur tätigen Reue in §§ 46 und 46a des Allgemeinen Teils und zusätzlich im Besonderen Teil bei konkreten Straftatbeständen. Nach dStGB sind die Rechtsfolgen der tätigen Reue gestuft: ausser Strafmilderung ist es möglich, den Täter von der Strafe zu befreien und überhaupt von der Strafe abzusehen, wie es auch beim Rücktritt vom Versuch der Fall ist.⁶³¹ Dabei bilden im deutschen Strafgesetzbuch die Sonderregelungen zur tätigen Reue bei den Tatbeständen im Besonderen Teil kein System.⁶³²

⁶³¹ A. Schönke, H. Schröder. Strafgesetzbuch: StGB. Kommentar. 29. Aufl. München: Beck 2014, § 24/117–118.

⁶³² E. Samson. Kriminaalõiguse üldosa. Tallinn: Justiitsministeerium 2001, S. 178–179.

Die tätige Reue und der Rücktritt haben jedoch im estnischen Strafrecht deutlich unterschiedliche Rechtsfolgen, was die Verantwortung des Täters betrifft. Der Rücktritt schliesst die Schuld aus, aber die tätige Reue gibt dem Gericht lediglich die Möglichkeit, die Strafe zu mildern oder von der Strafe abzusehen. Also gibt das estnische Strafrecht einer rechtsgutsschützenden Handlung eine wesentlich unterschiedliche Bedeutung je nach dem, ob sie im Rahmen einer versuchten oder einer als vollendet angesehenen Straftat begangen worden ist. Die Frage, ob es sich um eine vollendete Straftat handelt oder nicht, hängt jedoch nicht von der Tatsache einer Rechtsgutsverletzung ab. Die kriminelle Vortätigkeit wird kriminalisiert sowohl in den Normen des Allgemeinen als auch des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches. Die Rücktrittsregelung ist nur auf die im Allgemeinen Teil beschriebene kriminelle Vortätigkeit anwendbar.

Sowohl die Regulationen zur kriminellen Vortätigkeit im Besonderen Teil als auch die Rücktrittsregelung im Allgemeinen Teil sind vom Ziel getragen, einen effektiven Rechtsgüterschutz zu gewährleisten. Die auf dem traditionellen Strafrecht beruhende Rücktrittsregelung gibt dem Täter die Möglichkeit, die strafrechtlichen Folgen zu vermeiden, solange der Eintritt schädlichen Erfolgs noch vermeidbar ist. Das moderne Strafrecht hat eine effiziente Methode in Gebrauch genommen, den Täter in einem möglichst frühen Stadium der kriminellen Vortätigkeit zu bestrafen, wenn das Rechtsgut noch nicht in tatsächlicher Gefahr zu sein braucht. Daraus ergibt sich die Frage, ob nicht ein Widerspruch zwischen modernen strafrechtlichen Methoden und dem traditionellen Strafrecht entsteht. Das Problem ist nicht, dass die Strafbarkeitsgrenze im besonderen Teil des Strafrechts nach vorne geschoben wird, sondern welche Bedeutung man einer Täterhandlung gibt, die auf die Vermeidung der Rechtsgutsverletzung gerichtet ist.

Bei der Beurteilung einer rechtsgutsschützenden Täterhandlung sollte man immer von denselben Kriterien ausgehen. Die Unterscheidung dürfte nicht bloß nach dem formellen Kriterium stattfinden, dass in einigen Fällen die kriminelle Vortätigkeit im Allgemeinen Teil des Strafrechts geregelt, die Vermeidung des Schadens also die Schuld ausschliesst, wenn die Vortätigkeit aber im besonderen Teil strafbar erklärt ist, ist die Rücktrittsregelung nicht anwendbar, weil die Tat als vollendet gilt.

Die Reaktion auf ein Verstoß gegen eine Verhaltensnorm ist nicht der Willkür des Staates, sondern befolgt konkreten Grundsätzen. Ein strafrechtlicher Eingriff ist nur dann berechtigt, wenn dadurch gezeigt wird, dass das Befolgen der Verhaltensnorm richtig ist, und Rechtsgüterschutz gewährleistet wird. Das Strafrecht betätigt sich beim Rechtsgüterschutz subsidiär. Die Strafe als das strengste staatliche Schutzmittel ist nur dann eine berechtigte Reaktion, wenn andere Mittel genügenden Rechtsgüterschutz unter Beachtung der Strafwürdigkeit und des Strafbedürfnisses nicht gewährleisten.⁶³³ Das bedeutet, dass der Rechtsgüterschutz der Eckstein ist, der dazu berechtigt, die Tat als eine

⁶³³ V. Krey, R. Esser. Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Stuttgart: W.Kohlhammer: 2012, S. 6-8.

Straftat zu behandeln und an sie strafrechtlich zu reagieren, jedoch nur dann, wenn dies aufgrund des Prinzips von *ultima ratio* berechtigt und notwendig ist. Also ist es wichtig, klarzumachen, welche Bedeutung eine rechtsgutsschützende Täterhandlung im Stadium der kriminellen Vortätigkeit bekommt. Es ist wichtig, systematisch vorzugehen und vor einheitlichen Kriterien auszugehen, denn das gewährleistet sowohl die Gleichbehandlung als auch die nachvollziehbar Anwendung des Rechts, was aus dem Standpunkt der Wirksamkeit wichtig ist. Der einheitliche Ausgangspunkt kann aus der Analyse des Rücktritts vom Versuch gewonnen werden. Die Rücktrittsregelung ist ein Institut des Strafrechts, das sich damit beschäftigt, der rechtsgutsschützenden Handlung eine Bedeutung zu geben. Sie ermöglicht, Kriterien zu finden für die Festlegung von Umständen, die relevant sind bei der Beurteilung einer rechtsgutsschützenden Handlung im Stadium krimineller Vortätigkeit.

Es handelt sich um ein für das estnische Strafrecht wichtiges Thema, weil das estnische Strafgesetzbuch deutlich unterschiedliche Rechtsfolgen vorsieht für einerseits den Rücktritt vom Versuch, der den Schuld des Täters ausschliesst, und andererseits die tätige Reue, die die Befreiung von der Strafe oder die Strafmilderung ermöglicht. Das deutsche Strafrecht macht keine solche Unterscheidung zwischen dem Rücktritt vom Versuch und der tätigen Reue. In beiden Fällen ist es möglich, den Täter nicht zu bestrafen.

Die Beurteilung einer rechtsgutsschützenden Täterhandlung ist problematisch auch in anderen Staaten, wie die deutsche Regulation zeigt.

B. Hauptziele und Untersuchungsfragen der Dissertation

Es stellt sich also ein wichtiges wissenschaftliches Problem: warum wird dem Verhalten des Täters, das auf die Vermeidung der Rechtsgutsverletzung gerichtet ist, in einigen Fällen als schuldausschliessend angesehen und in anderen Fällen nicht? Das Strafrecht soll ein System bilden, in dem verschiedene Regulationen im logischen Zusammenhang stehen und damit das Recht verständlich, überzeugend und wirksam machen.

Das Strafrecht bewegt sich immer mehr in die Richtung Kriminalisierung krimineller Vortätigkeit, weswegen es nötig ist, die rechtsgutsschützende Täterhandlung systematisch zu betrachten, um ein Gleichgewicht zu finden, wann der Täter zu bestrafen ist und wann Verzeihung angebracht ist, wenn man berücksichtigt, dass die Strafrechtressource knapp ist und die Befolgung des Prinzips von *ultima ratio* fordert.

Das Ziel dieser Dissertation ist, zu untersuchen, welche Bedeutung der Rücktritt vom Versuch hat und ob und inwieweit die Argumentation des Rücktritts berücksichtigt werden sollte bei krimineller Vortätigkeit im Besonderen Teil, wenn der Täter eine auf Rechtsgüterschutz gerichtete Handlung verwirklicht.

Da im Strafrecht das umfassendste Institut, das sich mit auf den Rechtsgüterschutz gerichteter Handlung befasst, der Rücktritt vom Versuch ist, ist es sinnvoll, im Falle krimineller Vortätigkeit von denselben Kriterien auszugehen wie im Falle des Rücktritts, weil dies ein systematisches Vorgehen möglich macht.⁶³⁴ Daraus folgt jedoch nicht, dass bei krimineller Vortätigkeit nicht noch andere Kriterien berücksichtigt werden könnten, zusätzlich zu diesen, von denen man beim Rücktritt ausgeht. Ihre Behandlung verbleibt aber außerhalb des Themas dieser Dissertation.

Das erste Untersuchungsproblem der Dissertation ist die Begründetheit der Rücktrittsregelung. Zu diesem Zweck werden die Begründungen der Strafbarkeit des Versuchs als einer der Formen krimineller Vortätigkeit untersucht, danach die Beziehung des Rücktritts zum Versuch, und schliesslich, mit welchen Argumenten die Rücktrittsregelung begründet wird.

Bezüglich der Rücktrittsbegründung stellt die Autorin die folgenden Hypothesen auf:

- Eine Unterlassung des Rechtsgutsverletzung seitens des Täters ist ein wichtiger Umstand, genügt alleine aber nicht zur Feststellung, dass ein strafrechtlicher Eingriff nicht nötig ist;
- Die Rücktrittsregelung ist berechtigt wegen der Abänderung der Umstände, die die Strafwürdigkeit des Versuches begründen, womit Rechtsgüterschutz gewährleistet und die Geltung der Anerkennungsordnung bestätigt wird.

Das zweite Untersuchungsproblem ist die Frage, inwieweit es begründet ist, die Rücktrittsregelung auf die kriminelle Vortätigkeit in Besonderen Teil anzuwenden. Zu diesem Zweck werden verschiedene Formen krimineller Vortätigkeit im Besonderen Teil des eStBG betrachtet. Dabei wird untersucht, welche Bedeutung in diesen Fällen eine auf Rechtsgüterschutz gerichtete Täterhandlung haben kann, und ob die Rücktrittsvoraussetzungen erfüllt sind. Im Bezug zu dieser Untersuchungsfrage stellt die Verfasser folgende Hypothesen auf:

- die kriminelle Vortätigkeit ist im Allgemeinen und Besonderen Teil des Strafrechts in der Regel nach unterschiedlichen Kriterien strafbar.
- Es ist begründet, auf die kriminelle Vortätigkeit im Besonderen Teil die dem Rücktritt gleichwertigen Rechtsfolgen anzuwenden, wenn dieselben Voraussetzungen wie beim Rücktritt vorliegen. Wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, ist es nicht begründet, für den Rücktrittsfall gleichwertige Rechtsfolgen vorzusehen. Gleichzeitig ist bei strafrechtlicher Reaktion die Täterhandlung zu berücksichtigen, dank deren der Rechtsgüterschutz gewährleistet wurde.

⁶³⁴ U. Murmann. Strafzumessung und Strafverfahren. – G. Freund, U. Murmann, R. Bloy, W. Perron (Hrsg). Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot 2013, S. 1145-1146.

In dieser Dissertation sind die vergleichende und die dogmatische Methode und die empirische Analyse der Gerichtspraxis benutzt worden. Mit der Hilfe der dogmatischen Methode wurden sowohl Gesetzestexte als auch rechtstheoretische Betrachtungen analysiert und ein Versuch unternommen, durch die Erklärung deren Inhalts die vorliegende Situation zu charakterisieren und einen notwendigen Ausgangspunkt zu Weiterentwicklungen zu finden. Mit der vergleichenden Methode wird die geltende strafrechtliche Regulation vor allem mit dem deutschen verglichen, zusätzlich werden aber auch die Regelungen anderer Staaten, z. B. Frankreich und Polen vorgestellt. Damit wird die estnische Regelung unter Berücksichtigung anderer Lösungsmöglichkeiten untersucht und Möglichkeiten zur Ergänzung geltender Regelung vorgeschlagen. Zur empirischen Analyse der Gerichtspraxis werden Urteile sowohl des estnischen Staatsgerichtshofs als auch des deutschen Bundesgerichtshofs benutzt, wodurch es möglich ist, zu beurteilen, ob und wie die theoretischen Lösungen in der Praxis Anwendung gefunden haben. Jedoch ist die Gerichtspraxis zu diesem Thema knapp.

C. Die Struktur der Dissertation

Um die obigen Behauptungen zu untersuchen, ist die Dissertation in fünf Kapitel eingeteilt.

Da ein Rücktritt nur von versuchter Straftat möglich ist, ist das erste Kapitel der Analyse des Rücktritts vom Versuch gewidmet. Genauer, worin das Versuchsunrecht besteht, worauf wiederum die folgende Analyse beruht, ob und wie der Rücktritt die Vorwerfbarkeit und die Strafbarkeit des Versuchs beeinflussen kann. Das zweite Kapitel ist gewidmet der Analyse dogmatischer Grundlagen des Rücktrittsinstituts, der Behandlung verschiedener Theorien und der Vorstellung des Standpunkts der Autorin. Das dritte Kapitel befasst sich mit der Bestimmung der im Strafgesetzbuch vorgesehenen Rücktrittsvoraussetzungen – Abwendung des Erfolges oder ernsthaftes Bemühen, und Freiwilligkeit. Im vierten Kapitel wird untersucht, welche Bedeutung der Rücktritt vom Versuch für die Beurteilung des Täterverhaltens hat – Berechtigung, Entschuldigung, Strafaufhebung or Strafmilderung. Mit anderen Worten wird ein Versuch unternommen, eine Antwort zum dogmatischen Standort des Rücktritts zu finden. Im fünften Kapitel werden konkrete Deliktstypen untersucht, nämlich Gefährdungsdelikte und Unternehmensdelikte. Es wird ihre Strafwürdigkeit erklärt und sie aus diesem Aspekt mit den Grundlagen der Versuchsstrafbarkeit verglichen. Dann wird die Bedeutung einer rechtsgutsschützender Handlung bei den genannten Deliktstypen untersucht und diese mit den Voraussetzungen des Rücktritts verglichen. Danach werden die Regulationen des estnischen Strafgesetzbuches zur tätigen Reue analysiert und untersucht, ob die Regelung im Falle der Gefährdungs- und Unternehmensdelikten genügt und mit der Regulation des Rücktritts vom Versuch im Einklang ist.

D. Die benutzten Quellen und Methoden

Die Analyse der Themen stützt sich vor allem auf die deutsche rechtswissenschaftliche Literatur, weil die estnische Strafrechtsdogmatik das deutsche Strafrecht zur Grundlage des Strafrechts angenommen hat. Benutzt werden auch relevante estnischsprachige Quellen, von denen es aber leider nicht viele gibt. In der estnischsprachigen Rechtsliteratur wird die Rücktrittsregelung und ihre Anwendbarkeit an die kriminelle Vortätigkeit behandelt in J. Sootaks Lehrbuch „Strafrecht. Allgemeiner Teil“, in den Kommentaren zum Stragesetzbuch und in einigen Artikeln in der estnischen rechtswissenschaftlichen Zeitschrift „Juridica“.⁶³⁵ Diese Themen sind kurz behandelt worden auch in übersetzten Lehrbüchern des Allgemeinen Teils des Strafrechts von E. Samson und K. Kühl. Doktor- und Magisterarbeiten zu diesem Thema sind in der estnischen Sprache keine geschrieben worden. Das zeigt nochmals, wie wichtig es ist, dieses Thema im estnischen Strafrecht zu untersuchen, unter Berücksichtigung Besonderheiten der estnischen Regelung im Vergleich zum deutschen Strafrecht.

Im folgenden werden die untersuchten Themen und die Schlussfolgerungen kapitelweise vorgestellt.

II Grundlagen der Versuchsstrafbarkeit

2.1 Überblick über die ausgearbeiteten Auffassungen

Gemäß § 25 (1) eStGB ist der Versuch eine vorsätzliche Tat, die auf die Ausführung einer Straftat gerichtet ist. Der Versuch ist eine Ableitung des Hauptdelikts, d.h. der vorsätzlichen vollendeten Tat. Das heisst, das der Versuch an sich eine Straftat ist, also ist für die Strafbarkeit des Versuchs der Tatbestand, die Rechtswidrigkeit und die Schuld festzustellen. Jedoch weist der Versuch auf allen diesen drei Ebenen Unterschiede zur vollendeten vorsätzlichen Tat auf.⁶³⁶ Auf der Tatbestandsebene besteht die Unterschied im objektiven Tatbestand: im Falle des Versuchs fehlen einige Tatbestandselemente des vollendeten Delikts; das Verhalten des Täters ist bloß auf die Verwirklichung des konkreten Tatbestandes im Besonderen Teil gerichtet. Alle im Tatbestand im Besonderen Teil vorgesehenen subjektiven Merkmale müssen im Falle des Versuchs vorliegen, denn aus ihnen ist ersichtlich, dass das Täterverhalten auf die Verwirklichung des konkreten Tatbestandes im Besonderen Teil gerichtet ist. Also erweitert die Versuchregelung den Anwendungsbereich des Besonderen Teils. Dabei ist der Versuch unmittelbar mit den Tatbestand im Besonderen Teil verbunden, denn

⁶³⁵ P. Pikamäe. Süüteokatse ja loobumine süüteokatsest karistusseadustiku järgi Juridica, 2001/ VII, S. 464-474 und M. Möttus. Riigikohtu kriminaalkolleegiumi 24. aprilli 2009. a otsus kriminaalasjas 3-1-1-10-09- Juridica, 2009/IV 4, S. 258–261

⁶³⁶ P. Pikamäe. Süüteokatse ja loobumine süüteokatsest karistusseadustiku järgi. – Juridica 2001/VII, S. 467-468.

im Fall eines Versuchs ist nachzuweisen, worauf der Vorsatz des Täters gerichtet ist.

Wenn man das in versuchter und vollendeter Straftat enthaltene Unrecht vergleicht, so sind beide mit einem Verstoß gegen eine Verhaltensnorm verbunden. Die Aufgabe einer Verhaltensnorm als Bestimmungsnorm ist es, Handlungen von Menschen mit Verhaltensanweisungen zu lenken. Der Gegenstand der Norm ist die Tat, die gegen das Verbot verstößt, nicht der durch die Tat verursachte Erfolg. Das heisst, dass die Norm es dem Täter überhaupt verbietet, eine Tat zu begehen, die auf die Verwirklichung von Tatbeständen im Besonderen Teil gerichtet ist.⁶³⁷ Die Betrachtung der Rechtsnorm als einer Bestimmungsnorm führt zur Folgerung, dass das ganze Unrecht in der Tat enthalten ist.⁶³⁸ Der Eintritt oder Nichteintritt des Erfolgs hat nach dieser Auffassung vom Standpunkt des Unrechts keine Bedeutung. Daher bedarf die Strafbarkeit des Versuchs keiner zusätzlichen Begründung im Vergleich zur Strafbarkeit der vollendeten Tat, da das Unrecht sich in beiden Fällen in der Verletzung einer Verhaltensnorm äussert. Ein Teil von Autoren stimmt diesem Standpunkt zu.⁶³⁹

Gemäß eStGB hat das Erfolgsunrecht besondere Bedeutung. Beim untauglichen Versuch sieht eStGB die Möglichkeit vor, die Strafe des Täters zu mildern (§ 25 (6)) oder in gewissen Fällen sogar den Täter von der Strafe zu befreien (§ 26 (2)). Das zeigt, dass eine Tat, die lediglich auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtet ist, nicht gleichgestellt wird mit einer vollendeten Tat, d.h. mit einer tatsächlichen Verletzung eines konkreten Tatobjekts. Die Verursachung eines schweren Erfolgs ist gemäß § 58 Nr. 8 ein Straferschwerungsgrund. Folglich gibt das eStGB bei der Beurteilung des Unrechts dem Erfolg eine selbständige Bedeutung. Beim Versuch ist nicht der ganze Unrechtsinhalt verwirklicht worden, da nicht alle im Besonderen Teil beschriebene Tatbestandsmerkmale vorliegen.

Die Versuchstheorie soll die Frage beantworten, warum der Täter für eine Tat bestraft wird, die als solches durch das Gesetz (den Tatbestand im Besonderen Teil) nicht zur Straftat erklärt worden ist.⁶⁴⁰ Genauer, worin besteht das Unrecht, das beim Versuch zur Erscheinung kommt, und aus welchen Gründen ist es gerecht, es dem konkreten Täter vorzuwerfen; wie ist das Unrecht im Falle des tauglichen und untauglichen, des beendeten und unbeendeten Versuchs. Auch sollten Kriterien zur Abgrenzung des Versuchs von der Vorbereitung angeboten werden.

Deswegen werden in dieser Dissertation die objektive und die subjektive Versuchstheorie, die Eindruckstheorie und die gemischte Theorie behandelt,

⁶³⁷ E. Samson, S. 49.

⁶³⁸ J. Sootak. Norm ja käitumine. Karistusõigusliku normiteooria paradokse. – Akadeemia 2005/5 (194), S. 1024.

⁶³⁹ H. Wege. Rücktritt und Normgeltung. Zum Einfluss glaubwürdiger Umkehr auf die Rechtsfolgebestimmung. Berlin: Duncker und Humblot 2011, S. 58-59.

⁶⁴⁰ J. Sootak. Norm ja käitumine, S. 1024.

ausserdem die Auffassung des Versuchs als einer expressiven und tatbestandsnahen Normverletzung, und die Theorie von der Verletzung des Anerkennungsverhältnisses. In strafrechtlicher Literatur findet man noch mehrere verschiedene Auffassungen, aber in Anbetracht des Umfangs dieser Dissertation und des zu untersuchenden Problems ist die Analyse aller Theorien unnötig, weil es bereits aus den erwähnten hervorgeht, womit in unserer Zeit die Versuchsstrafbarkeit begründet wird.

Als älteste Theorien können die objektive und subjektive Versuchstheorie genannt werden. Die objektive Versuchstheorie begründet die Strafbarkeit des Versuchs mit der Gefahr für das konkrete Tatobjekt oder Rechtsgut, die sich aus der Versuchshandlung ergibt.⁶⁴¹ Nach der subjektiven Versuchstheorie beruht die Strafbarkeit des Versuchs auf dem verbrecherischen Willen des Täters, der betätigt worden ist.

Wenn man diese Begründungen zusammenfasst, ist es klar, das mit Hilfe der objektiven oder subjektiven Theorie allein die Versuchsstrafbarkeit nicht begründet werden kann. Die objektive Theorie vermag nicht, die Strafbarkeit eines untauglichen Versuchs zu begründen. Das Anfangsmoment des Versuchs ist vor allem mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung verbunden. Das ist aber zu spät und gewährleistet den effektiven Rechtsgüterschutz nicht. Der subjektiven Theorie wird vorgeworfen, Gesinnungsstrafrecht zu werden, denn die Grundlage des strafrechtlichen Eingriffs soll der böse Wille des Täters sein und daher sollte auch das Vorbereiten einer Straftat als Illusordelikt kriminalisiert werden. Die objektive Theorie begründet die Versuchsstrafbarkeit zu eng und die subjektive Theorie zu breit. Obwohl die Standpunkte keiner dieser Theorien alleine genommen unmittelbar anwendbar sind, haben sie eine wichtige Rolle bei der Begründung der Versuchsstrafbarkeit gespielt, weil man bei der Bestimmung der Versuchsunrechts von den beiden Theorien ausgegangen ist und versucht hat, sie durch das Einfügen neuer Argumente zu einem Ganzen mit einer neuen Qualität zu verbinden.

In der Literatur herrscht die Eindruckstheorie. Danach ist die Grundlage der Versuchsstrafbarkeit der betätigte rechtsfeindliche Wille des Täters und der dadurch bei anderen Menschen entstandene Eindruck der Erschütterung der Normgeltung. Die Eindruckstheorie begründet die Versuchsstrafbarkeit mit dem rechtzerschütternden Eindruck bezüglich der Gültigkeit der Verhaltensnorm. Ein Verstoß gegen die Verhaltensnorm ist nach dieser Auffassung nicht erforderlich.⁶⁴² Deswegen ist die Eindruckstheorie imstande, die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs zu begründen, wenn ein Verstoß gegen die Norm nur in der Vorstellung des Täters stattfindet, das Rechtsgut in der Wirklichkeit aber nicht gefährdet wird. Die Eindruckstheorie bestimmt nicht, nach welchen Kriterien das Entstehen eines rechtzerschütternden Eindrucks festzustellen ist, und

⁶⁴¹ A. Heckler. Die Ermittlung der beim Rücktritt vom Versuch erforderlichen Rücktrittsleistung anhand der objektiven Vollendungsgefahr. Baden-Baden: Nomos 2002, S. 40.

⁶⁴² H. J. Hirsch. Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht. – Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001. Berlin: de Gruyter 2001, S. 722.

bietet daher keine Erklärung an, warum Vorbereitung einer Straftat nicht strafbar sein soll und wie das Anfangsmoment des Versuchs abzugrenzen sei. Deswegen wird die Grundlage der Eindrucksstheorie – der rechtzerschütternde Eindruck – als inhaltlich leer kritisiert.⁶⁴³

Aus der Kritik gegen die Eindrucksstheorie hat C. Roxin die Vereinigungstheorie entwickelt. C. Roxin's Vereinigungstheorie, wie auch ihr Name besagt, vereinigt verschiedene Theorien, genauer die objektive, die subjektive und die Eindrucksstheorie. Sie kombiniert ihre Standpunkte und erschafft dadurch eine neue Konzeption für die Begründung der Versuchsstrafbarkeit. Das Unrecht einer versuchten Straftat besteht beim tauglichen Versuch vor allem in der Rechtsgutsgefährdung (objektive Theorie) und beim untauglichen Versuch im Eindruck über die Erschütterung der Normgeltung (Eindrucksstheorie). Obwohl die Bestrafung des tauglichen und untauglichen Versuchs auf unterschiedlichen Grundlagen beruht, folgt daraus nicht, dass diesen Versuchsformen ein gemeinsamer Teil fehlt; beide weisen nämlich eine von spezialpräventiven Erwägungen ausgehenden Strafbedürfnis auf. In beiden Fällen hat der Täter gezeigt, dass sein verbrecherischer Wille betätigt worden ist und er nach seiner Vorstellung zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat.⁶⁴⁴

Als Mangel der Vereinigungstheorie wird vor allem hervorgehoben, dass sie nicht alle Aspekte zu beschreiben vermag, die in der gesetzlichen Regelung geschrieben stehen, und dass sie nicht die Kritik zu vermeiden vermag, die auch der Eindrucksstheorie zuteilgeworden ist. Der Vereinigungstheorie wird vorgeworfen, dass sie nicht erklären kann, warum ist im Falle des untauglichen Versuchs eine Strafmilderung im Gesetz als die Möglichkeit des Rechtsanwenders und nicht als obligatorische Pflicht vorgesehen. Dem untauglichen Versuch fehlt ja die Gefährlichkeit, die als Grundlage der Strafbarkeit eines tauglichen Versuchs ist. Ebenfalls sollte beim untauglichen Versuch das Anfangsmoment nach vorne geschoben werden. Er sollte beim Entstehen eines rechtzerschütternden Eindrucks beginnen, der tauglichen Versuch dagegen erst bei der Gefährdung. Ausserdem fehlt eine die beiden Versucharten verbindende konzeptuelle Auffassung, denn präventive Erwägungen und das sich daraus ergebende Strafbedürfnis sind der Ausgangspunkt des ganzen Strafrechts. Ausserdem vermag die Vereinigungstheorie nicht, die Stolpersteine der Eindrucksstheorie zu vermeiden, denn sie benutzt für die Begründung der Rechtswidrigkeit des untauglichen Versuchs den rechtzerschütternden Eindruck, der als inhaltsloser Begriff kritisiert worden ist. Dabei bleibt die Frage unbeantwortet, warum es gerecht sein soll, die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs durch den rechtzerschütternden Eindrucks zu begründen, dieser aber nicht zu einem die beiden Versuchsarten vereinenden Begriff taugt.⁶⁴⁵

⁶⁴³ H. J. Hirsch, S. 722.

⁶⁴⁴ C. Roxin. Über den Strafgrund des Versuchs. – A. Eser (Hrsg). Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag. Nomos: Baden-Baden 1998, S. 160.

⁶⁴⁵ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (Hrsg). Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Band 1. Einleitung, §§ 1–31. Berlin: de Gruyter, 2007, § 22/85.

In Anbetracht der sowohl der Eindruckstheorie als der Vereinigungstheorie zuteilgewordenen Kritik sind Versuchsstrafbarkeitsgrundlagen ausgearbeitet worden, in deren Mittelpunkt ebenfalls die Rechtsnorm als Verhaltensanweisung steht, die Betonung aber auf unterschiedliche Aspekte gesetzt ist.

Gemäß G. Jakobs' Auffassung ist der Versuch ein expressiver und tabe-standsnahe Normbruch.⁶⁴⁶ G. Jakobs geht von N. Luhmanns Normentheorie aus, wonach das Verhalten, das gegen eine Rechtsnorm verstößt, die Geltung der Norm in Frage stellt, denn es missachtet die Erwartungen an die Rechtsnorm als eine das richtige Verhalten bestimmende Vorschrift. Die Aufgabe des Strafrechts ist, zu zeigen, dass das gegen die Rechtsnormen verstößende Verhalten des Täters falsch ist, und dadurch zu bestätigen, dass die Rechtsnorm gilt und die in ihr enthaltene Verhaltensanweisung zutrifft. Im Falle einer versuchten Straftat zeigt die Handlung des Täters, dass sein Verhalten nicht von der in der Rechtsnorm enthaltenen Verhaltensanweisung ausgeht.⁶⁴⁷ Die Beschädigung eines konkreten Tatobjekts oder des Rechtsguts ist nicht erforderlich.⁶⁴⁸ Das Verhalten verstößt gegen die rechtsgutsschützende Tatbestände, wenn es wirklichkeits- oder vorstellungsgemäß, unter Berücksichtigung von Eigenschaften der Gegenstände und von Regelmäßigkeiten natürlicher Kausalität, zur Erfüllung von Tatbestandsmerkmalen führen kann.⁶⁴⁹

Den rechtserschütternden Eindruck, was nicht greifbar und nicht feststellbar ist, ersetzt G. Jakobs' Theorie durch auf Normenverletzung gerichtetes Verhalten als etwas konkretes und bestimmtes. Trotzdem wird diese Betrachtung ebenfalls auf Grund dessen kritisiert, dass sie keine inhaltliche Begründungen des Unrechts hinzufügt und lediglich das wiederholt, was bereits im Strafgesetzbuch geschrieben steht.⁶⁵⁰ Diese ganze Konzeption geht lediglich von generalpräventiven Erwägungen aus, die dem positiven Generalprävention zugrundeliegen: dass durch die Bestrafung des Täters die Geltung der Rechtsnorm betont wird.⁶⁵¹

Die Theorie von der Verletzung des Anerkennungsverhältnisses ist von R. Zaczyk entwickelt worden. Er geht von I. Kants und J.G. Fichtes Auffassungen über das Verhältnis von Recht und Individuum aus. Die Basis der Rechtsordnung ist ein Anerkennungsverhältnis zwischen Menschen, das durch im gegenseitigen Verkehr begangene Handlungen erschaffen wird.⁶⁵² Als Ausdruck des freien Willens von Individuen sind Rechtsgüter bestimmt worden, die zu schützen sind und von deren Schätzung und Anerkennung man in gegen-

⁶⁴⁶ An sich handelt es sich um eine eigenständige Theorie, die aus der Eindruckstheorie entwickelt worden ist.

⁶⁴⁷ G. Jakobs. Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Aufl. Berlin: de Gruyter 1993, S. 589.

⁶⁴⁸ G. Jakobs. Strafrecht, S. 589, § 25/22.

⁶⁴⁹ G. Jakobs, Strafrecht, S. 589, § 25/22.

⁶⁵⁰ W. Joecks, K. Miebach (Hrsg.). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd. 1, §§ 1–37 StGB. 2. Aufl. München: Beck 2011, § 22/14.

⁶⁵¹ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 22/84.

⁶⁵² R. Zaczyk. Das Unrecht der versuchten Tat. Berlin: Duncker und Humblot 1989, S. 326.

seitigen Verhaltensakten ausgeht. Das Unrecht einer vollendeten Straftat besteht in der Verletzung der Anerkennungsordnung durch den Täter, die zu einer Verletzung von Rechtsgütern eines Individuums oder der Gesellschaft geführt hat.⁶⁵³ Im Falle eines Versuchs ist es noch nicht zur Verletzung konkreter Rechtsgüter gekommen, aber es handelt sich wesentlich um ein Zwischenglied zwischen der Verletzung der Anerkennungsordnung und der Verletzung des Rechtsguts. Das Versuchsunrecht beruht auf der vom freien Willen getragenen Entscheidung des Täters, sich im Gegensatz zur allgemeinen Anerkennungsordnung zu verhalten, zur Verletzung derselben anzusetzen.⁶⁵⁴ Das Versuchsunrecht kommt nicht in der Beurteilung eines Beobachters zum Ausdruck wie im Falle der Eindruckstheorie, sondern der Täter als Einwirkter auf das normative Muster des gegenseitigen interaktiven Verhaltens von Menschen ist selbst ein Teil dieses Musters und das Unrecht beruht auf seinem Einsatz in die Prägung der Anerkennungsordnung durch eine Verletzung derselben.⁶⁵⁵

Nach R. Zaczyk sind die versuchten Straftaten nicht in taugliche und untaugliche Versuche einzuteilen, sondern es gibt rechtswidrige Versuche und nicht rechtswidriges Verhalten.⁶⁵⁶ Straftaten sollen nur rechtlich relevante, d.h. rechtswidrige Versuche sein.⁶⁵⁶ Rechtswidrig wären solche Versuche, die objektiv im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen; das kann nicht durch bloße Unrechtsvorstellung des Täters ersetzt werden.⁶⁵⁷ Das Anfangsmoment des Versuchs soll nach R. Zaczyk bestimmt werden sowohl durch das Ansetzen zur Verwirklichung im objektiven Tatbestand beschriebenen Tatbestandsmerkmalen als auch durch das vorhergehende Verhalten, das die Rechtsgüter bereits in Gefahr stellt. In dieser Hinsicht geht die Theorie von der Verletzung des Anerkennungsverhältnisses von der älteren objektiven Theorie aus.⁶⁵⁸

Die Theorie von der Verletzung des Anerkennungsverhältnisses wird kritisiert und R. Zaczyk gibt auch selbst zu, dass sie nicht mit dem Wortlaut des StGB im Einklang ist, und das gerade in Hinsicht der Behandlung von Versuchsformen.⁶⁵⁹ Auch mit der Definition der Versuchsbeginns ist diese Theorie nicht im Einklang. Die StGB bestimmt dieses durch das Ansetzen zur Tat gemäß der Tätersvorstellung, die Theorie von der Verletzung des Anerkennungsverhältnisses aber durch die Rechtsgutsgefährdung oder das Beginnen der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes.⁶⁶⁰

Bei der Bestimmung des Versuchsunrechts geht die Theorie von der Verletzung des Anerkennungsverhältnisses zwar von der Verhaltensnorm aus, worauf der Vorwurf beruht, gibt ihr aber eine andere Bedeutung. Sie betrachtet sie als

⁶⁵³ R. Zaczyk, S. 326.

⁶⁵⁴ R. Zaczyk, S. 327.

⁶⁵⁵ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt. Heidelberg: Müller 1999, S. 4–5.

⁶⁵⁶ R. Zaczyk, S. 328.

⁶⁵⁷ U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.). Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar. 4. Auflage. Baden-Baden: Nomos 2013, § 22 Nr. 37.

⁶⁵⁸ R. Zaczyk, S. 328.

⁶⁵⁹ U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen, § 22/89.

⁶⁶⁰ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, S. 6.

eine Verletzung der Grundlage der Gesellschaftsordnung – eines Vertrauensverhältnisses – durch den Täter, und die Grundlage des Unrechts ist der Einsatz des Täters, nicht das Urteil der Beobachter.

Allen neueren Auffassungen ist gemeinsam, dass sie bei der Begründung der Versuchsstrafbarkeit ausgehen von der auf Grunde des strafrechtlichen Vorwurfs liegenden Verhaltensnorm und von der Bedeutung des Versuchs auf ihre Geltung und Einfluss in der Gesellschaft. Gleichzeitig wird versucht, es mit dem konkreten Individuum zu verbinden, indem gezeigt wird, wieso sein Verhalten ihm vorzuwerfen ist. Diese Verbindung besteht in der betätigten negativen Rechtsgesinnung des Täters, die auf die Verwirklichung eines konkreten Tatbestandes gerichtet ist. Die Unterschiede zwischen den Theorien bestehen in der Wirkung dieser betätigten Rechtssinnung: entweder Eindruck von Erschütterung der Normgeltung oder Verletzung des Anerkennungsverhältnisses. Dabei ist es wichtig, diesen Begriffen eine Definition zu geben, denn anderenfalls würde man versuchen, die Versuchsstrafbarkeit mit Hilfe eines inhaltslosen Begriffs zu bestimmen.

Die neueren Theorien verbinden die Strafwürdigkeit des Versuchs mit der Rechtsnorm, nicht mit der Rechtsgutsgefährdung. Es bedeutet aber nicht, dass der Begriff des Rechtsguts bei der Bestimmung der Strafwürdigkeit des Versuchs keine Bedeutung hat. Der Zweck der Verhaltensnormen ist es, den Rechtsgüterschutz zu gewährleisten. Darin besteht auch die Grundlage der Versuchregelung: Versuchshandlungen zeigen, dass man sich auch in eine für den Rechtsgüterschutz schädliche Weise verhalten kann, die den Rechtsgüterschutz sowohl allgemein als auch in Einzelfällen schwächt. Schwerpunkt der Versuchstheorien ist es gerade, eine Lösung anzubieten, die alle Aspekte des Versuchs (d.h. seine Formen und sein Anfangsmoment) berücksichtigt und gleichzeitig ihnen eine konzeptuelle und wohlargumentierte Begründung anbietet. Bis zum heutigen Tag ist in der Fachliteratur eine solche Lösung nicht vorhanden.

2.2 Der Standpunkt der Autorin zur Strafwürdigkeit des Versuchs

Zur Grundlage wird die Eindruckstheorie, die Theorie von der Verletzung des Anerkennungsverhältnisses und G. Jakobs' Auffassung genommen. Im Falle einer versuchten Straftat hat der Täter nach seinem Tatplan unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt. Er hat den Willen betätigt, der unmittelbar auf die Verwirklichung des Tatbestandes und die Verletzung des Rechtsguts gerichtet ist. Aus diesen Tatsachen geht nicht hervor, worin das Versuchsunrecht besteht und warum die Bestrafung des Täters für den Versuch notwendig ist.

Um der Versuchshandlung eine Bedeutung zu geben und das Unrecht zu bestimmen, wird N. Luhmanns Systemtheorie und Rechtsauffassung zum Ausgangspunkt genommen und dann diese mit dem Strafprinzipien verbunden. Gemäß N. Luhmanns Systemtheorie besteht die Gesellschaft als soziales

System aus erwartungstragenen Verhaltensakten. In jeder Situation gibt es sehr viele Verhaltensmöglichkeiten, was die Komplexität des Systems zeigt. In jedem Fall muß das Individuum von den möglichen Verhaltensalternativen eine auswählen. Sein Verhaltensakt kann den Erwartungen der Gesellschaft entsprechen oder widersprechen und damit eine Enttäuschung hervorrufen.⁶⁶¹ Deswegen ist die Aufgabe der Normen, die Verhaltenswahlen der Menschen zu beeinflussen und zu zeigen, welche Handlung erwartungsgemäß, d.h. vom Standpunkt des Funktionierens der Gesellschaft als eines Systems akzeptierbar ist. Eine Täterhandlung, die zur Verhaltensnorm und damit zu allgemeinen Erwartungen der Gesellschaft im Widerspruch steht, erweckt Zweifel daran, welche Verfahrensweise richtig ist, und ob es nötig und sinnvoll ist, die Vorschrift in der Rechtsnorm zu befolgen. Danach gibt es zwei Möglichkeiten – entweder die Erwartungen zu ändern oder durch die Anwendung des Sanktionssystems zu zeigen, das das erwartungsgemäße Verhalten richtig ist.⁶⁶² Also hat das Verhalten, das gegen die normative Erwartungen verstößt, eine Bedeutung bezüglich der Geltung der Rechtsnorm.

Im Kontext des Strafrecht stellt sich konkreter die Frage, welche Bedeutung das Täterverhalten hat, die die Vorschrift in der Verhaltensnorm missachtet: werden dadurch normative Erwartungen der Gesellschaftsmitglieder enttäuscht, das Anerkennungsverhältnis zwischen Gesellschaftsmitgliedern verletzt oder ein rechtzerschütternder Eindruck über die Geltung der Rechtsnormen hervorgeföhren, so wie die Eindruckstheorie es beschreibt? U. Murmann hat die Meinung geäußert, dass der rechtzerschütternde Eindruck über die Geltung der Rechtsnormen, der auf der Einschätzung der Gesellschaftsmitglieder beruht, eine sekundäre Erscheinung ist, die das von dem Täter geschaffene Unrecht widerspiegelt, so wie es den anderen Gesellschaftsmitgliedern scheint.⁶⁶³ Wenn man das Versuchsunrecht wie jedes Unrecht definiert, ist es bezogen auf dem Täter, unter Berücksichtigung seines Verhaltens zu bestimmen. Im Falle des Versuchs besteht es nach U. Murmanns Auffassung in einer Verletzung des Anerkennungsverhältnisses. Der rechtzerschütternde Eindruck ist eine Folge, die als Resultat dessen entsteht, dass der Täter zum Verstoß gegen die Vorschrift in der Verhaltensnorm angesetzt hat, dadurch das Anerkennungsverhältnis verletzt.⁶⁶⁴

Wichtig vom Standpunkt des Strafrechts ist nicht nur der Umstand, dass gegen die Verhaltensnorm als solche verstoßen wird, sondern dass damit eine Rechtsgutsverletzung eintreten kann. Durch das Strafrecht werden solche Verhaltensnormsverletzungen verfolgt, die Rechtsgüter verletzen. Rechtsgüter sind definierbar als die wichtigsten Werte der Gesellschaft, deren Schutz das Ziel des Strafrechts ist.

⁶⁶¹ N. Luhmann. Rechtssoziologie. 4. Aufl. Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwiss 2008, S. 42.; J. Sootak. Karistusõiguse alused. Tallinn: Juura 2003, S. 201.

⁶⁶² N. Luhmann. Rechtssoziologie, S. 40–42.

⁶⁶³ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, S. 4.

⁶⁶⁴ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, S. 5.

Beim genaueren Definieren des Versuchsunrechts sind zwei Aspekte von Bedeutung. Erstens äussert es sich in dem betätigten Tätervorsatz und ist gerichtet auf eine mögliche Verletzung konkreten Rechtsguts entweder objektiv oder lediglich in der Vorstellung des Täters. Zweitens hat das im Versuch zum Ausdruck gekommene Handeln eine Wirkung außerhalb des Schutzbereiches des konkreten Tatobjekts, das sie beschädigen kann. Daraus ergibt sich, dass die willensgetragene Täterhandlung auf die Verletzung normativer Anerkennungsverhältnisse gerichtet ist. Sie hat die Normgeltung in Frage gestellt und schwächt den Rechtsgüterschutz.

Die Betrachtung des Tätervorsatzes als Ausgangspunkt beim Definieren des Versuchsunrechts beruht auf dem finalistischen Tatbegriff. Der konkreten Handlung des Individuums geht sein Vorsatz voraus, der auf das Erreichen eines Ziels gerichtet ist. Der Wille des Täters ist ein Motivator, der dem rechtsnormenwidrigen Verhalten zugrunde liegt. Die negative Rechtsgesinnung alleine genügt nicht, sondern der Täter muss unmittelbar zur Verwirklichung seines Willens angesetzt haben, denn gegen eine Verhaltensnorm verstoßen kann man nur mit einer Handlung.

Dies gilt auch für den untauglichen Versuch. Der Täter zeigt, dass nach seiner Vorstellung seine willensgetragene Handlung darauf gerichtet ist, gegen eine Rechtsnorm zu verstoßen und die normativen Erwartungen zu enttäuschen. Tatsächlich verstößt er gegen die Verhaltensnorm nicht und verletzt mit seiner Handlung das Rechtsgut nicht. Vom Standpunkt der Verletzung des Anerkennungsverhältnisses und der Infragestellung normativer Erwartungen ist es nicht maßgebend, ob normenwidriges Verhalten objektiv oder subjektiv stattgefunden hat. Sowohl dem Täter als auch den anderen Menschen soll wahrnehmbar sein, dass eine Verhaltensalternative gewählt worden ist, die zu normativen Erwartungen im Widerspruch steht, und dass man bereit ist, das Rechtsgut zu verletzen. Die betätigte negative Rechtsgesinnung des Täters zeigt, dass der Täter, um seine Ziele zu erreichen, bereit ist, das in der Rechtsnorm Vorgeschiedene zu missachten und die Rechtsgüter zu verletzen. Dies beeinträchtigt den Rechtsgüterschutz, weil eine solche Verhaltensweise Furcht sät – die Leute wissen nicht, ob ihre Rechtsgüter geschützt sind. Ausserdem regt es an zum Nachdenken, auf welche Weise es in der Gesellschaft angemessen und sinnvoll ist, seine Ziele zu erstreben: der Verhaltensanweisung folgend und den Rechtsgüterschutz akzeptierend oder nicht.

Deswegen hat eine versuchte Straftat negativen Einfluss auf den Rechtsgüterschutz, da sie ein Umfeld erschafft, in dem man nicht sicher sein kann, ob Rechtsgüter geschützt sind, denn das Individuum hat Bereitschaft gezeigt, das Anerkennungsverhältnis zu brechen und Rechtsgüter zu verletzen. Das Verhalten, das die im Anerkennungsverhältnis befestigten Normen missachtet (egal ob objektiv oder subjektiv), erweckt Fragen über die Stichhaltigkeit normativer Erwartungen. Die Betonung liegt auf dem Täterwillen und auf der daraus resultierenden spezifischen negativen Wirkung. Dabei ist es wichtig, darauf hinzuweisen, dass nicht die reelle Gefährdung des Rechtsguts maßgebend ist, sondern

die negative Wirkung des Versuchs tritt in Erscheinung bereits wenn die negative Rechtsgesinnung betätigt wird.

Obwohl die versuchte Straftat ein eigenständiger Delikt ist, werden die Merkmale, die vom Tätervorsatz umfassen sein müssen, durch den Tatbestand im Besonderen Teil festgelegt. Der Versuch ist mit der im Besonderen Teil beschriebenen Tathandlung verbunden und auf ihr beruht die Erscheinungsweise seines Unrechtsinhalts. Der Zweck des Strafrechts ist Rechtsgüterschutz und das ganze Unrecht, das beim Verstoß gegen eine konkrete Verhaltensnorm maßgebend ist, ist im Tatbestand im Besonderen Teil enthalten. Im Falle von Erfolgsdelikten umfasst dies auch den Erfolg. Bei einer versuchten Straftat handelt es sich nur um eine teilweise Verwirklichung des in der vollendeten Tat enthaltenen Unrechts.

Der Versuch ist strafbar erklärt worden, um eine mögliche tatsächliche Verletzung des Rechtsguts zu verhindern. Die negative Rechtsgesinnung des Täters setzt einen Prozess in Gang, der auf eine Rechtsgutsverletzung gerichtet ist und entweder objektiv oder nur in der Vorstellung des Täters gegen die Vorschrift in der Rechtsnorm verstößt. Ein untauglicher Versuch sät in der Gesellschaft Angst, dass der Täter bereit ist, der Vorschrift in der Rechtsnorm nicht zu befolgen und für das Erreichen seiner Ziele das Rechtsgut zu verletzen. Folglich unterscheidet der Versuch sich von der vollendeten Tat durch das verwirklichte Unrecht, weil eine Rechtsgutsverletzung nicht vorliegt, und es ist bei der Kriminalisierung des Versuchs auch nicht maßgebend, ob eine konkrete Gefahr für das Rechtsgut verursacht oder ein im Zivilverkehr unzulässiges Gegenstand hergestellt wurde, d.h. ob irgendwelches besonderes zusätzliches Unrecht vorliegt, das im vollendeten Tatbestand nicht enthalten ist und dabei den Versuch von anderen im Besonderen Teil strafbar erklärten Vortätigkeiten unterscheidet. Also ist aus dem strafrechtlichen Standpunkt wichtig, dass die Verletzung des Anerkennungsverhältnisses und die Infragestellung normativer Erwartungen nicht nur die Geltung der Rechtsnorm untergräbt, sondern auch den Schutzbereich des Rechtsgutes beschädigt, wodurch der Systemtheorie N. Luhmanns ein strafrechtlicher Aspekt hinzugefügt worden ist.

III Theorien zur Begründung der Rücktrittsregelung

3.1 Überblick über die Theorien zur Begründung der Rücktrittsregelung

Mit der Rücktrittsregelung wird dem Täter die Möglichkeit gegeben, für den Versuch vorgesehene Rechtsfolgen zu vermeiden. Damit stellt sich die Frage, warum die Rücktrittshandlung des Täters, die nach dem Beginn des Versuchs begangen ist, so große Wirkung auf den strafrechtlichen Vorwurf an den Täter haben soll. Der Schwerpunkt liegt auf der Tatsache, dass der Versuch stattgefunden hat und nicht zurückgenommen werden kann, und trotzdem hat der Rücktritt auf den Versuch eine maßgebende Wirkung. Folglich muß die Rechtsdogmatik zwischen den Instituten des Rücktritts und des Versuchs den Einklang finden, indem sie zeigt, wieso ein Vorwurf an den Täter für den

Versuchs oder seine Bestrafung dafür im Falle des Rücktritts ausgeschlossen ist, und dabei beachtet, dass die vorgeschlagenen Lösungen nicht mit den anderen Instituten des Strafrechts und deren Prinzipien in Widerspruch geraten.

Der rechtsgutsschützenden Handlung gibt Bedeutung auch die Regelung der tätigen Reue. Daraus stellt sich die Frage, warum soll es zwei Rechtstinstituten geben, die beide sich mit der Wiedergutmachung des durch den Täter geschaffenen Unrechts beschäftigen, und ob ihre einzige Unterschied darin besteht, dass die tätige Reue im Falle der Taten möglich ist, die im Sinne des Besonderen Teils als vollendet gelten? Aus den Versuchsbegründungstheorien muss ersichtlich werden, worin der Unterschied der Rücktrittshandlung im Vergleich mit der rechtsgutsschützenden Handlung im Falle der tätigen Reue besteht. Besonders scharf stellt sich diese Frage im Kontext des eStGB, weil dieses unterschiedliche Rechtsfolgen vorsieht im Falle des Rücktritts, der die Schuld ausschliesst, und der tätigen Reue, die lediglich eine Strafmilderung oder Absehen von der Strafe ermöglicht.

Mit rechtsdogmatischen Argumenten muss man bei dem Rücktrittsinstitut die inhaltliche Begründung oder *ratio* vorbringen, warum das begangene Unrecht – eine versuchte Straftat – dem Täter nicht vorgeworfen wird, und damit den Rücktritt im System des Strafrechts unterbringen.

Im folgenden werden Auffassungen zur Rücktrittsbegründung untersucht. Da es aber dazu viele Theorien gibt, ist eine Wahl danach getroffen worden, welche in der Fachliteratur mehr behandelt worden sind und nach der Meinung der Autorin wichtiger sind. Bei der Analyse von Rücktrittstheorien wurde den Versuch unternommen, zu zeigen, ob und wiefern die verschiedenen Theorien die Frage zu beantworten vermögen, warum es nicht gerecht ist, den Versuch dem Täter vorzuwerfen, unter Beachtung verschiedener Formen des Versuchs und der im Gesetz festgelegten Rücktrittsvoraussetzungen. Zusätzlich wird auf die Frage eingegangen, worin die Unterschied zwischen dem Rücktritt und der tätigen Reue besteht.

Die Rücktrittstheorien sind eingeteilt danach, worauf sie bei der Begründung die Betonung legen.

Zunächst gibt es Theorien, die von den Zielen des Strafrechts ausgehen und die Rücktrittsregelung mit dem Rechtsgüterschutz und den Interessen des Opfers begründen. Hierzu gehören die kriminalpolitische Theorie und das Prinzip des Opferschutzes. Die Rücktrittsregelung ist berechtigt wegen des zusätzlichen Rechtsgüterschutzes, der dadurch erreicht werden soll, dass man dem Täter die Möglichkeit gibt, die Verantwortung für einen bereits begangenen Versuch zu vermeiden. Die kriminalpolitische Theorie stellt in den Mittelpunkt den Rechtsgüterschutz, das Prinzip des Opferschutzes konkreter den Beschädigten als das mögliche Opfer der Straftat, dessen Interessen mit dem Versuchsbeginn in Gefahr geraten sind.

Sowohl das Opferschutzprinzip als auch die Theorie der goldenen Brücke zeigen, warum die Rücktrittsregelung nötig ist. Es handelt sich um ein kriminalpolitisches Argument. Jedoch bleibt rechtsdogmatisch unbeantwortet die Frage, warum in Anbetracht des Aufbaus des Straftatsbegriffs und der Grund-

lagen und Zwecke der Bestrafung des Täters es im Falle des Rücktritts nicht gerecht ist, dem Täter den Versuch vorzuwerfen oder ihn dafür zu bestrafen. Diese Theorien sind kritisiert worden aus dem Aspekt, ob dem Täter überhaupt ein Stimul gegeben wird, von der Verwirklichung des Tatbestandes abzusehen. Straftaten können ja aus emotionellen Erwägungen begangen werden und der Täter braucht von der entsprechenden Regelung nichts zu wissen. Dem kann man wiederum widersprechen, dass der Täter zwar nicht die Regelung im Strafgesetzbuch kennen mag, aber dennoch wissen kann, dass späteres gutes Verhalten bei der Beurteilung seiner Tat und bei der Reaktion auf dieselbe als straufhebender oder -mildernder Umstand berücksichtigt wird. Jedoch lassen diese Auffassungen die Frage unbeantwortet, was den Rücktritt von der tätigen Reue unterscheidet, deren Regelung ja auch von der Idee getragen ist, dem Täter einen Anreiz zu geben, größere Schäden zu vermeiden und den bereits verursachten Schaden gutzumachen.

Wenn man im Kontext des kriminalpolitischen und des Opferschutzprinzips versuchen würde, den dogmatischen Standort des Rücktritts zu finden, wäre es schwer zu behaupten, dass der Tatbestand und die Rechtswidrigkeit fehlen. Es ist aber möglich, verminderte Schuld des Täters zu begründen. Darauf weist sein Verhalten hin, das auf die Befolgung der Norm und den Schutz des Rechtsguts gerichtet ist. Auch ist es möglich, die Minderung der Strafwürdigkeit zu begründen.

Als Nächstes kann man Rücktrittstheorien erwähnen, die bei der Suche nach der Argumentation von der Begründetheit der Strafe ausgehen. Diese ist der Ausgangspunkt sowohl der Gnaden- und Prämientheorien als auch der Strafzweckstheorie und der Pflichterfüllungstheorie.

Die Verdienstlichkeits- oder Prämientheorie beruht auf der Idee, dass der Täter, der freiwillig auf die Vollendung der Tat verzichtet und zum rechtsgetreuen Verhalten zurückkehrt, dafür eine Belohnung in der Form der Strafbefreiung verdient. Die Prämientheorie ist imstande zu erklären, warum Freiwilligkeit als eine Voraussetzung erforderlich ist und warum es sich bei dem fehlgeschlagenen Versuch nicht um einen Rücktritt handelt.⁶⁶⁵ Gemäß der Gnadentheorie wird der Versuch dem Täter nicht vorgeworfen, weil der Täter durch den Rücktritt gezeigt hat, dass es gerecht ist, ihm das verursachte Unrecht zu verzeihen.

Gemäß der Strafzweckstheorie ist die Bestrafung des Täters beim Rücktritt vom Versuch nicht angebracht, weil der Täter durch den Rücktritt gezeigt hat, dass die Strafzwecke in seinem Fall auch ohne die Anwendung der Strafe erfüllt sind. Das Hauptargument, womit die Erfüllung der Strafzwecke begründet wird, ist die geringe Intensität des verbrecherischen Täterwillens. Er hat zwar zur Straftat angesetzt und die vom Gesetz zugelassene Grenze überschritten, dann aber mit seinem Rücktritt erwiesen, dass sein verbrecherischer Willen zur Vollendung der Straftat nicht genügend stark war und daher die Notwendigkeit

⁶⁶⁵ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/12.

seiner Bestrafung aus spezial- und generalpräventiven Erwägungen fehlt.⁶⁶⁶ Wenn mit dem Versuch die Rechtsordnung gefährdet wurde, so unterblieb dank dem Rücktritt eine Rechtsgutsverletzung, und die rechtserschütternde Wirkung des ursprünglichen Verhaltens wurde durch anfolgendes gutes Verhalten widergutgemacht. Also beruht die Strafzwecktheorie im Grunde genommen auf denselben Voraussetzungen wie die den Versuchsbeginn begründende Eindrucks-
theorie, wonach der Grund der Versuchsstrafbarkeit der beim Durchschnitts-
beobachter entstandene Eindruck der Erschütterung der Rechtsordnung ist.⁶⁶⁷ Auch U. Murmann sieht zwischen Versuch und Rücktritt einen engen Zusammen-
hang. Der Rücktritt sei die Wiederherstellung des durch den Versuch ver-
letzten Rechtsverhältnisses, wobei er „bezogen auf das Versuchsunrecht ...
Nachtatverhalten“ sei. Im Unterschied zur Eindruckstheorie sieht er das Unrecht
des strafbaren Versuchs in der „Verletzung des wechselseitigen Anerken-
nungsverhältnisses“. Der Rücktritt vollziehe „die Heilung des verletzten Ver-
hältnisses“. Das mit Strafe verbundene Ziel könne nicht mehr erreicht werden,
so dass das Strafbedürfnis fehle. U. Murmann sieht im Rücktritt (nur) einen
Strafaufhebungsgrund.⁶⁶⁸ Sein Ansatz beschreibt eben nur die Wirkung des
Rücktritts, ohne Auskunft über dessen Grund zu geben.⁶⁶⁹

Die Schuld erfülltungstheorie geht von dem im Zivil- und Verwaltungsrecht
geltenden Prinzip aus, dass Zwangsandrohung sich erledigt, wenn der Mensch
seine Pflicht erfüllt hat. Der Zwang ist in der Rechtsordnung kein Zweck an
sich, sondern ein Mittel, um die Menschen zur Befolgung der Rechtsnormen
hinzuleiten. Beim freiwilligen Erfüllen der in den Rechtsakten vorge-
schriebenen Pflichten fehlt das Bedürfnis zur Anwendung zusätzlicher Mittel.⁶⁷⁰
Beim Rücktritt ist die Strafbefreiung des Täters gerecht, wenn er das mit dem
Versuch geschaffene Unrecht wiedergutgemacht hat und damit die in der
Rechtsnorm vorgeschriebene Pflicht, Rechtsgutsverletzungen zu vermeiden,
erfüllt hat.⁶⁷¹ Der Gesetzgeber hat gefunden, dass im Falle des Rücktritts der
Versuch nicht zu bestrafen ist, und damit bestimmt, welche Bedeutung der
Rücktritt für die Versuchshandlung hat. Aussergesetzliche Erwägungen wie die
Prämienidee oder die Erfüllungtheorie von Strafzwecken geben keine Erklärung, son-
dern übersäen eher die Theorie mit unbelegbaren Argumenten.⁶⁷²

⁶⁶⁶ H.-H. Jescheck, T. Weigend. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot 1996, S. 539.

⁶⁶⁷ A. Schönke, H. Schröder, § 24/2b

⁶⁶⁸ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, S. 27–31 und H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/27.

⁶⁶⁹ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/28.

⁶⁷⁰ R. D. Herzberg. Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch. Von der Strafzwecklehre zur Schuld erfülltungstheorie – Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987. Berlin: de Gruyter 2001, S. 345.

⁶⁷¹ R. D. Herzberg. Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, S. 349.

⁶⁷² R. D. Herzberg. Zum Grundgedanken des 24 StGB. – NSTZ 1989, Heft 2, S. 53–54.

Diese Betrachtungen haben zwar versucht, unterschiedliche Gründe für die Nichtbestrafung vorzubringen, sind im Endergebnis jedoch dabei angelangt, dass die Strafzwecke auch ohne staatliche Reaktion erfüllt sind, was bewiesen ist durch die Täterhandlung, die auf die Nichtvollendung der Tat und auf den Rechtsgüterschutz gerichtet ist. Diese Theorien geraten in Schwierigkeiten mit der Frage, was die Bestrafung des Täters für einen Versuch ausschliesst, der ein eigenständiges Delikt ist – die Rücktrittshandlung ist ja auf die Vermeidung der Vollendung gerichtet. Ausserdem ist die Behauptung unter Kritik geraten, dass die Strafzwecke erfüllt seien. Bezüglich Erfülltheit general- und spezialpräventiven Zwecken ist es schwierig, zu zeigen, wieso sie im Falle des Rücktritts erfüllt sind, denn die einzige Rücktrittsvoraussetzung ist die Freiwilligkeit, nicht aber dass der Täter aus achtenswerten Beweggründen handelt oder auf die Befolgung der Rechtsnormen gerichtet ist. Die Voraussetzungen des Rücktritts sind bereits dann erfüllt, wenn der Täter die Ausführung des von ihm ursprünglich Geplanten unterbricht, um eine vorteilhaftere Straftat zu begehen. Die vorhergenannten Theorien geraten in Schwierigkeiten auch beim Erklären, wodurch sich die tätige Reue vom Rücktritt unterscheidet. Jedoch ist bezüglich dieser Auffassungen zu beachten, dass die Erreichtheit präventiver Zwecke verbunden ist mit der Täterhandlung als seinem Einsatz zum Rechtsgüterschutz. Dies verbindet den strafrechtlichen Vorwurf oder den Verzicht auf denselben mit dem Täterverhalten. Gemäß der betrachteten Theorien kann man der Rücktritt ansehen sowohl als einen Strafaufhebungsgrund im Anbetracht der Erfülltheit von Strafzwecken, d.h. präventiven Zwecken, als auch einen Grund, die Schuld zu vermindern, die Grundlage der Strafzumessung ist und eine Strafmilderung mit sich bringt.

Alle vorhergenannten Betrachtungen suchen eine Lösung für den Rücktritt als eine alleinstehende dogmatische Erscheinung und widmen zu wenig Beachtung an die Frage, welche im Einzelnen die gegenseitigen Verbindungen des Versuchs und des Rücktritts sind und folglich, wie der Rücktritt die Vorwerflichkeit und die Strafbarkeit des Versuchs beeinflusst. V. Haas hat darauf angewiesen, dass solange der Versuch und der Rücktritt voneinander getrennt untersucht werden, ist es nicht möglich, der Rücktrittsregelung eine sinnvolle Erklärung anzubieten.⁶⁷³

Der dritte Ausgangspunkt ist der Versuch, die Rücktrittsregelung zu begründen, indem man zeigt, wie die Rücktrittshandlung des Täters das mit dem Versuch geschaffene Unrecht und dessen Verwerflichkeit beeinflusst und wie der Rücktritt und der Versuch miteinander verbunden sind. Von diesem Ausgangspunkt gehen die Gefährdungsumkehrtheorie, die Tatänderungstheorie und die Einheitstheorie aus.

Die Einheitstheorie betrachtet den Rücktritt und den Versuch als einen einheitlichen Verhaltensakt, weshalb der Versuch dem Täter nicht vorgeworfen

⁶⁷³ V. Haas. Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt. – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 123 (2011), H. 2, S. 239.

werden kann. Unklar bleibt jedoch, was den Versuch und den Rücktritt verbindet.

C. Jäger hat die Theorie der Gefährdungsumkehr ausgearbeitet. Die Grundlage der Bestrafung für den Versuch ist dessen objektive und subjektive Gefährlichkeit für das Rechtsgut. Mit dem Rücktritt beseitigt der Täter die sich aus dem Versuch ergebene Gefahr für die Rechtsgüter.⁶⁷⁴ Die Gefahr kann bestehen sowohl in objektiver Gefährdung des Rechtsguts als auch in subjektiver Gefahr, die der Täter sich einbildet. Wenn das Rechtsgut tatsächlich in Gefahr ist, ist es erforderlich, dass sie tatsächlich umgekehrt wird (vollendete Gefährdungsumkehr); das ernsthafte Bemühen um die Erfolgsabwendung erfüllt die Rücktrittsvoraussetzungen nicht. Bei subjektiver Gefahr ist das Rechtsgut nur in der Vorstellung des Täters gefährdet und in diesem Fall kann die Rücktrittshandlung darin bestehen, dass der Täter sich ensthaft bemüht, den Erfolg zu vermeiden (versuchte Gefährdungsumkehr).⁶⁷⁵ Um einen Rücktritt vom Versuch handelt es sich in den Fällen, wo eine Rechtsgutsgefährdung sowohl im objektiven als auch im subjektiven Sinne fehlt. Gemäß dieser Theorie hebt die Rücktrittshandlung den Versuch nicht auf, sondern kehrt die den Versuch begleitende Gefährdung um und beugt dem möglichen größeren Schaden an das Rechtsgut vor, der eintreten würde, wenn der Täter entscheiden würde, die Tat zu vollenden. Daraus folgt, dass nach der Theorie der Gefährdungsumkehr weder Rechtswidrigkeit noch Schuld ausgeschlossen ist, sondern es handelt sich um einen Umstand, der die Strafe beeinflusst.⁶⁷⁶ Der Gesetzgeber belohnt die Gefährdungsumkehr mit Befreiung von der Strafe.⁶⁷⁷ Bezüglich der weiteren Frage, aus welchem Grund der Gesetzgeber den Täter belohnt, wird vorgeschlagen, dass das Strafbedürfnis fehlt.⁶⁷⁸ In der Literatur hat man die Theorie der Gefährdungsumkehr kritisiert aus dem Grund, dass sie für die Nichtbestrafung keine neue Begründungen aufbringt zusätzlich zu denen, die schon durch die Strafzwecktheorie und die Prämiientheorie vorgebracht worden sind.⁶⁷⁹

Die Tatänderungstheorie ist von G. Jakobs ausgearbeitet worden. Indem der Täter eine versuchte Straftat begeht, zeigt er, dass die Rechtsnorm für ihn nicht gilt, weil er sich in seinem Verhalten nicht nach ihr richtet. Dennoch bleibt dem Täter gemäß G. Jakobs' Auffassung die Möglichkeit, das mit der Versuchshandlung verwirklichte Unrecht zu ändern, solange er von seiner Tat nicht endgültig abgetrennt ist. Gemäß der Tatänderungstheorie ist der Täter von seiner Tat endgültig abgetrennt, wenn entweder objektiv oder nach des Täters subjektiver Vorstellung er nicht mehr die Möglichkeit hat, die Versuchshandlung dermaßen zu beeinflussen, dass der dadurch herbeigeführter schädlicher Erfolg

⁶⁷⁴ C. Jäger. Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr. München: Beck 1996, S. 62-63.

⁶⁷⁵ C. Jäger, S. 65-66, S. 129.

⁶⁷⁶ C. Jäger, S. 126-127.

⁶⁷⁷ C. Jäger, S. 64.

⁶⁷⁸ C. Jäger, S. 126.

⁶⁷⁹ C. Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil II, S. 486.

ausbleibt. Mit anderen Worten kann der Täter seine Tat zu ändern, solange er sie noch beherrscht.⁶⁸⁰ Gleichzeitig hat G. Jakobs darauf hingewiesen, dass der Versuch wie auch die vollendete Tat ein perfekter Verhaltensnormbruch ist, weshalb es unklar bleibt, wie die Rücktrittshandlung das Unrecht der Versuchshandlung ändern soll.⁶⁸¹

Sowohl die Gefährdungsumwendungstheorie als auch die Tatänderungstheorie erklären den Einsatz des Täters bezüglich der Nichtvollendung der Tat, lassen aber die Frage unbeantwortet, warum beim Rücktritt der Versuch nicht vorzuwerfen ist. Unbeantwortet lassen die beiden Theorien auch die Frage, wieso die Rücktrittshandlung die bereits begangene Versuchshandlung beeinflusst. Als Stärke dieser Theorien ist der Ausgangspunkt anzusehen, dass die Begründung des Rücktritts im Verbindung mit dem Versuch gesucht wird, durch die Erklärung, wie die Rücktrittshandlung gerade das durch den Versuch geschaffene Unrecht beeinflusst. Im Kontext dieser Betrachtungen ist es möglich, dem Rücktritt verschiedene Lösungen anzubieten, die vom Tatbestandsausschluss zur Strafaufhebung variieren, je nach konkreter Interpretation der jeweiligen Theorie.

Verschiedene Betrachtungen bieten viele Lösungsvarianten an, die bei der Begründung von Aspekten des Rücktritts behilflich sind. In der Literatur hat man darauf hingewiesen, dass man zur Begründung der Rücktrittsregelung Argumente unterschiedlicher Theorien zu benutzen hat, ohne eine einheitliche Lösung zu suchen.⁶⁸² Dann kann man in dem Sinne zustimmen, dass eine einheitliche Konzeption fehlt, die den Rücktritt widerspruchlos zu behandeln vermag; jedoch ist es nicht sinnvoll, zu behaupten, dass es keinen Bedarf nach einer einheitlichen Auffassung gibt. Wenn man einfach verschiedene Argumente miteinander verbindet und sie nach Bedarf benutzt, bleiben das Wesen und die Grenzen des Rücktritts unklar. Folglich sind bloße Einzelargumente, die nach Belieben gebraucht werden können, nicht genug, sondern man muss zeigen, in welchem Zusammenhang sie zueinander stehen.

Gesondert betrachtet zu werden verdient A. Hecklers Betrachtung zur begrifflichen Bestimmung des Rücktritts. Er versucht durch Vereinigen verschiedener Theorien eine vollständige und systematische Lösung zu finden. Nach A. Hecklers Auffassung beruht die Begründung der Rücktrittsregelung auf der Kompensationsidee, die die Gefährdungsumwendungs- und Strafzwecktheorie und die Prinzipien des Opferschutzes verbindet. Der Ausgangspunkt ist der Umstand, dass der Rücktritt und die Strafgründe des Versuchs wie das Spiegelbild voneinander sein sollten. Mit anderen Worten ist der Rücktritt im Verhältnis des den Versuch verwirklichenden Verhaltens ein *actus*

⁶⁸⁰ G. Jakobs. Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten. – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1992, 1 (104), S. 82–85.

⁶⁸¹ K. Yamanaka. Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund des Rücktritts vom Versuch. – Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001. Berlin: de Gruyter 2001, S. 776–777.

⁶⁸² H. Boss. Der halbherzige Rücktritt: zum Rücktritt des Alleintäters vom beendeten Versuch. Berlin: Duncker und Humblot 2002, S. 36.

contrarius.⁶⁸³ A. Heckler unterscheidet zwischen dem Rücktritt vom untauglichen und gewöhnlichen Versuch. Beim gewöhnlichen Versuch muss mit der Rücktrittshandlung das Gefahr für das Rechtsgut umgewandt werden, das mit der Versuchshandlung verursacht wurde. Beim untauglichen Versuch muss der Täter mit der Rücktrittshandlung den rechtserschütternden Eindruck umwenden und den Glauben an die Rechtsnormen wiederherstellen.⁶⁸⁴

Die Stärke A. Hecklers Betrachtung ist das Anstreben zur systematischen Lösung. Er bringt hervor, wie der Versuch und der Rücktritt miteinander verbunden sind und wie man davon ausgehend begründen kann, warum das vorwerfbare Versuchsunrecht nicht dem Täter vorzuwerfen ist, im Verbindung mit der Prämienidee als dem Ausgangspunkt, wodurch Standpunkte verschiedener Theorien miteinander verbunden werden.⁶⁸⁵

Der Theorie A. Hecklers kann man vorwerfen, dass sie beim Vereinen verschiedener Theorien die ihnen zuteilgewordene Kritik nicht zu vermeiden vermag, weshalb weiterhin die Frage offen bleibt, womit es begründet ist, dass wenn der Täter eine Gefahr für das Rechtsgut verursacht hat oder einen rechtserschütternden Eindruck bezüglich Rechtsnormengeltung herbeigeführt hat, die Gründe für die Bestrafung des Täters aus general- und spezialpräventiven Zwecken doch fehlen. Vor allem ist hier die Kritik relevant, die die Theorie der Gefährdungsumwendung betraf, nämlich dass die Beseitigung der durch die Versuchshandlung verursachte und in die Zukunft gerichteten Gefahr an sich nicht die Versuchshandlung beeinflusst, sondern lediglich den Umstand, dass der Erfolg, worauf die Versuchshandlung gerichtet war, nicht eintritt. Nach V. Haas' Meinung sollte in diesem Fall eine Gefährdungsumwendung auch auf die vollendete Tat eine ähnliche Wirkung haben, einschliesslich der vollendeten Verletzungsdelikte, wo eine Wiederherstellung des Rechtsguts möglich ist, etwa durch das Zurückbringen der gestohlenen Sache. Dies ist jedoch nicht so, weshalb die vorher beschriebene Begründung nicht für die Begründung der Rücktrittsregulation geeignet ist.⁶⁸⁶

Gegenwärtig hat die Diskussion um die Begründung der Rücktrittsregelung nicht aufgehört, denn eine widerspruchsfreie Lösung fehlt immer noch. Dabei ist man in der Literatur zur Feststellung gelangt, dass es wichtig ist, Begründungen der Rücktrittsregelung mit den Begründungen der Versuchsstrafbarkeit zu verbinden⁶⁸⁷, und zwar mit der Hilfe der bereits ausgearbeiteten Argumente, diese sind aber so zu einer ganzheitlichen Konzeption zu vereinigen, dass einerseits die Rechtsgüter und die Interessen des Opfers geschützt sind und andererseits der Ausschluss des Vorwurfs gegen den Täter strafrechtsdogmatisch begründet

⁶⁸³ A. Heckler, S. 121.

⁶⁸⁴ A. Heckler, S. 123.

⁶⁸⁵ Zusätzlich zu Kompensationstheorien siehe H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/29–31.

⁶⁸⁶ V. Haas, S. 238.

⁶⁸⁷ V. Haas, S. 245.

ist, indem gezeigt wird, wie und warum die Rücktrittshandlung den bereits begangenen Versuch beeinflusst.

3.2 Der Standpunkt der Autorin zur Begründung der Rücktrittsregelung

3.2.1 Die Grundlagen

Die Autorin der vorliegenden Doktorarbeit stellt die Hypothese auf, dass der Rücktritt vom Versuch begründbar ist mit der Abänderung der sich von dem Versuch ergebenden schädlichen Wirkungen durch den Täter, die solange möglich ist, wie der Täter die Ereignisse der Straftat unter Kontrolle hat, d.h. noch die Möglichkeit hat, zu entscheiden, ob er den Tatbestand bis zum Ende verwirklicht oder nicht. Zur Grundlage wird die Strafzwecktheorie, die Gefährdungsumkehrtheorie, die Tatänderungstheorie und A. Hecklers Auffassung, U. Murmanns Auffassung und H. Weges Auffassung genommen.

Ähnlich zu C. Jäger und G. Jakobs hat die Autorin versucht, die Rücktrittsbegründung versuchsspezifisch zu ermitteln, durch Erklärung, welche Wirkung und Bedeutung die Rücktrittshandlung für den vollzogenen Versuch hat. Im Folgenden wird die Unterschied zu G. Jakobs' und C. Jägers Lösungen erklärt.

G. Jakobs findet, dass der Täter beim Rücktritt vom Versuch seine Tat abändert, und dass dies möglich ist, solange die Tat unter der Kontrolle des Täters ist. Die Rücktrittshandlung zeigt, dass der Täter die Vorschrift in der Rechtsnorm beachtet. C. Jäger kritisiert G. Jakobs' Konzeption, weil diese nur aus dem Erfolgsunrecht ausgeht und die Handlungsunrecht unberücksichtigt lässt: die Umkehrung der Handlung bringt das Ausbleiben des Erfolgs mit sich.⁶⁸⁸ Obwohl die Autorin der vorliegenden Doktorarbeit ebenfalls aus der Voraussetzung ausgeht, dass der Rücktritt vom Versuch möglich ist, solange der Versuch noch unter des Täters Kontrolle ist, ändert der Täter nicht die bereits ausgeführte Versuchshandlung ab, sondern die sich daraus ergebenden schädlichen Folgen, worauf die Versuchsvorwerfbarkeit beruhte, in Anbetracht des spezifischen Unrechts, das die Grundlage für die Versuchsstrafbarkeit bildet.

C. Jäger betont vielmehr die Gefährlichkeit des Versuchs. Der Rücktritt soll möglich sein, solange die sich aus dem Versuch ergebene Gefährlichkeit umgekehrt werden kann.⁶⁸⁹ Die Autorin stimmt C. Jäger zu, dass beim Rücktritt der Täter nicht den Versuch auflösen kann, gleichwohl ist es aber nicht begründet, die Rücktrittshandlung als Gefährumkehrung zu betrachten, weil auch der Versuch selber nicht durch den Gefährdungsbegriff definiert worden ist. Ebenfalls ist die Autorin damit einverstanden, dass beim Rücktritt das Rechtsgut und die Gewährleistung dessen Schutzes eine wichtige Rolle spielen, aber nicht lediglich durch die Gefährdung. Beim Rücktritt ändert der Täter die sich aus dem Versuch ergebene negative Wirkung auf die Rechtsnormengeltung ab, denn er

⁶⁸⁸ C. Jäger, S. 62.

⁶⁸⁹ C. Jäger, S. 63.

hatte gegen die Vorschrift in der Verhaltensnorm verstoßen und seine Handlungen hätten zur Rechtsgutsverletzung führen können.

Beim Rücktritt vermag der Täter nicht den bereits begangenen Versuch aufzulösen, wohl aber kann er abändern die sich aus dem Versuch ergebene schädliche Wirkung sowohl auf das Rechtsgut als auch auf die Normengeltung. Dabei muss man aber die Eigenart des Versuchs im Vergleich zur Verwirklichung des im Besonderen Teil beschriebenen Tatbestandes beachten. Obwohl der Versuch ein eigenständiges Delikt ist, stützt er sich auf den Tatbestand im Besonderen Teil, wodurch sich das ganze subjektive Unrecht und das objektive Unrecht durch unmittelbares Ansetzen ergibt. Der Rücktritt wird begangen, wenn eine strafbare Handlung – versuchte Straftat – bereits ausgeführt worden ist. Der Rücktritt folgt dem Versuch und ist von einem unterschiedlichen Vorsatz getragen. Als nächstes stellt sich die Frage, wie unterscheidet sich die Rücktrittshandlung von der positiven Nachhandlung, die als tätige Reue gilt.

3.2.2 Der Unterschied zwischen der Rücktrittshandlung und der positiven Nachhandlung

Sowohl nach dem estnischen und deutschen Strafgesetzbuch schliesst der Rücktritt weder den Versuchstatbestand noch die Rechtswidrigkeit aus. Der Rücktritt und der Versuch werden in verschiedenen Paragraphen beschrieben, doch folgt es aus diesem Umstand alleine nicht, dass es sich um zwei getrennte Erscheinungen handelt.

In Anbetracht der Eigenart des Versuchs als einer strafrechtlicher Konstruktion kann der Rücktritt nicht mit der tätigen Reue gleichgesetzt werden. Obwohl der Versuch eigenständiges vorwerfbares Unrecht darstellt, wird trotzdem durch ihn nur ein Teil des Unrechts verwirklicht, das vorzuwerfen wäre im Falle eines vollendeten Straftatbestandes im Sinne des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches. Der Zweck der Versuchsstrafbarkeit ist es, die Vollendung der Straftat zu vermeiden, denn bereits mit dem Ansetzen zur Straftat ist dazu eine Möglichkeit geschaffen worden und aus dem Standpunkt des effektiven Rechtsgüterschutzes und der Normengeltung kann solches Verhalten nicht toleriert werden. Obwohl der Täter das bereits geschaffene Unrecht nicht auflösen kann, kann er dessen Wirkung auf die Rechtsgutsverletzung abändern und seinen vorherigen Einsatz neutralisieren. Durch die Rücktrittshandlung verschwindet die sich aus dem Versuch ergebene schädliche Wirkung auf eine mögliche Rechtsgutsverletzung. Daher ist es sinnvoll, den Versuch zur Grundlage einer einheitlichen Beurteilung zu nehmen, unter Berücksichtigung der spezifischen Verbindung zwischen dem Versuch und dem Rücktritt. Als Ergebnis der positiven Nachhandlung können die bereits entstandenen Schäden vermindert werden oder schädliche Wirkungen beseitigt werden, die nicht von dem konkreten Tatbestand umfasst sind.

Dennoch kann man in der Literatur Gegenbehauptung finden, wonach der Rücktritt vom Versuch als positive Nachhandlung anzusehen ist, weil die Rücktrittshandlung nach der Verwirklichung einer tatbestandsmäßigen, rechts-

widrigen und schuldhaften Tat ausgeführt wird und diese nicht auflösen kann.⁶⁹⁰ Dieser Meinung kann man nicht zustimmen, denn sie berücksichtigt die Eigenart des Rücktritts nicht. Der Versuch bekommt seinen Unrechtsinhalt durch den vollendeten Tatbestand. Wenn der konkrete Täter den Versuch begeht, zeigt er seine Bereitschaft, den Tatbestand zu verwirklichen. In einem solchen Fall könnte man erwidern, dass die Verwirklichung des Erfolgs nur ein Merkmal der vollendeten Tat ist, nicht aber ein Teil des Versuchstatbestandes, und kann deshalb nicht bei der Entscheidung über die Versuchsstrafbarkeit berücksichtigt werden. Dagegen hat man den Einwand erhoben, dass im Falle des Versuchs der Täter noch die Möglichkeit hat, die Vollendung des konkreten Tatbestandes zu vermeiden, auf welchen sein Vorsatz gerichtet war, was im Falle der nach dem Besonderen Teil vollendeten Tat in der Regel nicht möglich ist, denn in jenen Fällen ist das konkrete verbrecherische Ziel bereits erreicht.⁶⁹¹ Im Folgenden wird untersucht, worin die Wirkung des Rücktritts durch den Täter besteht und wie sie mit den Grundlagen der Versuchsstrafbarkeit verbunden ist, mit anderen Worten, wie äußert sich die Wirkung und die Bedeutung des Rücktritts.

3.2.3 Wirkung und Bedeutung des Rücktritts

Bei genauerer Erörterung der Wirkungen des Rücktritts auf die Vorwerfbarkeit und Strafbarkeit des Versuchs wird ausgegangen von den Grundlagen der Versuchsstrafbarkeit. d.h. aus dem Vorsatz, der auf die Verwirklichung eines konkreten Tatbestandes gerichtet ist, und aus der Infragestellung normativer Erwartungen. Als Ergebnis des Rücktritts wird der Vorsatz des Täters auf die Nichtvollendung des Tatbestandes gerichtet und die normativen Erwartungen werden wiederhergestellt.

Zusätzlich ist zu beachten, dass diese zwei Aspekte, d.h. erstens die Änderung des Tätervorsatzes, die sich äußert in der Befolgung der Rechtsnorm und in dem Absehen von der Tatbestandsvollendung oder im ernsthaften Bemühen darum, und zweitens die Wiederherstellung normativer Erwartungen und Gewährleistung des Rechtsgüterschutzes, miteinander verbunden sind. Die Rücktrittshandlung hat zweierlei Wirkung, die sich nicht auf die konkrete faktische Situation beschränkt, sondern auch aus dem Aspekt normativer Erwartungen und des Rechtsgüterschutzes wirkt.

Im Folgenden wird gezeigt, auf welche Weise die Wirkung der Rücktrittshandlung konkret zum Ausdruck kommt.

3.2.3.1 Der Rücktritt als Verzicht auf die Vollendung konkreten Tatbestands

Ein Versuch wirkt auf die mögliche Verletzung eines konkreten Rechtsguts objektiv oder lediglich in der subjektiven Vorstellung des Täters. Es ist wichtig zu betonen, dass der Strafbarkeitsgrund des Versuchs die Tatsache ist, dass der Vorsatz des Täters, das Rechtsgut zu verletzen, so intensiv ist, dass er Handlungen begangen hat, die auf die Rechtsgutsverletzung gerichtet sind. Wenn der

⁶⁹⁰ H. Wege, S. 75.

⁶⁹¹ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, S. 32.

Täter sich entschied, vom Versuch zurückzutreten, verschwand der motivierende Faktor – der Vorsatz, den Tatbestand zu Ende zu führen – und die Rechtsgutsverletzung trat nicht ein. Wenn also die Versuchsstrafbarkeit begründet wird durch den Willen, der auf Tatbestandsverwirklichung und Rechtsgutsverletzung gerichtet war, tritt im Rücktritt eine Willensänderung in Erscheinung, die im Gegenteil auf die Vermeidung der Tatbestandsvollendung gerichtet ist. So wie es keinen Versuch geben kann ohne einen in der äußeren Welt in Erscheinung getretenen Verhaltensakt, so ist es für den Rücktritt maßgebend, dass die Änderung des Täterwillens sich in einer konkreten Tatsache in der äusseren Welt ausdrückt, nämlich dass der Täter entweder die Straftat nicht vollendet oder sich mit konkretem Verhalten ernsthaft darum bemüht.

Dem Obigen könnte man widersprechen, dass der Täter zuerst den Vorsatz als einen Motivator, die Straftat zu begehen, besaß und die Änderung erst nach der Verwirklichung des Versuchs stattfand, also kann eine spätere andersgerichtete Entscheidung des Täters die Vorwerfbarkeit des Versuchs nicht beeinflussen. Obwohl die Rücktrittshandlung das im Anfang des Versuchs ausgeführte Verhalten nicht auflöst, sind der Versuch und der Rücktritt dennoch zusammen zu beurteilen, denn solange der Tatbestand nicht verwirklicht und das Rechtsgut nicht beschädigt ist, ist es wichtig, dass der Täter seinen Vorsatz anwendet, um ihn zu verwirklichen. Wenn der Tätersvorsatz sich geändert hat und die Straftat nicht vollendet wird, ist die sich aus dem Versuch ergebene negative Wirkung, d.h. die vom Tätersvorsatz getragene Handlung zur Verwirklichung des Tatbestandes im Besonderen Teil, abgeändert worden

Wenn der Vorsatz, die Straftat zu begehen, sich in den Vorsatz, die Straftat nicht zu vollenden, ändert, hat das nur dann eine Bedeutung, wenn der Täter den Ablauf von Ereignissen kontrollierte vom Versuchsbeginn bis zur Möglichkeit, zu entscheiden, ob er auf die weitere Ausführung verzichtet oder die Tat bis zum Ende ausführt.⁶⁹² Die Tatbeherrschung verbindet einerseits die Entscheidung, eine Straftat zu begehen, und andererseits die Entscheidung, diese letztendlich doch nicht auszuführen. Die Tatbeherrschung ist ähnlich zu ermitteln wie im Fall der Mittäterschaft: man muss beurteilen, ob und welche Rolle der Tateinsatz des Täters in der Nichtvollendung der Tat spielte. Wichtig ist, dass die Vorsatzänderung in einer vom freien Willen getragenen Handlung zum Ausdruck gekommen ist, als deren Ergebnis die Tat nicht vollendet wurde oder der Täter sich ernsthaft darum bemühte.

Gesondert sind betrachtet worden der Rücktritt vom untauglichem Versuch und die ernsthafte Bemühung, die Straftat nicht zu vollenden. Im Falle des untauglichen Versuchs ist der Strafgrund der Wille des Täters, der auf die Verwirklichung des Tatbestandes gerichtet ist. Auch hier findet beim Rücktritt eine Vorsatzänderung statt. Der Täter entscheidet sich anders und verwirklicht nach seiner Vorstellung das Verhalten, das auf die Nichtvollendung des Tatbestandes gerichtet ist. Da es in der Wirklichkeit unmöglich war, mit der Täterhandlung die im Besonderen Teil beschriebene Straftat zu verwirklichen, war der Rück-

⁶⁹² Die Wichtigkeit dieses Aspekts hat auch H. Wege, S. 87–88, betont.

tritt nicht der Grund, warum der Tatbestand unvollendet blieb. Eine Änderung im Tätersatz fand aber statt. Das motivierende Faktor zur Verwirklichung des Tatbestandes verschwand. Maßgebend ist hier, dass gerade das subjektive Merkmal als Strafaufhebungsgrund festgelegt worden ist. Daher ist so eine Änderung genügend, um den Rücktritt zu begründen. Es ist wichtig, zu beachten, dass in der Wirklichkeit der Tatbestand nicht vollendet und das Rechtsgut nicht beschädigt wurde.

Eine gesonderte Frage ist der Rücktritt im Falle der Tätermehrheit, denn dann genügt ein ernsthaftes Bemühen auch dann, wenn das Rechtsgut tatsächlich verletzt wurde. In einem solchen Fall kann man behaupten, dass der Täter nicht den Ablauf der Ereignisse kontrollierte. Im Falle mehrerer Täter ist zu berücksichtigen, dass die Einsätze mehrerer Personen sich kombinieren, weshalb es schwierig sein kann, Faktoren zu ermitteln, die nötig sind, um den Tatbestand zu vollenden oder nicht zu vollenden. Gleichzeitig ist zu beachten, dass im Falle des Rücktritts eine Vorsatzänderung eines konkreten Täters stattfand und durch Handlungen betätigt wurde. In Anbetracht der Zusammenwirkung von Einsätzen mehrerer Menschen ist es aber nicht immer für eine Person möglich, die Kausalkette so zu beeinflussen, dass der Tatbestand nicht vollendet wird. Es ist jedoch wichtig, dass der jeweilige Täter sowohl seinen eigenen Einsatz neutralisiert hat als auch das von ihm Abhängige dafür getan hat, dass die Tat nicht vollendet würde, d.h. aus der Vorstellung gehandelt hatte, dass es für ihn möglich war, den Ablauf von Ereignissen zu beeinflussen.

3.2.3.2 Rücktritt als Wiederherstellung normativer Erwartungen

Die Strafbarkeit des Versuchs wird unter anderem mit dem Bruch des Anerkennungsverhältnisses begründet, der begleitet ist von dem rechtserschütternden Eindruck über die Normgeltung. Folglich muss der Rücktritt vom Versuch die verletzten Anerkennungsverhältnisse wiederherstellen und die Normgeltung bestätigen.

Ähnlich H. Wege ist die Autorin von N. Luhmanns Theorie ausgegangen, die Systeme und die Bedeutung von Verhaltensakten im kommunikativen Prozess behandelt, hat sie aber auf eine andere Weise mit strafrechtlichen Begriffen verbunden. H. Wege ist von der Voraussetzung ausgegangen, dass der Rücktritt mit einer positiven Nachhandlung nach der Tatvollendung gleichsetzbar ist, weil das ganze Unrecht im Verstoß gegen die Verhaltensnorm besteht. Da aber die positive Nachhandlung und der Rücktritt sich im kommunikativen Prozess beteiligen, können sie aus dem Standpunkt des Strafbedürfnisses eine Bedeutung haben.⁶⁹³ Die Autorin nimmt ebenfalls die Systemtheorie und die Bedeutung von Verhaltensakten im Kommunikationsprozess zur Grundlage, geht aber von der Voraussetzung aus, dass der Rücktritt nicht mit der positiven Nachhandlung gleichsetzbar ist und dass der Rücktritt die Vorwerfbarkeit der Versuchshandlung beeinflussen kann und zwar aus dem folgenden Grund.

⁶⁹³ H. Wege, S. 84–86, 146–147.

Wenn der Täter vom Versuch zurücktritt, beginnt er sich gemäß dem in der Norm vorgeschriebenen zu verhalten, d.h. Verhaltensweisen zu vermeiden, die objektiv oder subjektiv auf eine Rechtsgutsverletzung gerichtet sind. Nach N. Luhmanns Auffassung funktioniert das Rechtssystem wie andere Systeme als ein Kommunikationsprozess, durch den man Information weiterleitet und zeigt, welche Erwartung im Augenblick in der Gesellschaft begründet ist.⁶⁹⁴ Die Stabilisierung der durch eine Enttäuschung beschädigten Erwartungen setzt voraus, dass sie wiederhergestellt werden durch einen symbolischen Prozess, wo man Erwartungen vorbringt und die Ereignisse bearbeitet, die die Enttäuschung verursachten, wodurch es sich ergeben sollte, dass nicht die Erwartung, sondern die erwartungswidrige Handlung falsch war.⁶⁹⁵ Um die Erwartung wiederherzustellen, ist es wichtig, im Kommunikationsprozess zu zeigen, dass die Befolgung der Verhaltensnorm richtig ist. Wenn mit dem Beginn einer versuchten Straftat die Erwartungen in Frage gestellt werden, ist es wichtig, dass dem ein kommunikativer Akt folgt, der die Richtigkeit des Verhaltensnormstreue bestätigt. Dabei ist es nicht maßgebend, ob das kommunikative System durch eine Handlung des Täters, d.h. den Rücktritt, oder durch die vom Staat angewandte Sanktion beeinflusst wird. Im Kommunikationsprozess muss eine Demonstration der Richtigkeit und Falschheit von Erwartungen erfolgen. Die Rücktrittshandlung ist also geeignet, am Kommunikationsprozess teilzunehmen und zu zeigen, dass die versuchte Straftat falsche Information über die gesellschaftlichen Erwartungen trug. Der Versuchbeginn war falsch; richtig ist es, die Vorschrift der Rechtsnorm zu befolgen. Wenn die Rücktrittshandlung diese Aufgabe erfüllt hat, ist eine strafrechtliche Reaktion zur Bestätigung der Normgeltung nicht nötig.

Als nächstes ist es wichtig, strafrechtsspezifisch eine Antwort zu finden auf die Frage, ob die Rücktrittshandlung genügt, um die normativen Erwartungen wiederherzustellen. Maßgebend ist dabei, wie die Normenverletzung zur Erscheinung gekommen ist und inwieweit der Schutzzweck der Norm verletzt worden ist. Daraus kann man folgern, was zur Wiederherstellung normativer Erwartungen nötig ist.

Eine versuchte Straftat ist eine unterlassene Vollendung der Tat, obgleich sie einen Verstoß gegen die Verhaltensnorm darstellt. Ein Verstoß gegen die Verhaltensnorm ist bereits mit einer Handlung begangen, die die Merkmale einer Versuchshandlung aufweist. Der Schutzzweck der Norm beschränkt sich nicht darauf, die konkrete Tat als solche zu verbieten, sondern eine zusätzliche Bedeutung hat die Tatsache, dass diese Tat zu einer Rechtsgutsverletzung führen kann. Die Strafwürdigkeit des Versuchs wird begründet durch eine vom Tätersvorsatz getragene Handlung, die die Vorschrift in der Verhaltensnorm missachtet und auf eine Rechtsgutsverletzung gerichtet ist. Also ist der Versuch verboten, um Verhalten vorzubeugen, das entweder objektiv oder nur in der Vorstellung des Täters auf Rechtsgutsverletzung gerichtet ist, und dadurch

⁶⁹⁴ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*. Darmstadt: Wiss. Buchges 2002, S. 79–80.

⁶⁹⁵ J. Sootak (koost). *Karistusõigus. Üldosa*. Tallinn: Juura 2010, S. 202.

Unsicherheit sät sowohl über die Normenbefolgung als auch, was noch wichtiger ist, Geschütztheit der Rechtsgüter. Eine Verhaltensnorm ist nicht ein Selbstzweck, sondern es ist wichtig, dass durch sie der Rechtsgüterschutz gewährleistet wird. Daher ist der verbotende Aspekt der Norm solange wesentlich, wie es nicht zur Rechtsgutsverletzung gekommen ist. Also ist es im Einklang mit dem Wesen der Norm, das Verhalten des Täters zur Erhaltung des Rechtsguts zu leiten, solange das Rechtsgut noch nicht tatsächlich verletzt ist. K. Yamanka hat konstatiert, dass die Rücktrittsregelung eine Empfehlungsnorm an den Täter ist, umzudenken und eine Rechtsgutsverletzung zu vermeiden.⁶⁹⁶ Die Existenz der Rücktrittsregelung als einer Empfehlungsnorm ist begründet mit dem Argument, dass es der Zweck der Verhaltensnorm und des davon ausgehend konstruierten Tatbestandes im Besonderen Teil ist, die Verwirklichung tatbestandsmäßigen Unrechts zu vermeiden, das sich im Falle von Erfolgsdelikten zusätzlich im Erfolgsunrecht äussert.⁶⁹⁷ Beim Rücktritt vom Versuch hat der Täter sich anders entschieden, schon bevor es zu einer Rechtsgutsverletzung gekommen ist, und dadurch ist der Schutzzweck der Norm – Erhaltung des Rechtsguts – gewährleistet. Ebenfalls ist zu betonen, dass der Täter mit dem Rücktritt gezeigt hat, dass er sich nach der Verhaltensnorm leitet und die Rechtsgutsverletzung vermeidet. Folglich beseitigt der Täter beim Rücktritt die sich aus dem Versuch ergebenden negativen Wirkungen. Zu beachten ist auch, dass beim Versuch der Schutzbereich von Rechtsgütern auf keine andere Weise beeinflusst wird ausser durch eine Handlung, die auf eine Rechtsgutsverletzung durch den Verstoß gegen die Verhaltensnorm gerichtet ist. Eine zusätzliche spezifische Strafwürdigkeit (z. B. Herstellung im Zivilverkehr verbotener Gegenstände) weist der Versuch nicht auf. Obwohl durch den Versuch gegen die Verhaltensnorm objektiv oder subjektiv verstoßen und ein Zweifel über Normgeltung und Rechtsgütererhaltung herbeigeführt wird, wird mit der Rücktrittshandlung gezeigt, dass die Rechtsnorm befolgt und Rechtsgüterschutz gewährleistet wird. Mit dem Rücktritt bleibt die Vollendung des Tatbestandes im Besonderen Teil aus und die sich aus dem Versuch ergebene negative Wirkung, was im Grunde der Vorwerfbarkeit des Versuch liegt, wird beseitigt.

Damit die Rücktrittshandlung im Kommunikationsprozess eine Bedeutung hat, muss sie konkrete Bedingungen erfüllen, aus denen der Einsatz des Täters bezüglich Nichtvollendung des Tatbestandes hervorgeht. Wichtig ist, dass der Täter Kontrolle über die Ereignisse hat, d.h. dass seine Entscheidung, die Vollendung der Tat zu unterlassen, seine freiwillige Entscheidung ist, die im konkreten Einsatz in Erscheinung tritt.

Im Kommunikationsprozess ist jede Handlung einzeln zu betrachten. In einer Situation, wo man eine Wahl treffen muss, die Verhaltensnorm zu befolgen oder nicht, stellt sich die Frage, ob die normativen Erwartungen richtig sind oder nicht. Jede solche Wahl zeigt, ob man in einem konkreten Fall zugunsten normativer Erwartungen entschied. Das Strafrecht kann das ganze im System

⁶⁹⁶ K. Yamanaka, S. 784.

⁶⁹⁷ K. Yamanaka, S. 781.

stattfindende Kommunikationsprozess nicht als ein Ganzes betrachten, denn dann wäre die Grundlage der Beurteilung schwierig festzulegen und das Prinzip des Tatstrafrechts wäre gebrochen. Ebenfalls ist es wichtig, jede Wahlsituation zu beeinflussen, in der es um die Stichhaltigkeit normativer Erwartungen geht, und das kann nur dann getan werden, wenn die Auswahlentscheidungen gesondert betrachtet werden.

3.2.3.3 Rücktritt vom unbeendeten und beendeten Versuch

Das Strafgesetzbuch unterscheidet zwischen dem Rücktritt vom unbeendeten und beendeten Versuch. In beiden Fällen bestimmt es, worin die Rücktrittshandlung des Täters zu bestehen hat. Im Folgenden wird untersucht, ob in beiden Fällen die Voraussetzungen der Theorie der Rücktrittsbegründung erfüllt sind: ob der Täter imstande war, die sich aus dem Versuch ergebenden negativen Einflüsse abzuändern, ob er die Ereignisse unter seiner Kontrolle hatte und ob er diese nach seinem Willen lenkte.

Im Falle des unbeendeten Versuchs hat der Täter nach seiner Vorstellung nicht alles verwirklicht, was zur Vollendung des Tatbestandes nötig ist. Für den Rücktritt genügt es, die Ausführung der Tat zu unterbrechen. Im Falle des unbeendeten Versuchs ist der weitere Ablauf von Ereignissen unter der Kontrolle des Täters, denn er hat die Möglichkeit, zu entscheiden, ob und wie er die Tat fortsetzen will, so dass der Tatbestand im Besonderen Teil vollendet wird, oder ob er im Gegenteil die Tatausführung unterbrechen will, so dass eine Rechtsgutsverletzung ausbleibt.

Im Falle des beendeten Versuchs hat der Täter alles verwirklicht, was nach seiner Vorstellung nötig ist, um den Tatbestand zu vollenden. Im Falle des beendeten Versuchs ist das ganze Handlungsunrecht verwirklicht und für das Eintreten der Erfolgs ist ein zusätzlicher Einsatz des Täters nicht mehr nötig, sondern der Ausgang hängt nur davon ab, wie schnell die Täterhandlung die Kausalkette auslöst, die zum tatbestandsmäßigen Erfolg führt. Gleichwohl ist es, solange der Tatbestand nicht vollendet ist, noch möglich, den Ablauf der Kausalkette zu beeinflussen und die Vollendung des Tatbestandes abzuwenden. Also kann man behaupten, dass solange es dem Täter möglich ist, den Eintritt des Erfolgs zu vermeiden, handelt es sich um eine Tat unter seiner Kontrolle. Gleichzeitig kann beim Beeinflussen der Kausalkette der Zufall eine große Rolle spielen. Zum Beispiel sieht der Tatplan des Täters vor, einen Totschlag durch mehrfache Messerstiche in das Herzensbereich zu begehen, und nach seiner Vorstellung sollten drei Stiche genügend sein. Nachdem er die Messerstiche ausgeführt hat und das am Boden liegende, stöhnende und blutende Opfer anschaut, sint es ihm leid und er entscheidet sich, das Eintreten des Todes abzuwenden, indem er sofort den Rettungsdienst anruft, das Geschehene schildert und bittet, möglichst schnell anzukommen. Weiterer Ablauf von Ereignissen und der Eintritt des Erfolgs hängt von äusseren Umständen ab: wie schnell der Rettungsdienst ankommt, ob er nicht in einen Stau gerät, was die Situation kritisch ändern kann, ob die Ärzte eine Entscheidung treffen, die am besten geeignet ist, um das Leben des Opfers zu retten. Dies zeigt eindeutig, dass in

einem solchen Fall das Abwenden des Erfolgs nicht nur von der Täterhandlung abhängt, sondern davon, wie die darauffolgenden Ereignisse sich abspielen. In der Literatur hat man diese Situation mit „russischen Roulette“ verglichen, dessen Ausgang unbekannt ist und von Glück und Zufall abhängt, und gefunden, dass folglich solche Täterhandlung nicht genügende kommunikative Wirkung aufweist, dass die in den Rechtsnormen enthaltene Verhaltensanweisung richtig ist und dass der Versuch falsches Verhalten darstellte.⁶⁹⁸

Diese Schlussfolgerung kann jedoch nicht auf alle Fälle beendeten Versuchs übertragen werden. Zum Beispiel ist es möglich, dass nach der Tätervorstellung der Tod durch Vergiftung antreten sollte, aber zwischen dem Essen von vergifteten Bonbons durch den Opfer und dem Antreten des möglichen Erfolgs mit Sicherheit mehr als eine Woche bleibt und es während dieser ganzen Woche für den Täter möglich ist, den Prozess umzukehren und den Eintritt des Todes zu vermeiden, indem er einen Arzt anruft und über das Geschehene berichtet, und die Verabreichung des Gegengifts eine fast hundertprozentige Garantie der Genesung gibt. In diesem Beispiel handelt es sich zwar um einen beendeten Versuch, aber der Ablauf von Ereignissen war unter der Kontrolle des Täters und er hatte noch eine Woche nach seiner Handlung die Möglichkeit über das Eintreten des Erfolgs zu entscheiden. Also kann man nicht folgern, dass der Nichteintritt des Erfolgs im Falle des beendeten Versuchs zum großen Teil ausser der Täterhandlung auch vom Zufall abhängt.

Also kann man lediglich aus der Art des Versuchs – unbeendet oder beendet – keine Folgerung schliessen, ob die Tat unter der Kontrolle des Täters ist. Es ist aber im Kontext der Rücktritts begründung wichtig, dass der Täterereinsatz eine maßgebende Rolle im Ablauf der Ereignisse hat und dass die Nichtvollendung des Tatbestandes nicht im großen Maße nur vom Zufall abhängt. Daher ist es wichtig, wie man die Voraussetzungen des Rücktritts definiert und auslegt, d.h. die Freiwilligkeit und die Rücktrittshandlung. Dadurch wird es möglich, zu beurteilen, ob der Ablauf von Ereignissen unter der Kontrolle des Täters ist. Dieses Thema wird untersucht im Abschnitt, der die Forderungen an die Rücktrittshandlung behandelt (IV).

3.2.3.4 Der Rücktritt vom Versuch als eine dem Täter gegebene Möglichkeit

Bisher wurde festgestellt, dass beim Rücktritt vom Versuch der Ablauf von Ereignissen unter der Kontrolle des Täters sein muss und nicht lediglich vom Zufall abhängen darf. Dabei kann die Rücktrittsmöglichkeit selbst in hohem Maße vom Zufall abhängen. Die Rücktrittsmöglichkeit kann unverwirklicht bleiben, wenn der Täter unmittelbar nach dem Versuchsbeginn gestoppt wird oder im Falle des beendeten Versuchs hat der Täter zwar den Gedanken, zum Rücktritt anzusetzen, jedoch noch bevor er dazu die Gelegenheit bekommt, greifen die Behörden ein und der Täter hat keine Möglichkeit, vom Versuch zurückzutreten.

⁶⁹⁸ H. Wege, S. 87-88.

Man kann nicht behaupten, dass in einem solchen Fall die Rechte des Täters verletzt wären, denn der Rücktritt vom Versuch ist kein subjektives Recht des Täters, dessen Wahrnehmung der Staat ihm gewährleisten sollte, sondern eine zusätzliche Möglichkeit, die benutzt werden kann, solange die Tat noch im Versuchsstadium ist. Man kann auch nicht behaupten, dass in so einem Fall verschiedene Täter ungleich behandelt werden, weil der eine die Möglichkeit hat, von der Rücktrittsmöglichkeit Gebrauch zu machen, in die Tätigkeit des anderen aber sich die Beamten der Polizeibehörden unmittelbar nach dem Versuchsbeginn eingreifen. Die Tatsache, dass es schon nach dem Versuchsbeginn einen Anlass gibt, in das rechtswidrige Verhalten des Täters einzugreifen, ist ein Risiko des Verbrechers, weil er nach seiner Vorstellung ein zu Rechtsnormen im Widerspruch stehendes Verhalten angefangen hat.

Also ist die Rücktrittsregelung eine Ermöglichung: solange der Staat noch nicht eingegriffen hat, hat der Täter die Möglichkeit, die sich aus dem Versuch ergebene negative Wirkungen sowohl auf das konkrete Rechtsgut als auch auf die Geltung der Rechtsnorm abzuändern.

Die Benutzung der Rücktrittsmöglichkeit ist nicht eine Pflicht des Täters, worauf der Staat mit einem zusätzlichen Vorwurf reagieren könnte. Wenn der Täter die Möglichkeit zum Rücktritt nicht benutzt, kann ihm lediglich der Verstoß gegen die Verhaltensnorm und die Verletzung eines Rechtsguts, die Verwirklichung eines konkreten Tatbestandes im Besonderen Teil, nicht aber die Nichtbenutzung der Rücktrittsmöglichkeit vorgeworfen werden.⁶⁹⁹

3.2.3.5 Die Wirkung des Rücktritts auf die Strafwürdigkeit und das Strafbedürfnis

Im Folgenden wird die Frage behandelt, ob der Rücktritt nur das Strafbedürfnis oder auch die Strafwürdigkeit beeinflusst.

Die Strafwürdigkeit bezeichnet die Eigenschaften der Tat, auf Grund dessen entschieden wird, ob der konkrete Verhaltensakt strafrechtlich vorwerfbar sein soll. Die Strafwürdigkeit berücksichtigt alle wesentliche Aspekte der Tat und ist nicht als alleinstehendes Element des Deliktbegriffes zu betrachten.⁷⁰⁰ Dieser Standpunkt ist vertreten worden auch in den Urteilen des estnischen Staatsgerichtshofs 3-1-1-93-15 Nr. 119 und 3-1-1-11-15 Nr. 12.1, wonach Strafwürdigkeit eine Einschätzung der Tat als eines Ganzen ist. In der Literatur sind jedoch Auffassungen zu finden, wonach die Strafwürdigkeit ein eigenständiges Element des Deliktsbegriffes neben dem Tatbestand, der Rechtswidrigkeit und der Schuld ist.⁷⁰¹

Die Feststellung der Strafwürdigkeit findet nach in der Theorie ausgearbeiteten Kriterien statt. Diese enthalten die Rechtswidrigkeit und Schuld-

⁶⁹⁹ K. Yamanaka, S. 781.

⁷⁰⁰ R. Zaczyk, S. 328.

⁷⁰⁰ U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch 4. Auflage 2013 § 1 Nr. 56

⁷⁰¹ C. Roxin AT I, S. 1047

haftigkeit der Tat, das heisst alle Kriterien des Deliktsbegriffes, zusätzlich jedoch auch Prinzipien des Strafrechts wie Subsidiarität, Sozialadäquanz usw.⁷⁰² Die Strafwürdigkeit ist ein Dachbegriff, der alle Elemente des Deliktsbegriffes enthält und die Antwort auf die Frage gibt, ob ein konkreter Verhaltensakt strafrechtlich vorwerfbar ist.

Das Strafbedürfnis ist die Frage, ob und mit welcher Begründung der Staat von der Bestrafungsmacht Gebrauch macht. Das Strafbedürfnis soll eine Antwort auf die Frage geben, ob und wie auf die strafwürdige Tat zu reagieren ist. In Verbindung zu dieser Frage bestimmt der Gesetzgeber im Besonderen Teil die Strafraumen und auch die Grundlagen der Strafzumessung und die Umstände, die dabei zu berücksichtigen sind. Die theoretische Grundlage dazu geben die Straftheorien zu der Bestrafungsmacht, das heisst die unterschiedlichen rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen Begründungen des Strafrechts, wodurch bestimmt wird, worauf die Bestrafung des Täters beruht.⁷⁰³ Das Strafbedürfnis ist nicht nur mit dem konkreten Verhaltensakt verbunden, sondern auch mit äusseren Umständen wie z. B. Verjährung oder Täter-Opfer-Ausgleich, was eine strafrechtliche Reaktion unzweckmässig macht.

Strafwürdigkeit und Strafbedürfnis sind Begriffe, bei deren Feststellung vor allem von demselben Kriterium ausgegangen wird: ob der Rechtsgüterschutz einer strafrechtlichen Reaktion bedarf. Daher ist die Unterscheidung dieser Begriffe nicht eindeutig klar.⁷⁰⁴ Im Allgemeinen kann man sagen, dass die Strafwürdigkeit der Tat primär ist und von der Rechtsidee ausgeht, das Strafbedürfnis dagegen ein sekundäres Kriterium ist, das auch von kriminalpolitischen Erwägungen abhängt.⁷⁰⁵ Die Beurteilung des Strafbedürfnisses setzt voraus, dass die Strafwürdigkeit bereits festgestellt worden ist.

Die Strafwürdigkeit des Versuchs ist begründet durch den in der Täterhandlung betätigten Vorsatz, der auf eine Rechtsgutsverletzung gerichtet ist, und damit durch eine mögliche Rechtsgutsgefährdung und den Bruch des Anerkennungsverhältnisses und die Infragestellung normativer Erwartungen. Mit der Rücktrittshandlung zeigt der Täter, dass der Vorsatz, der auf die Rechtsgutsverletzung gerichtet war, eine andere Richtung genommen hat, so dass die Erhaltung des Rechtsguts gewährleistet wurde. Seine Handlung macht deutlich, dass die Befolgung der Rechtsnorm, nicht das Gegenteil erwartungsgemäss ist. Folglich hat der Täter mit der Rücktrittshandlung die Merkmale beeinflusst, worauf die Strafwürdigkeit beruht.

Dennoch kann man widersprechen, dass der Versuch zur Zeit der Rücktrittshandlung schon vollzogen ist, der Rücktritt also nur das Strafbedürfnis und nicht mehr die Strafwürdigkeit beeinflussen kann. U. Murmann weist darauf hin, dass das Unrecht des Versuchs nicht durch Rücktritt beseitigt werden kann.

⁷⁰² R. Zaczyk, S. 328.

⁷⁰³ U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.) 4. Auflage 2013 §§ 57–84

⁷⁰⁴ J. Sootak. Sanktsioonidõigus. Tallinn: Juura 2007, S. 25–26.

⁷⁰⁵ A. Heckler, S. 30–32.

⁷⁰⁶ J. Sootak. Karistusõiguse alused, S. 79.

Ebenfalls ändert der Täter mit dem Rücktritt nicht den Versuch, sondern die Vollendung des Tatbestandes ab.⁷⁰⁶ Die Autorin ist damit einverstanden, dass der Rücktritt nicht den Versuch aufzulösen vermag, und dass der Versuch und der Rücktritt unterschiedliche Verhaltensakte sind, die nacheinander ausgeführt werden. Trotzdem haben der Versuch und der Rücktritt einen spezifischen Zusammenhang. Der Rücktritt ist solange möglich, bis die schädlichen Wirkungen des Versuchs nicht verwirklicht sind. Beim Rücktritt wird die sich aus dem Versuch ergebene schädliche Wirkung abgeändert, und der Täter verzichtet nicht bloß auf die Vollendung, sondern auch auf die Infragestellung normativer Erwartungen und auf die Schwächung der Schutzsphäre des Rechtsguts. Der Täter zeigt, dass sein Vorsatz, der ursprünglich auf die Rechtsgutsverletzung gerichtet war, vielmehr auf die Hütung des Rechtsguts gerichtet ist. Dieses spezifische Unrecht ist die Grundlage der Versuchsstrafbarkeit und diese Wirkung hat der Täter beseitigt, also ist es gerecht, zu behaupten, dass seine Handlung die Strafbarkeit des Versuchs beeinflusst. Dieses Thema wird im Abschnitt untersucht, der den dogmatischen Standort des Rücktritts behandelt (V).

Wegen des Obigen ist es begründet, zu behaupten, dass der Täter auf den Versuch, nicht auf die Vollendung verzichtet, weil er gerade die Grundlagen der Versuchsstrafbarkeit beeinflusst. Also ist es richtig, in der estnischen Sprache den Begriff *süüteokatsest loobumine* („Verzicht auf den Versuch“) und nicht *lõpuleviimisest loobumine* („Verzicht auf die Vollendung“) zu benutzen.

Wenn die Strafwürdigkeit dermaßen vermindert ist, dass es keinen Grund gibt, gegen den Täter einen strafrechtlichen Vorwurf zu machen, ist es auch nicht gerecht, ihn zu bestrafen. Beim Rücktritt von Versuch ist es daher nicht zulässig, dass der Staat von seiner Bestrafungsmacht Gebrauch macht. Dank der Rücktrittshandlung des Täters sind die Ziele des Strafrechts ja erreicht. Strafrechtliches Reagieren mit der Anwendung der Sanktion ist dann begründet, wenn mit anderen Mitteln der Zweck des Strafrechts nicht zu erreichen ist. Anderenfalls würde man gegen das Prinzip von *ultima ratio* verstoßen.

IV Rücktrittsvoraussetzungen im eStGB

Aus den im Gesetz festgelegten Elementen des Rücktritts muss hervorgehen, dass der Täter den Ablauf von Ereignissen kontrollierte und dass seine Handlung der Beitrag war, der die Vollendung des Tatbestandes abwandte. Dadurch ist der Glaube an die normativen Erwartungen wiederhergestellt und zusätzlicher Rechtsgüterschutz gewährleistet worden.

In §§ 41-43 eStGB sind konkrete Bedingungen festgelegt, welche die Rücktrittshandlung erfüllen muss beim unbeendeten und beendeten Versuch und bei der Tätermehrheit. Gesondert sind in § 25 (6) Bedingungen festgelegt für den Versuch im Falle strafbaren Unterlassens, es gibt aber keine gesonderte Regelung für den Rücktritt im Falle des Unterlassens. Ebenfalls gibt es keine geson-

⁷⁰⁶ U. Murmann, Versuch und Rücktritt, S. 31.

derte Rücktrittsregelung im Falle untauglichen Versuchs und für die juristische Person. Folglich muss man sowohl im Falle des Unterlassens als auch des untauglichen Versuchs sich nach §§ 41–43 richten. Was den Rücktritt einer juristischen Person betrifft, so ist zu beachten, dass die ganze Verantwortlichkeit der juristischen Person durch die Verantwortlichkeit einer konkreten natürlichen Person konstruiert worden ist, bei der sowohl Tatbestand, Rechtswidrigkeit als auch Schuld vorliegen muss, und zusätzlich ist festzustellen, dass die natürliche Person in Interessen der juristischen Person gehandelt hat. Dieser Grundsatz ist im Gesetz festgelegt und hat auch in den Urteilen des Staatsgerichtshofs RKKKo 3-1-1-137-04, 3-1-1-30-11 und 3-1-1-66-14 Ausdruck gefunden. In RKKKo 3-1-1-66-14 Nr. 6 wird gemerkt, dass „die juristische Person als eine rechtliche Abstraktion nur durch eine natürliche Person handeln kann. Diese Auffassung ist in § 14 (1) eStGB ausgedrückt, das das Prinzip der abgeleiteten (derivativen) Verantwortung festlegt. Es handelt sich um eine Zuweisungsnorm, wonach die juristische Person in im Gesetz festgelegten Fällen eine Tat verantwortet, die durch ihr Organ, dessen Mitglied, leitenden Mitarbeiter oder bevollmächtigten Vertreter in Interessen der juristischen Person begangen wird. Gemäß § 2 (2) eStGB ist nur die Tat strafbar, die dem Tatbestand entspricht, rechtswidrig ist und von dem Täter schuldhaft begangen wurde. Deswegen kann eine juristische Person nur dann strafbar sein, wenn im Verhalten ihres Organs, dessen Mitglieds, leitenden Mitarbeiters oder des bevollmächtigten Vertreters alle vorhergenannten Elemente des Deliktsaufbaus vorhanden sind und wenn festgestellt worden ist, dass das Organ oder der leitende Mitarbeiter der juristischen Person dabei in Interessen der juristischen Person handelte.“ Folglich kann der Rücktritt der juristischen Person nur durch eine konkrete natürliche Person stattfinden, welche die Voraussetzungen des Rücktritts erfüllt. Von Bedeutung ist auch die Regelung in § 43¹ eStGB zum Rücktritt bei erfolgloser Teilnahme. Die Voraussetzungen sind dieselben wie im Falle des Einzeltäters. Deswegen geht die folgende Diskussion von §§ 41–43 eStGB aus. Die Voraussetzungen des Rücktritts sind eine Rücktrittshandlung und deren Freiwilligkeit.

Die Rücktrittsregelung zeigt, worin der Verhaltensakt des Täters bestehen soll, damit es einen Grund gibt, zu behaupten, dass eine strafrechtliche Reaktion nicht angebracht ist. Die Rücktrittshandlung kann bestehen in der Unterbrechung der weiteren Ausführung der Tat, in der Abwendung des Erfolgs oder in darauf bezogenen ernsthaften Bemühen. In der Rechtsliteratur fehlt Einigkeit bezüglich der Abwendung des Erfolgs als Voraussetzung der Rücktrittshandlung. Man kann zweierlei Auffassungen unterscheiden, je nach dem, ob es wichtig ist, nur den Erfolg zu vermeiden (Chanceneröffnungstheorie) oder ob auch die Täterhandlung betont wird (Bestmöglichkeitstheorie).

Nach der Chanceneröffnungstheorie, die die Abwendung des Erfolgs betont, ist eine naturalistische Kausalität zwischen der Rücktrittshandlung und dem ausgebliebenen Erfolg nötig.⁷⁰⁷ Es ist also nicht wichtig, ob die Wirkung der

⁷⁰⁷ H. Boss, S. 60.

Rücktrittshandlung in der Zusammenwirkung mit anderen Umständen eintrat, und ob es zur Vermeidung des Erfolgs bessere Maßnahmen gegeben hätte. Die Bedingungen der Rücktrittshandlung sind erfüllt auch im Falle des sog. halberhitzigen Rücktritts, wenn der Täter eine riskantere Weise zur Erfolgsabwendung gewählt hat und damit nicht seinen bestmöglichen Einsatz gegeben hat, aber der Erfolg blieb dennoch aus.⁷⁰⁸ Diese Auffassung ist aber in der Rechtsliteratur unter starke Kritik gefallen, von allem aus dem Grund, dass ein Einklang mit den Grundlagen der Rücktrittsbegründung fehlt und ebenfalls fehlt der Einklang mit der zweiten Rücktrittsalternative – dem ernsthaften Bemühen.⁷⁰⁹ Nach der Auffassung naturalistischer Kausalität ist nicht die Natur der Rücktrittshandlung maßgebend, sondern nur das Ergebnis – der Nichteintritt des Erfolgs. Im Kontext der Rücktrittsbegründungstheorien ist es schwierig, den Standpunkt zu begründen, dass eine naturalistische Kausalität genügt, weil in solchem Fall Glück und Zufall eine große Rolle spielen, also ist es schwer, zu behaupten, dass der Täter den Ablauf von Ereignissen unter Kontrolle hatte und den Glauben an die Geltung der Rechtsnorm wiederhergestellt hat. Vom Standpunkt des Opferschutzes bietet dies lediglich einen unsicheren Schutz.

Nach der Bestmöglichkeitstheorie ist der Schwerpunkt auf der Natur der erfolgsvermeidenden Handlung. Die bloße Tatsache, dass das Nichteintritt des Erfolgs und die Rücktrittshandlung in Kausalverbindung stehen, genügt nicht. Die Täterhandlung muss optimal sein, d.h. eine bestmögliche Handlung, die geeignet ist, den Erfolg abzuwenden. Beim tatsächlichen Ausbleiben des Erfolgs muss die Handlung ebenfalls das ernsthafte Erstreben bezeugen, den Erfolg zu vermeiden, so wie es gemäß § 42 (1) Satz 2 und § 43 Satz 2 erforderlich ist im Falle, wenn der Erfolg unabhängig von der Täterhandlung ausbleibt.⁷¹⁰ Nach der Bestmöglichkeitstheorie ist das Merkmal der Wiederherstellung des Glaubens an die Rechtsnormen sicherlich besser erfüllt, denn der Täter hat eine Handlung unternommen, die den Erfolg am effektivsten vermeiden sollte, und gezeigt, dass es für ihn wichtig ist und das seine Handlung tatsächlich darauf gerichtet ist. Dennoch kann man nicht unmittelbar behaupten, dass im Falle der Lösung des besten Einsatzes das Geschehen unter der Kontrolle des Täters ist, denn es ist denkbar, dass alle mögliche Lösungen unsicher sind und ihr Erfolg nicht sehr wahrscheinlich ist.

Die Bestmöglichkeitstheorie ist kritisiert worden, weil nach dem Wortlaut des Gesetzes die Vermeidung des Erfolgs maßgebend ist. Es ist nicht wichtig, ob sie durch die bestmögliche Handlung erreicht wurde oder nicht.⁷¹¹ Dennoch kann man in der Literatur den Standpunkt finden, dass eine optimale Rettungs-

⁷⁰⁸ I. E. Weinhold. *Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch*. Nomos: Baden-Baden 1990, S. 94–95.

⁷⁰⁹ C. Roxin. *Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch*. – T. Weigend, G. Küpper (Hrsg). *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*. Berlin: de Gruyter 1999, S. 333.

⁷¹⁰ H. Boss, S. 64.

⁷¹¹ C. Roxin. *Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch*, S. 332.

handlung mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar ist, da der Begriff "Abwendung des Erfolgs" ein normatives Tatbestandmerkmal ist und auszufüllen ist.⁷¹² Die Bestmöglichkeitstheorie ist auch aus dem Standpunkt des Rechtsgüterschutzes kritisiert worden. Der Täter mag nicht die beste Lösung wählen, weil er fürchtet, dadurch seine Straftat zu offenbaren, hat jedoch zur Abwendung der Erfolgs andere Handlungen zur Verfügung, die aber nicht dem Merkmal besten Einsatzes entsprechen. Also kann die Beschränkung der Rücktrittshandlung auf die beste Möglichkeit die Rettungschancen des Opfers sogar vermindern.⁷¹³

Aus der obigen Diskussion wird deutlich, dass weder die Möglichkeiteröffnungs- noch die Bestmöglichkeitstheorie widerspruchsfrei zu erklären vermag, welche eine Rücktrittshandlung sein soll. In der Praxis des deutschen Bundesgerichtshofes kann man Unterstützung für beide Theorien finden, die neuesten Urteile gehen allerdings von der Erfolgsvermeidung aus, wobei aber das Nichteintritt des Erfolgs nicht allein vom Zufall abhängen darf.⁷¹⁴

In der Literatur ist man zum Ergebnis gekommen, dass die eine oder die andere Auffassung allein nicht die Lösung gibt, sondern neue Argumente nötig sind. Eine Rücktrittshandlung ist tauglich, wenn bei objektiver *ex ante* Auffassung festgestellt werden kann, dass eine erfolgsabwendende Wirkung vorsehbar war, optimal braucht die Handlung jedoch nicht zu sein.⁷¹⁵ Also genügt für den Rücktritt nicht die Feststellung naturalistischer Kausalität allein, es ist aber auch nicht erforderlich, dass der Täter aus allen verfügbaren Lösungen die beste wählt. Nach diesem Kriterium sind ausgeschlossen die Fälle, wo der Täter zwar eine Handlung begangen hat, die zum Erfolg kausal ist, diese Kausalität aber nicht vorsehbar war und das, was zum Ausbleiben der Erfolgs führte, war eher Zufall oder eine Ausnahmesituation.

Wenn man zwischen der Rücktrittshandlung und der Nichtvollendung des Tatbestandes fordert, dass ausser der Kausalität noch festgestellt wird, dass das Ausbleiben des Erfolgs eine Leistung des Täters ist, ist das mit den Rücktrittsbegründungstheorien im Einklang, denn dann kann man sinnvollerweise behaupten, dass der Ablauf von Ereignissen unter der Kontrolle des Täters war und der Glaube an die Normgeltung wiederhergestellt wurde; ebenfalls wird dadurch der effektive Rechtsgüterschutz gewährleistet. In einem solchen Fall genügt nicht eine beliebige Täterhandlung, die zum Ausbleiben des Erfolgs kausal ist, sondern der Zurücktretende muss aus verschiedenen Varianten eine solche auswählen, die angemessen und geeignet ist, den Erfolg abzuwehren. Zum Beispiel hat der Täter in einem Wald, weit von nächster Siedlung, einen beendeten Totschlagsversuch begangen. Zur Abwendung des Erfolgs ist ärztliche Hilfe nötig. Er kann das Opfer selbst ins Krankenhaus bringen, das

⁷¹² U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, S. 66.

⁷¹³ C. Roxin. Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch, S. 333.

⁷¹⁴ W. Joecks, K. Miebach, § 24 /127,134.

⁷¹⁵ H. Boss, S. 197.

Opfer in der Nähe eines Krankenhauses zurücklassen, in der Hoffnung, dass es von jemandem gefunden und gerettet wird, den Rettungsdienst anrufen oder einem sich im Wald befindenden Beerensammler sagen, dass ein Mensch im lebensgefährlichen Zustand Hilfe braucht, der Täter aber nicht sein eigenes Telefon benutzen kann. Wenn man fordern würde, dass der Täter eine Handlung wählt, die angemessen und geeignet ist und möglichst wenig Raum für einen Zufall lässt, sind die Rücktrittsvoraussetzungen offenbar nicht erfüllt, wenn das Opfer lediglich in der Nähe des Krankenhauses zurückgelassen wird oder ein Beerensammler angesprochen wird, ohne Gewissheit, ob dieser auch etwas unternehmen wird, um dem Opfer Hilfe zu leisten. Auch wenn man den Rettungsdienst anruft oder selbst ins Krankenhaus fährt, hängt die Rettung des Opfers in hohem Maße vom Zufall ab, wie schnell der Rettungsdienst eintrifft und wie stark die Gesundheit des Opfers ist. Daher ist der Täter verpflichtet, eine Handlung zu wählen, die in gegebener Situation möglichst effektiv ist, um der Erfolg abzuwehren. Keine der Varianten schliesst den Zufall völlig aus, aber der Täter muss eine wählen, die unbegründete Risiken ausschliesst. Dann wird aus seinem Vorgehensweise ersichtlich, dass der Täter den Ablauf von Ereignissen leitet und zeigt, dass er richtig ist, ein Verhalten zu wählen, das Rechtsgutsverletzungen vermeidet. Ebenfalls gewährleistet es einen möglichst effektiven Schutz für das Opfer. Man kann nicht behaupten, dass so eine Lösung dem Gesetz widerspricht, denn das Gesetz bestimmt nicht, wie die Kausalität zwischen der Rücktrittshandlung und dem Erfolg festzustellen ist. Wenn man berücksichtigt, dass man beim Vorwurf gegen den Täter für sein Verhalten der naturalistischen Kausalität die objektive Zurechnung hinzugefügt hat, ist dies auch im Falle des Rücktritts angebracht.⁷¹⁶

Wichtig ist, dass verschiedene alternative Rücktrittshandlungen – Nichtvollendung des Tatbestandes und ernsthaftes Bemühen – in gleicher Weise dem Täter die Pflicht auferlegen, sich um die Nichtvollendung des Tatbestandes zu bemühen. In deutscher Literatur und Rechtspraxis herrscht die Meinung, dass ernsthaftes Bemühen nach der Bestmöglichkeitstheorie auszulegen ist. Das heisst, von dem Täter wird eine optimale Anstrengung verlangt und er hat die Pflicht, das beste Mittel zur Vermeidung des Erfolgs zu wählen.⁷¹⁷ Also ist es erforderlich, dass der Täter alle ihm bekannten Möglichkeiten zur Erfolgabwehr ausschöpft. Beim Einbeziehen dritter Personen muss er darauf achten, dass diese die zur Rettung notwendigen Maßnahmen tatsächlich anwenden.⁷¹⁸ In der Literatur kommt auch eine Gegenmeinung vor, wonach zum ernsthaften Bemühen egal welche Handlung genügt, die geeignet ist, den Erfolg abzuwenden.⁷¹⁹ Also wird hier im Grunde genommen von derselben Auffassung

⁷¹⁶ U. Murmann. *Versuchsunrecht und Rücktritt*, S. 66.

⁷¹⁷ V. Krey, R. Esser. *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Stuttgart: W.Kohlhammer 2012, S. 552.

⁷¹⁸ K. Kühl. *Karistusõigus. Üldosa*. Tallinn: Juura 2002, S. 351.

⁷¹⁹ K. Kühl, S. 352.

ausgegangen wie bei der Abwendung des Erfolgs, wonach es ausreichend ist, wenn die Bedingung des Kausalverhältnisses erfüllt ist.

Eine Untersuchung des sprachlichen Inhalts dieses Begriffes unterstützt eher den Standpunkt, dass beliebiges Bemühen noch nicht den Bedingungen der Rücktrittshandlung genügt.⁷²⁰ Das heisst, die Bedingungen erfüllt nicht eine sozusagen teilweise Abwendung des Erfolgs, weil da dem Zufall eine große Rolle gelassen worden ist.⁷²¹ Jedoch folgt aus dem Wortlaut „ernsthaftes Bemühen“ im Gesetz nicht, dass der Täter die beste Handlung unternehmen muss, die zur Abwendung des Erfolgs nötig ist, sondern es genügt eine Handlung, die für diesen Zweck angemessen und geeignet ist.⁷²² Ob die Handlung diesen Bedingungen entspricht, wird festgestellt durch Einschätzung des sogenannten kompetenten Beobachters.⁷²³

Daher erscheint sowohl im Falle der Erfolgsabwendung als auch im Falle ernsthaften Bemühens die Auslegung sinnvoll, wonach nicht jede welche Handlung genügt, die zur Abwendung des Erfolgs kausal ist, sondern eine geeignete und genügende Handlung. Beide Rücktrittsalternativen sind möglichst ähnlich auszulegen. Der Täter weiss in der Rücktrittssituation nicht, ob es um einen tauglichen oder untauglichen Versuch handelt, also ist es nicht sinnvoll, beim tauglichem Versuch dem Täter geringerer Forderungen zu stellen.

So wie im Falle des Einzeltäters, ist auch im Falle der Tätermehrheit erforderlich, dass der Täter den Erfolg abwendet oder zumindest sich ernsthaft darum bemüht. Nach § 43 eStGB ist im Falle der Tätermehrheit bereits ernsthaftes Bemühen genügend und die Neutralisierung des eigenen Tateinsatzes ist nicht erforderlich. Dies ist nicht im Einklang mit den Rücktritts begründungstheorien und nicht mit dem Rücktritt des Einzeltäters. Zwar sind im Falle der Tätermehrheit die Tateinsätze von Tätern miteinander kombiniert, weshalb es sinnvoll ist, dass die Rücktrittsvoraussetzungen sich vom Fall des Einzeltäters unterscheiden. Trotzdem sollte es erforderlich sein, dass der Täter seinen eigenen Tateinsatz zurücknimmt oder die sich daraus ergebenden negativer Wirkungen beseitigt. Deswegen wäre es sinnvoll, den § 43 eStGB mit einer zusätzlichen Forderung zu ergänzen, dass im Falle der Tätermehrheit der Rücktritt die Rücknahme eigenen Tateinsatzes oder Beseitigung oder Verminderung des Einflusses im Falle des ernsthaften Bemühens erfordert. Eine ähnliche Regulation findet sich in § 24 (2) dStGB, der die Rücktrittsvoraussetzungen bei Tätermehrheit festlegt.

Die Freiwilligkeit charakterisiert den Entscheidungsprozess des Täters, der dazu führte, dass der Täter sich entschloss, die Straftat nicht zu Ende zu führen. Daraus ist zu ersehen, ob der Täter den weiteren Ablauf von Ereignissen kontrollierte und beeinflussen konnte. Zur Erfüllung des Freiwilligkeitskriteriums

⁷²⁰ A. Tipold. Rücktritt und Reue: Rücktritt vom Versuch und verwandte Bestimmungen. Wien: NWV, Neuer Wiss. Verl. 2002, S. 176.

⁷²¹ A. Tipold, S. 174.

⁷²² H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/133.

⁷²³ A. Tipold, S. 174.

ist nötig, dass der Täter erkennt, dass die Umstände der Straftat noch eintreten können, und dass er sowohl die physische als auch psychische Fähigkeit hat, die Straftat zu Ende zu führen, und dass es im Anbetracht existierendes Risiken sinnvoll ist. Bei der Freiwilligkeit hat es keine Bedeutung, ob die Motive des Täters achtenswert oder verwerflich sind. Nach den Rücktrittstheorien ist es maßgebend, dass der Täter die Wahl hat, die Tat zu Ende zu führen oder nicht, woraus hervorgeht, dass es ein von seinem Willen getragener Verhaltensakt war. Der ursprüngliche Vorsatz, sich normenwidrig zu verhalten, wurde in konkreter Situation durch normentreues Verhalten ersetzt. Andere Verhaltensakte desselben Täters und die Motive seines Verhaltens werden dabei nicht berücksichtigt. Dies ist im Einklang mit dem Tatstrafrecht, wonach dem Täter eine konkrete Tat vorgeworfen wird und seine außerhalb der Tat bleibende Gesinnungen und Einstellungen keine Rolle spielen.

In Zusammenwirkung zeigen die Freiwilligkeit und die Rücktrittshandlung, dass der Tatbestand dank des Täterereinsatzes nicht vollendet wurde und es daher nicht gerecht ist, ihm den Versuch vorzuwerfen.

V Der dogmatische Standort des Rücktritts

5.1 Überblick über verschiedene Lösungen und relevante Umstände

So wie im Bezug zu den Rücktrittsbegründungen die Einigkeit fehlt, gibt es unterschiedliche Meinungen auch über die Frage des dogmatischen Standorts des Rücktritts. Das ist leicht zu ersehen auch wenn man die Regulationen verschiedener Staaten dazu vergleicht. Gemäß § 40 (3) eStGB ist der Täter, der freiwillig vom Versuch zurücktritt, schuldfrei. Nach französischem StGB schließt der freiwillige Rücktritt den Straftatbestand aus.⁷²⁴ Nach Strafgesetzbüchern Deutschlands (§ 24)⁷²⁵, Österreichs (§ 16)⁷²⁶, Finnlands (Kapitel 5 Abs. 2 (1))⁷²⁷ und dem *Corpus Iuris* (Art 11^{bis} III) ist der freiwillige Rücktritt ein Strafaufhebungsgrund. Die Strafgesetzbücher von Korea (§ 26)⁷²⁸ und der Schweiz (Art. 22 Abs 1)⁷²⁹ geben aber beim freiwilligen Rücktritt die Möglichkeit, der Täter von der Strafe zu befreien oder seine Strafe zu mildern. Art 15 des polnischen kodeks karny lautet⁷³⁰ § 1) Wegen Versuch wird nicht bestraft wer freiwillig von den Tat abgesehen oder den tatbestandsmäßigen Erfolg verhindert hat. § 2) Hat sich der Täter freiwillig bemüht, den tatbestandsmäßigen zu Erfolg verhindern, so kann das Gericht außerordentliche Strafmilderung

⁷²⁴ Im Netz: www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (10.02.2017).

⁷²⁵ Im Netz: www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html (10.02.2017).

⁷²⁶ Im Netz: [www.jusline.at/Strafgesetzbuch_\(StGB\).html](http://www.jusline.at/Strafgesetzbuch_(StGB).html) (10.02.2017).

⁷²⁷ Im Netz: www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (10.02.2017).

⁷²⁸ Im Netz: www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (10.02.2017).

⁷²⁹ Im Netz: www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (10.02.2017).

⁷³⁰ Im Netz: www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (10.02.2017).

anwenden. Auch in der theoretischen Literatur wird über diese Frage viel gestritten.⁷³¹

Der dogmatische Standort des Rücktritts hängt vom Aufbau des Deliktsbegriffs ab und auch davon, welche Bedeutung jedem Element der Deliktstruktur gegeben wird. Der Zweck der Bestandteile des Tatbestandes, deren Inhalts und gegenseitiger Verbindungen ist es, die Beurteilung des Täterverhaltens zu ausdrücken, zu zeigen, ob und inwieweit die Tat verwerfbar ist. Der Standort des Rücktritts muss mit der Beurteilung des konkreten Elements im Einklang sein, dem der Rücktritt zugeordnet wird.

Zusätzlich hängt der dogmatische Standort des Rücktritts von der Tatsache ab, wie die gegenseitigen Verhältnisse des Versuchs und des Rücktritts bestimmt sind. Die Frage ist, ob und wie die Verbindung des Versuchs und des Rücktritts auszulegen ist: handelt es sich beim Rücktritt um ein Subinstitut des Versuchs oder handelt es sich um zwei eigenständige strafrechtliche Institute, die in keiner unmittelbaren Verbindung zueinander stehen?

Zusätzlich sind beim Ermitteln des dogmatischen Standorts des Rücktritts die Beziehungen mit anderen Instituten des Strafrechts zu berücksichtigen. Zum Beispiel, wenn der Rücktritt im Falle der Tätermehrheit den Tatbestand oder die Rechtswidrigkeit ausschliessen würde und die rechtswidrige Tat die Grundlage des Vorwurfs gegen die Teilnehmer ist, würde die Möglichkeit fehlen, den Teilnehmer zu bestrafen, der selbst nicht zurücktrat.

Der dogmatische Standort des Rücktritts wird nicht nur durch die Rücktrittsbegründungstheorien bestimmt.⁷³² Der Zweck der Rücktrittstheorien ist es, die Rücktrittsregulation zu begründen. Diese wiederum gibt Hinweise auf den Standort des Rücktritts im Schema des Straftatsbegriffs, der von dem eben erwähnten Faktoren abhängt.

Zunächst werden die möglichen gegenseitigen Beziehungen des Versuchs und des Rücktritts untersucht und danach diskutiert, welche der dogmatische Standort des Rücktritts sein sollte, unter Berücksichtigung des Aufbaus des Straftatsbegriffes.

5.2 Die Beziehung zwischen dem Versuch und dem Rücktritt

In eStGB sind der Versuch und der Rücktritt im Allgemeinen Teil in unterschiedlichen Artikeln und in unterschiedlichen Titeln geregelt worden. Die Grundlagen der Versuchsstrafbarkeit sind festgelegt in §§ 25 und 26 des 2. Titel („Tatbestand“) 2. Abschnitts, der Rücktritt vom Versuch aber in §§ 40–43¹ des 3. Titels („Schuld“) desselben Abschnitts. Eine ähnliche Regulation findet sich im dStGB, jedoch sind da, im Gegensatz zum estnischen Recht, die Grundlagen der Versuchsstrafbarkeit und des Rücktritts nicht in verschiedenen Titeln geregelt, sondern im Titel „Versuch“: die Versuchsstrafbarkeit in § 23 und der Rücktritt vom Versuch in § 24. Im französischen StGB ist der Rücktritt in dem-

⁷³¹ K. Ulsenheimer, S. 90-130

⁷³² A. Schönke, H. Schröder. Strafgesetzbuch: StGB. Kommentar. 29. Aufl. München: Beck 2014, § 24/4.

selben § 121–5 geregelt wie die Versuchsstrafbarkeit. Der Rücktritt ist ein negatives Tatbestandsmerkmal des Versuchs.

In Anbetracht der Regulationen in den obigen Stragesetzbüchern fragt sich, ob und wie sie die gegenseitigen Beziehungen des Versuchs und des Rücktritts bestimmen. Der Wortlaut des französischen StGB gibt Grund zur Meinung, dass der Rücktritt ein Element des Versuchs ist. Dies wird bestätigt durch den Wortlaut des Gesetzes, wonach eine versuchte Straftat als Grundlage strafrechtlicher Verantwortung nur dann begangen worden ist, wenn Voraussetzungen des Rücktritts fehlen. Die Regulationen des estnischen und deutschen Strafgesetzbuches geben auf diese Frage keine so eindeutige Antwort. Die Tatsache alleine, dass der Rücktritt und der Versuch in verschiedenen Artikeln geregelt sind, ist kein Zeichen davon, dass es sich um voneinander getrennte Erscheinungen handelt. Die Antwort hängt in diesem Fall ab von den dogmatischen Lösungen dazu, wie und warum der Rücktritt vom Versuch den Versuchsvorwurf gegen den Täter und seine Bestrafung beeinflusst.⁷³³

In der Strafrechtstheorie werden bei der Betrachtung des Versuchs und des Rücktritts zwei Standpunkte unterschieden, je nach dem, ob der Versuch und der Rücktritt die Grundlage für eine einheitliche Beurteilung bilden (Lösung der Gesamtbetrachtungslehre) oder sind sie getrennt zu behandeln (Einzelaktstheorie).⁷³⁴

Gemäß der Einzelaktstheorie handelt es sich um zwei getrennte Entscheidungen und Verhaltensakten. Gemäß der Gesamtbetrachtungslehre sind der Versuch und der Rücktritt zusammen zu beurteilen. Bei gemeinsamer Beurteilung des Versuchs und des Rücktritts kann man zwei Verfahrensweisen unterscheiden. Einerseits kann man den Versuch und den Rücktritt als eine Tat im Sinne des Strafrechts betrachten. Zweitens ist möglich, dass der Versuch und der Rücktritt zwar eine Ganzheit bilden, der Rücktritt jedoch den Versuch nicht auflöst, sondern er ist lediglich ein wesentlicher Aspekt bei der Entscheidung über die Vorwerfbarkeit und die Strafbarkeit des Versuchs.

Bei der Gesamtbetrachtung des Versuchs und des Rücktritts ist zunächst wichtig zu zeigen, warum sie sinnvoll ist. Alleine das Argument, dass bei strafrechtlicher Beurteilung alle Umstände zu berücksichtigen sind, die für die Schuld des Täters und für general- und spezialpräventive Erwägungen von Bedeutung sind, genügt nicht, denn daraus wird nicht die spezifische Verbindung des Versuchs und des Rücktritts ersichtlich, die den Rücktritt von positiver Nachhandlung nach der Verwirklichung des Tatbestandes unterscheidet. Jener Umstand ist aber wichtig, weil er zeigt, ob es begründet ist, den Rücktritt anders zu behandeln als die positive Nachhandlung.

⁷³³ K. Ulsenheimer. Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis. Berlin: de Gruyter 1976, S. 116.

⁷³⁴ A. Schumann. Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau: eine Untersuchung anhand der Dogmatik zum System von Versuch und Rücktritt seit dem 19. Jahrhundert. Berlin: Duncker & Humblot 2006, S. 145.

Die Strafwürdigkeit des Versuchs beruht sowohl auf der Infragestellung normativer Erwartungen als auch auf der Möglichkeit der Tatbestandsvollendung. Der Zweck der mit dem Versuch unter Frage gestellten Verhaltensnorm ist, die sich aus dem normenwidrigen Verhalten ergebenden negativen Wirkungen, d.h. eine Rechtsgutsverletzung zu vermeiden. Mit dem Versuchsbeginn sind Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld verwirklicht worden. Jedoch ist es während des ganzen Versuchsstadiums möglich, dass die Ereignisse unter der Kontrolle des Täters sind und er noch die Möglichkeit hat, zu entscheiden, ob er den Tatbestand zu Ende führt oder das normentreue Verhalten wählt. Der Rücktritt ist möglich, solange der Täter im Versuchsstadium über den weiteren Ablauf von Ereignissen entscheiden kann. Die Tatsache, dass der Ablauf von Ereignissen unter der Kontrolle des Täters ist, und die Möglichkeit, die sich aus der Versuchshandlung ergebenden negativen Wirkungen abzuändern, begründen die Gesamtbetrachtung des Versuchs und des Rücktritts. Mit dem Rücktritt kann man den Versuch nicht auflösen, aber man kann die sich aus dem Versuch ergebenden negativen Wirkungen abändern, was bei der Entscheidung über den strafrechtlichen Vorwurf und die Bestrafung zu berücksichtigen ist.

Also ist es nicht begründet, den Versuch und den Rücktritt gemäß der Einzelaktstheorie zu untersuchen, denn in solchem Fall wird der spezifische Zusammenhang des Versuchs und des Rücktritts nicht berücksichtigt. Nach der Einzelaktstheorie sind der Versuch und der Rücktritt miteinander nicht anders verbunden als die positive Nachhandlung mit der Verwirklichung des Tatbestandes im Besonderen Teil.

5.3 Verschiedene Möglichkeiten, den dogmatischen Standort des Rücktritts zu bestimmen

Die Auffassung des Rücktritts als Tatbestands- oder Rechtswidrigkeitsausschließungsgrund ist im Allgemeinen aufgegeben worden. Eine Ausnahme ist das französische Strafgesetzbuch, wo dieser Umstand begründet wird mit dem Fehlen einer gegen die Rechtsnormen verstoßenden Tat. Deswegen folgt aus der begrenzten Akzessorietät, dass beim Rücktritt eines Tatbeteiligten auch die Teilnehmer straffrei werden, obwohl ihre Handlungen nicht mit dem Rücktritt verbunden sind und es eigentlich keinen Grund gibt, warum sie nicht zur Verantwortung gezogen werden sollten. Wenn man den Rücktritt als negatives Tatbestandsmerkmal oder Berechtigung auffassen würde, würde das der Behauptung gleichkommen, dass im Falle der Rücktritts der Versuch nicht durch die Rechtsnormen verboten ist, dies würde aber das von Rechtsnormen erlaubte Verhalten nicht adäquat beschreiben.

Die Diskussion hat sich vor allem auf die Wahl reduziert, ob der Rücktritt als Entschuldigung, Fehlen des Elements auf der vierter Ebene der Deliktstruktur oder Strafaufhebungsgrund zu betrachten ist.

5.3.1 Der Rücktritt als Schuldaußschließungsgrund

Gemäß § 40 (1) eStGB ist der Täter schuldfrei, wenn er von versuchter Straftat freiwillig zurücktritt.

Bei der Zuordnung des Rücktritts als Schuldausschließung ist die Frage, ob und wie die Grundlagen und Begründungen der Rücktrittsregelung mit dem dogmatischen Schema der Schuld vereinbar sind. Gemäß dem normativen Schuldbegriff kann eine rechtswidrige Tat dem Täter vorgeworfen werden, wenn er eine Möglichkeit hatte, sich rechtmäßig zu verhalten, er sich aber für rechtswidriges Verhalten entschloss. In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass wenn im Moment des Versuchsbeginns möglich war, das rechtmäßige Verhalten zu wählen, der Täter sich aber entschied, zur Verwirklichung des Tatbestandes anzusetzen, er sich schuldig gemacht hat. Der Rücktritt kann nicht als Schuldausschließung betrachtet werden, weil er eine später begangene Handlung ist, die nicht den Schuldvorwurf an den Täter für den Versuch beeinflussen kann, der zum Augenblick des Rücktritts schon stattgefunden hat.⁷³⁵

In der Literatur wird auch die Gegenmeinung vertreten, wonach der Rücktritt doch zur Schuldebene gehört. A. Schumann geht von der Voraussetzung heraus, dass der Versuch auf der Schuldebene als ein Teil der Tatvollendung, nicht als eigenständige dogmatische Erscheinung zu behandeln ist. Solange nicht alle Tatbestandsmerkmale verwirklicht worden sind, hat der Täter noch die Möglichkeit, darauf zu wirken, ob die Tat zu Ende geführt wird oder nicht. Die Rücktrittshandlung, die in einer Entscheidung, die Straftat nicht zu Ende zu führen, und in dem dementsprechenden Verhalten besteht, wirkt nicht auf den schon begangenen Versuch, sondern auf den Teil des Tatbestandes, der noch nicht verwirklicht worden ist. Also bildet das Urteil, ob es gerecht ist, dem Täter die Tat vorzuwerfen, sich aus einer Gesamtheit von Umständen, die sich seit dem Versuchsbeginn bis zur Vollendung oder Unterbrechung der Straftat ergeben haben. Der Rücktritt als Schuldausschließungsgrund beruht sich auf dem Einsatz des Täters, dank dessen die Tat nicht vollendet wurde.⁷³⁶ Da der Versuch ein Teil der Vollendung ist, ist es im Falle des Rücktritts vom Versuch gerecht, zu behaupten, dass die Schuld des Täters nicht vermindert ist, sondern gänzlich fehlt.

Nach A. Schumanns Auffassung bleibt beim Rücktritt vom Versuch die Rechtswidrigkeit der Versuchshandlung übrig, bei dessen Bestimmung er von der Einzelaktstheorie ausgeht. Folglich beseitigt der Rücktritt nicht die Rechtswidrigkeit der Versuchshandlung. Bei der Teilnahme ist der Einsatz von jedem Tatbeteiligten zur Nichtvollendung des Tatbestandes erforderlich, damit die Voraussetzungen des Rücktritts erfüllt wären. Weil man auf der Schuld- und Rechtswidrigkeitsebene von dem unterschiedlichen Konzepten ausgeht, ist die Rechtswidrigkeit des Versuchs bereits im Moment des Versuchsbeginns feststellbar und das spätere Rücktrittsverhalten zählt nicht; für den Schuld ist jedoch das ganze Zeitintervall vom Versuchsbeginn bis zum Rücktritt maßgebend. Diese Unterscheidung begründet A. Schumann damit, dass die Rechtswidrigkeit und die Schuld unterschiedlich festgestellt werden. Auf der

⁷³⁵ M. Herrmann. Der Rücktritt im Strafrecht. Eine kritische Analyse von § 24 StGB *de lege lata* und Überlegungen *de lege ferenda*. Berlin: Duncker & Humblot 2013, S. 19.

⁷³⁶ A. Schumann, S. 141–145.

Rechtswidrigkeitsebene wird objektiv festgestellt, was geschehen ist, die Feststellung der Schuld findet aber durch eine Beurteilung statt, wofür nicht nur der konkrete Zeitpunkt maßgebend ist, sondern alle Umstände, die für den Vorwurf von Bedeutung sind.⁷³⁷

Aus A. Schumanns Konzept ist zwar die Begründung ersichtlich, warum der Schuldvorwurf ausgeschlossen ist, und dies ist mit dem normativen Schuld-begriff im Einklang. Die Schwäche der Auffassung besteht darin, dass man bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit und der Schuld im Falle des Rücktritts von unterschiedlichen Grundlagen ausgeht. Das Obige zeigt eher, dass es eine immanente Verbindung zwischen dem Versuch und dem Rücktritt gibt. Ausserdem wird dem Versuch auf der Schuldebene keine selbständige Bedeutung gegeben.

In der Literatur ist die Meinung vertreten worden, dass wenn dem Versuch und dem Rücktritt eine einheitliche Beurteilung gegeben wird, das Ergebnis nicht eine Verneinung des Versuchs zu sein braucht, sondern der Rücktritt kann das beim Versuchbeginn im Erscheinung getretene Schuld modifizieren und die Vorwerfbarkeit des Versuchs beeinflussen.⁷³⁸

Diese Behauptungen bestätigt K. Ulsenheimer, nach dessen Auffassung der Versuch und der darauffolgende Rücktritt eine einheitliche Beurteilungsgrundlage bilden.⁷³⁹ Der Rücktritt hat eine schuld mindernde Natur, weil beim Ansetzen zum Versuch der Täter den Vorsatz hatte, die Tat zu Ende zu führen und dadurch das Rechtsgut anzugreifen; beim Rücktritt kehrte des Täters Vorsatz aber um, sein Wille wurde auf die Vermeidung der Rechtsgutsverletzung gerichtet.⁷⁴⁰ Der maßgebende Aspekt ist gerade der Rechtsgüterschutz, der sich sowohl objektiv, durch die Nichtvollendung der Tat, als auch subjektiv, durch die Vorsatzänderung, den Rückkehr zum Recht, erwiesen hat. Folglich beeinflusst der Rücktritt das mit dem Versuch geschaffene Unrecht; die Schuld des Täters ist vermindert und die verbliebene Schuld ist entschuldigbar, weshalb ein Schuldvorwurf nicht angebracht ist.⁷⁴¹

Nach K. Ulsenheimers Auffassung gehört der Rücktritt zur Schuld, denn er ist im Einklang mit dem Wesen von Entschuldigungen, zu welchen im dStGB der entschuldigende Notstand in § 35 gehört. Der entschuldigende Notstand gehört auf die Schuldebene, weil der Täter die Möglichkeit hatte, sich normentreu zu verhalten, die rechtmäßige Entscheidung aber erschwert war wegen der Notlage und des sonderlichen Motivationsdrucks, weshalb es sich um eine Situation handelt, wo das normentreue Verhalten nicht zumutbar war.⁷⁴² Infolgedessen macht K. Ulsenheimer die Folgerung, dass die Zuordnung des entschuldigenden Notstands zur Schuld berechtigt ist wegen des verminderten

⁷³⁷ A. Schumann, S. 148.

⁷³⁸ H. Boss, S. 43.

⁷³⁹ K. Ulsenheimer, S. 117.

⁷⁴⁰ K. Ulsenheimer, S. 96–97.

⁷⁴¹ K. Ulsenheimer, S. 103.

⁷⁴² K. Kühl, S. 232.

Unrechts und der verminderten Schuld, die auch den Rücktritt charakterisieren. Also ist es angebracht, den Rücktritt unter Entschuldigungen einzugliedern.⁷⁴³

Mit ähnlicher Argumentation wurde die Einstufung des Rücktritts als Schuld-element im Laufe der estnischen Strafrechtsreform begründet, während dessen man vom sowjetischen Strafrecht zum in 2002 in Kraft getretenen Strafgesetzbuch übergang. Der Rücktritt hebt den Schuld des Täters nachträglich auf und dies aus dem Grund, dass der Rücktritt den mit dem Versuch geschaffenen rechtserstatternden Eindruck bezüglich der Normgeltung zwar nicht beseitigt, aber vermindert.⁷⁴⁴ Der § 40 (1) eStGB bestimmt, dass beim Rücktritt die Schuld entschuldigbar ist.

Dabei gibt es einen wesentlichen Unterschied zwischen der fehlenden Schuldfähigkeit und den Schuld-ausschlussgründen, die beide zum Absehen vom Schuldvorwurf führen. Bei Schuldunfähigen ist das Vorwerfen der Schuld beschränkt wegen des Alters oder der geistigen Gesundheit. Schuld-ausschlussgründe beziehen sich auf die Situationen, wo es nicht gerecht ist, einer schuldfähigen Person eine rechtswidrige Tat strafrechtlich vorzuwerfen. Der Rücktritt ist nach dem Kommentar des eStGB ein aussergewöhnlicher Schuld-ausschlussgrund. Wenn ein Versuch begonnen wird, sind sowohl Tatbestand der versuchten Straftat, Rechtswidrigkeit und Schuld vorhanden. Der darauffolgende Rücktritt beseitigt aber nachträglich die Schuldhaftigkeit des Versuchs.⁷⁴⁵ Es handelt sich um eine kriminalpolitische Wahl, wobei erkannt wird, dass in diesen konkreten Situationen das Verhalten des Täters entschuldigbar ist und auch das Kriterium der Strafwürdigkeit nicht erfüllt ist. Das deutsche Strafgesetzbuch benutzt den Ausdruck "Entschuldigungsgrund", der argumentationsweise den Schuld-ausschlussgründen des eStGB entspricht. Gerade durch die Verbindung zu Unrecht und Schuld unterscheiden die Entschuldigungsgründe sich von den Strafaufhebungsgründen, die vor allem auf den kriminalpolitischen Erwägungen des Staates beruhen.⁷⁴⁶

Die Eingliederung des Rücktritts zur Schuld mit Begründungen, die während der estnischen Strafrechtsreform und von K. Ulsenheimer vorgebracht wurden, sind folgenderweise kritisiert worden. Nämlich hat der Täter, mit dem Versuchsbeginn alle Voraussetzungen einer strafbaren Tat erfüllt, weswegen die Situation nicht gleichgesetzt werden kann mit einer, wo die Schuld des Täters gänzlich fehlt, also kann im Falle des Rücktritts lediglich von wesentlich vermindelter Schuld des Täters die Rede sein.⁷⁴⁷

Aus dieser Behauptung ergibt sich eine neue Frage: wie vermindert die Schuld des Täters ist und wie dies zur Folgerung führen soll, dass ein Schuldvorwurf nicht angebracht ist? Die Frage wird schwieriger wegen der Tatsache,

⁷⁴³ K. Ulsenheimer, S. 90–91, 104

⁷⁴⁴ M. Ernits jt. Karistusseadistiku üldosa eelnõu. Eelnõu lähtealused ja põhjendus. Tallinn: Juura 1999, S. 103.

⁷⁴⁵ J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik. Komm vlj. 4. vlj. Tallinn: Juura 2015, § 40 Nr. 2.2.

⁷⁴⁶ K. Kühl, S. 232.

⁷⁴⁷ H.-H. Jescheck, T. Weigend, S. 548.

dass die Schuld sowohl als das dritte Element der Deliktstruktur als auch bei der Strafzumessung von Bedeutung ist. Die Schuld als das dritte Element der Deliktstruktur hat eine strafbegründende Bedeutung und das ist als eine qualitative Dimension zu behandeln, d.h. die Schuld ist entweder vorhanden oder nicht, und ist nicht stufbar. Die Schuld als bei der Strafzumessung zu berücksichtigende Umstand bestimmt, wie hoch die Strafe ausfallen sollte, und hat dabei eine quantitative Bedeutung. Wenn man von dem Umstand ausgeht, dass beim Rücktritt die Schuld des Täters nicht vollkommen ausgeschlossen ist, kann man zur Folgerung gelangen, dass der Rücktritt lediglich die quantitative Bedeutung die Schuld beeinflusst.⁷⁴⁸ Daher ist man zum Ergebnis gelangt, dass es in einem solchen Fall um die Schuld als einen die Strafzumessung beeinflussenden Umstand, nicht als einen strafbegründenden Umstand handelt.⁷⁴⁹

Es ist auch wichtig zu merken, dass die Tatschuld und die Schuld als Strafzumessungsgrundlage nach unterschiedlichen Kriterien festgestellt werden. Die Tatschuld wird im Bezug auf die Zeit der Tatbegehung festgestellt. Die bei der Strafzumessung zu berücksichtigende Schuld ist nicht auf die Zeit der Tatbegehung beschränkt, sondern berücksichtigt auch die der Straftat folgenden Handlungen des Täters bis zum Urteil. Vor allem gehört zu diesen Handlungen der freiwillige Schadensersatz.⁷⁵⁰

Als nächstes ist es beim Rücktritt von Bedeutung, ob die Rücktrittshandlung als ein Aspekt der Tathandlung oder als der Tatbegehung folgendes Verhalten zu betrachten ist. Die Antwort auf diese Frage hängt vom Ausgangspunkt ab, wie der Versuch und der Rücktritt miteinander verbunden sind. Wenn man den Rücktritt und den Versuch nach der Einzelaktstheorie behandelt, handelt es sich um ein nach der Tat verwirklichtes Verhalten. Wenn man aber von der Gesamtbetrachtungslehre ausgeht, kann man begründen, dass es sich um einen Umstand der Tat handelt.

Dabei muss man berücksichtigen, dass ein in der Tatsituation sich ergebende Umstand auch nur eine strafmildernde Wirkung haben kann, so wie nach § 57 (1) 6 eStGB das Begehen der Straftat in der Zustand starker geistigen Erregung, die durch eine rechtswidrige Tat ausgelöst wurde. Dieser Umstand hat den Entscheidungsprozess des Täters beeinflusst, weshalb seine Schuld vermindert ist und die Strafe milder ausfällt. Folglich kann ein schuldbeeinflussender Umstand, der sich in der Tatsituation ergibt, sowohl die Tatschuld als auch die Strafzumessungsschuld beeinflussen. Umstände, die sich außerhalb der Tatsituation ergeben, können dagegen nicht die Tatschuld ausschliessen, denn sonst würde man nicht einen konkreten Verhaltensakt, sondern die Natur des Täters als ein Ganzes beurteilen. Also ist es wichtig, festzustellen, welche Bedeutung

⁷⁴⁸ A. Heckler, S. 139–141.

⁷⁴⁹ A. Schumann, S. 151; H.-H. Jescheck, T. Weigend, S. 548.

⁷⁵⁰ U. Murmann. Strafzumessung und Strafverfahren. – G. Freund, U. Murmann, R. Bloy, W. Perron (Hrsg.). Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot 2013, S. 1140–1141.

eine in der Tatsituation aufgetretene Umstand hat – ob und inwieweit ist die Schuld vermindert und welche Wirkung sie hat: Strafmilderung oder Ausschluss des Schuldvorwurfs.

Also kann man fragen, ob es in gewissen Fällen möglich ist, dass die quantitative Geringheit der Schuld auch die Schuld als qualitativen Umstand ausschliessen kann. Im Grunde genommen ging man von solcher Auffassung aus im Laufe der Reform des in 2002 in Kraft getretenen Strafgesetzbuches, eine solchem wenn man sich auf das Ergebnis einigte, dass die Schuld des Täters nicht fehlt, sondern die Tat entschuldigbar ist. Obwohl die im Laufe der Strafrechtsreform vorgestellten Begründungen nicht die Schuld des Täters ausschliessen, ist ein Schuldvorwurf nicht angebracht. Zur Ergänzung hat man bemerkt, dass die Rücktrittsregelung mit der Regulationen des eStGB zu Strafmilderungsgründen im Einklang ist. Nach § 58 (1) Nr. 1 und 2 gehören zu Milderungsgründen freiwilliger Schadensersatz und aufrichtige Reue.⁷⁵¹ Also kann nach dem Kommentar des eStGB eine Minderung des Schuldmaßes in einigen Fällen den Wegfall der Schuld als des dritten Elements der Deliktstruktur mit sich bringen, in anderen Fällen aber lediglich bei der Strafzumessung berücksichtigbar sein.

So wird behauptet, dass es auch dann unbegründet ist, dem Täter seine Tat vorzuwerfen, wenn strafrechtlich relevante Schuld fehlt.⁷⁵² Jedoch hat man gefunden, dass diese Argumente an sich nicht überzeugen, dass der Rücktritt zur Schuld gehört, weil die Frage des Vorhandenseins der strafrechtlich relevanten Schuld die Frage enthält, ob wegen der verbliebenen Schuld die Bestrafung des Täters doch nötig ist.⁷⁵³ Gemäß dieser Auffassung ist in den Schuld-begriff zusätzlich eine Prognose der Möglichkeit, sich anders zu verhalten, hinzugefügt, woraus ersichtlich wird, ob und wie man durch eine strafrechtliche Reaktion auf den Täter einwirken muss. Diese Auffassung verbindet den Schuldvorwurf mit dem Präventionsbegriff und entfernt ihn von der Schuld als der Möglichkeit, sich anders zu verhalten.

Eine Lösung für die Verbindung der Schulebene mit den präventiven Erwägungen zu finden hat man auch durch den Schuldbegriff versucht. Mit anderen Worten heisst das: nach welchen Umständen ist festzustellen, ob es begründet ist, dem Täter seine Tat vorzuwerfen? Nach G. Jakobs' Auffassung ist die Prävention nicht nur eine die Schuldgrenzen korrigierende Kategorie, sondern die positive Generalprävention bestimmt sowohl den Inhalt als auch die Grenzen die Schuld.⁷⁵⁴ Die Größe der Schuld hängt davon ab, wieviel anders der Täter hätte sich verhalten sollen, damit sein Verhalten der Norm entsprechen hätte, und welche ist das Teilgewicht der Strafe, um das Vertrauen in die Rechtsordnung wiederherzustellen.⁷⁵⁵ Die Schuld wird funktional und erlangt

⁷⁵¹ M. Ernits jt, S. 103.

⁷⁵² A. Heckler, S. 131.

⁷⁵³ A. Heckler, S. 131.

⁷⁵⁴ G. Jakobs, Strafrecht, S. 392.

⁷⁵⁵ J. Sootak. Karistusõigus, S. 440.

die Aufgabe, bei der Beurteilung behilflich zu sein, wie vom Standpunkt der Normentreue eine gerechte Strafe ausfallen sollte.⁷⁵⁶

In so einem Fall verursacht die Unterbringung des Rücktritts zum Schuldbegriff keine Widersprüche, denn die Rücktrittshandlung berechtigt zur Behauptung, dass aus präventiven Erwägungen die Bestrafung des Täters nicht nötig ist. Dabei entsteht eher das Problem, ob ein so ausgelegter Schuldbegriff die rechtsstaatliche Funktion zu erfüllen vermag, die Grenzen des staatlichen Eingriffs festzulegen. Dabei ist zu beachten, dass die Schuld als die Möglichkeit, sich anders zu verhalten, in die Vergangenheit gerichtet ist, die präventiven Erwägungen werden aber durch eine Zukunftsprognose ermittelt. Der Mensch ist in diesem Fall ein Mittel in den Händen der Gesellschaft, denn bei der Feststellung der Schuld wird von dem Umstand ausgegangen, ob und wie der Staat zu reagieren hat, um den Glauben in die Geltung der Rechtsnormen wiederherzustellen, den der Versuch erschüttert hat.

In der Literatur hat man den Einwand erhoben, dass solche Entgegenstellung des Schuldvorwurfs und der Prävention nicht sinnvoll ist, weil der Schuldvorwurf als Möglichkeit, sich anders zu verhalten, auch eine präventive Funktion hat, die darin besteht, auf den Motivationsprozess des Menschen, zumindest des konkreten Täters, Einfluss auszuüben, damit er das rechtsgetreue Verhalten wählt, um sozialetische Ächtung zu vermeiden.⁷⁵⁷ Diese Behauptung ist zwar begründet, jedoch ist dies nicht die primäre Funktion der Schuld als der Möglichkeit, sich anders zu verhalten, sondern ihre Begleiterscheinung.

Die Auslegung des Schuldbegriffs ist sehr bedeutend, weil davon abhängt, was die Grundlage des Vorwurfs ist. Die Argumentation ist unterschiedlich je nach dem, ob man die Schuld als Möglichkeit, sich anders zu verhalten, oder einen aus präventiven Erwägungen ausgehenden Vorwurf versteht. Eine genauere Diskussion über die Auslegung des Schuldbegriffs verbleibt außerhalb des Rahmens dieser Dissertation, weshalb dieses Thema nicht weiter behandelt wird.

Die Eingliederung des Rücktritts in den Schuldbegriff hängt also ab von der Wirkung des Rücktritts auf den Versuch und von dem Schuldbegriff, von dem man ausgeht.

Das Obige kann man folgenderweise zusammenfassen, dass der Rücktritt für die Schuld des Täters von Bedeutung ist, denn eine Handlung des Täters, die auf die Hütung des Rechtsguts und auf die Abwendung schädlicher Folgen gerichtet ist, hat im Strafrecht eine die Schuld beeinflussende Bedeutung. Nach unterschiedlichen Konzeptionen kann die Schuld entweder ausgeschlossen oder wesentlich vermindert sein. So hat man den Begriff des strafrechtlich relevanten Schuld zum Gebrauch genommen, wobei man zum Ergebnis gelangt ist, dass beim Rücktritt die Schuld nicht fehlt, sondern wesentlich vermindert ist, weshalb ein Grund zum Vorwurf fehlt. Wenn man den Begriff der strafrechtlich *relevanten Schuld* benutzt, ist es wichtig, dass dieser mit wohlbegründeten

⁷⁵⁶ G. Jakobs. Strafrecht, S. 392.

⁷⁵⁷ A. Heckler, S. 142–143.

Argumenten ausgelegt wird, weil es sich sonst um einen inhaltslosen und leicht manipulierbaren Begriff handeln würde. Die Autorin würde mit dem Begriff der strafrechtlich relevanten Schuld eher vorsichtig sein. Wenn man den Rücktritt der Schuld als der dritten Ebene des Deliktsstrukturens zuordnet, muss man eine Antwort auf die Frage finden, ob es gerecht ist, dem Täter seine Tat, d.h. die versuchte Straftat vorzuwerfen oder nicht, d.h. ob der Täter schuldhaft gehandelt hat oder nicht.

Gleichzeitig ist zu beachten, dass wenn man behauptet, dass der Täter sich mit dem Versuchsbeginn schuldig macht, ist nicht ausgeschlossen, dass die Schuld des Täters im Ergebnis des Rücktritts dermaßen vermindert wird, dass die ursprüngliche Schuld nachträglich aufgehoben wird. Ob es so ist, hängt von der Frage ab, welche Wirkung der Rücktritt auf den Versuch hat, und von der Beziehung zwischen dem Rücktritt und dem Versuch. Wichtig ist auch, aus welchem Schuldbegriff man ausgeht, denn das bestimmt den Inhalt des Vorwurfs.

5.3.2 Der Rücktritt als Strafaufhebungsgrund

Gemäß § 24 dStGB wird der Täter im Falle des Rücktritts nicht bestraft. Der Rücktritt gilt als Strafaufhebungsgrund.

Bei der Begründung des Rücktritts als Strafaufhebungsgrund geht man von der Voraussetzung aus, dass mit dem Versuchsbeginn der Täter alle Voraussetzungen eines strafrechtlichen Vorwurfs an ihn erfüllt hat. Späteres Verhalten, das die Vollendung des Tatbestandes unterlässt, beseitigt nicht das bereits verwirklichte Unrecht und dessen Vorwerfbarkeit, also kann man nicht behaupten, dass die Schuldhaftigkeit der Versuchshandlung fehlt.⁷⁵⁸ Also sind der Versuch und der Rücktritt als eigenständige und voneinander getrennte Verhaltensakte zu betrachten, von der Einzelaktstheorie ausgehend.⁷⁵⁹ Es ist auch möglich, von der Gesamtbetrachtungslehre auszugehen, wobei man der Rücktrittshandlung lediglich eine schuldmodifizierende Bedeutung zuspricht, die Schuld wird aber nicht so viel vermindert, dass die Tatschuld ausgeschlossen ist. Diese Überlegungen erklären, warum der Rücktritt nicht zur Schuldebene gehört, nicht aber, warum der Rücktritt als Strafaufhebungsgrund angesehen werden kann.

Zu Strafaufhebungsgründen gehören verschiedene Umstände. Einige von denen beziehen sich auf die Tat, andere, wie etwa Verjährung und Amnestie, auf tatfremde Umstände. Bei den Strafaufhebungsgründen ist das Strafbedürfnis das zentrale Kriterium, das sich auf die Straftheorien schützt, die Ansatzpunkte liefern, wie im Einzelfall zu beurteilen ist, ob eine staatliche Reaktion in der Form der Anwendung der Bestrafungsmacht gefordert ist.

U. Murmann geht von der Strafzwecktheorie aus, wonach es angebracht ist, den Rücktritt als Strafaufhebungsgrund zu betrachten. Wenn die Versuchstrafbarkeit dadurch begründet wird, dass der rechtzerschütternde Eindruck über die Rechtsnormen heraufgerufen wird, dann begründet gerade die

⁷⁵⁸ V. Krey, R. Esser, S. 525.

⁷⁵⁹ A. Schumann, S. 156.

Aufhebung diesen Eindrucks durch die Versuchshandlung die Nichtbestrafung des Täters. Also ist der Strafzweck bereits erfüllt und folglich fehlt die Legitimation für die Bestrafung des Täters.⁷⁶⁰

Gemäß der Strafzwecktheorie sind beim Rücktritt die präventiven Ziele der Strafe bereits ohne der Anwendung der Strafe erfüllt. Die Prävention ist von allem in die Zukunft gerichtet, d.h. man fragt, welche Reaktion des Staates nötig ist, um Normengeltung zu gewährleisten und den Täter auf den rechtsgetreuen Weg zu leiten. In Falle des Rücktritts wird der präventive Zweck der Strafe festgestellt auf Grund der Umstände, die sich während des Versuchs und des Rücktritts ergeben haben. Für die Beurteilung, ob die Strafzwecke erfüllt sind, sind in der Täterhandlung zur Erscheinung gekommene Unrecht und Schuld maßgebend. Der Täterhandlung, womit nach der Straftat der Schaden ersetzt wird, wird die schuldvermindernde Bedeutung zugesprochen. Auch die Rücktrittshandlung beeinflusst die Schuld des Täters, weil sie auf die Vermeidung der Tatbestandsvollendung und auf den Rechtsgüterschutz gerichtet ist. Die Rücktrittshandlung kann aber nicht mit dem nachträglichen Schadensersatz gleichgesetzt werden, denn nur mit der Rücktrittshandlung kann die sich aus der Tat ergebene schädliche Wirkung abgeändert werden, was nach der Tatvollendung nicht möglich ist.⁷⁶¹ Also sind gerade die verminderte Rechtswidrigkeit und Schuld die Gründe, weshalb es beim Rücktritt nicht gerecht ist, den Täter zu bestrafen, da die Strafzwecke erfüllt sind.

Die Betrachtung des Rücktritts als Schuld- oder Strafaufhebungsgrund hängt davon ab, wieviel die Schuld vermindert ist und welche Bedeutung diesem Umstand zugesprochen wird. Der Rücktritt als Schuld-element schliesst den Vorwurf gegen den Täter aus und das dritte Element der Deliktstruktur fehlt. Wenn man den Rücktritt als einen Strafaufhebungsgrund betrachtet, verbleibt die Schuldhaftigkeit der Tat, die dem Täter vorgeworfen werden kann, aber die Schuld, auf Grund deren dem Täter die Strafe zuzumessen ist, ist so gering, dass es begründet ist, den Täter gar nicht zu bestrafen. Dem Schuldvorwurf ohne Strafe gibt man eine eigenständige Bedeutung, in der sich die verurteilende Reaktion des Staates äussert, dass der Täter eine Straftat begangen, sich falsch verhalten hat. Der Schuldvorwurf bleibt bestehen. Er drückt Ächtung des Täterverhaltens aus – macht klar, dass obwohl der Täter nicht bestraft wird, gibt es einen Grund, ihm rechtswidriges Verhalten vorzuwerfen. Der Schuldvorwurf hat eine bestätigende Funktion, die zeigt, dass der Täter sich falsch verhalten hat, und bestätigt die Normgeltung.⁷⁶²

Obwohl dem Schuldvorwurf in der Literatur eine eigenständige Bedeutung gegeben worden ist, ist, wenn man die in der deutschen StPO vorgesehene Verfahrenslage vergleicht, seine Stellung inhaltlich dieselbe als nach dem eStGB. Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage nach § 170 dStPO gibt es, wenn genügender Tatverdacht vorliegt. Mängel am genügenden Verdacht können

⁷⁶⁰ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, S. 28–33.

⁷⁶¹ U. Murmann. Versuchsunrecht und Rücktritt, S. 30–31.

⁷⁶² H. Wege, S. 89.

tatsächliche oder rechtliche sein. Bei tatsächlichen Mängeln ist der genügende Tatverdacht über die Tatbegehung zu verneinen, wenn sich zum Schluss des Verfahrens ergibt, dass es nicht gelungen ist, strafbares Verhalten nachzuweisen. Bei rechtlichen Gründen kann man von genügendem Tatverdacht nicht die Rede sein, wenn rechtfertigende, entschuldigende, schuldausschliessende oder strafaufhebende Gründe oder unbeseitigbare Verfahrenshindernisse vorhanden sind.⁷⁶³ Der Rücktritt schliesst nachträglich die Bestrafung des Täters aus. In solchem Fall ist das Ermittlungsverfahren gemäß § 170 (2) StPO einzustellen, im Gerichtsverfahren ist der Täter aber freizusprechen.⁷⁶⁴ Obwohl der Rücktritt nach eStGB und dStGB sich auf verschiedenen dogmatischen Ebenen befindet, sind für einen konkreten Täter die Folgen genau die gleichen. Obwohl nach deutschem Strafgesetzbuch der Täter sich im Falle des Rücktritts schuldhaft verhalten hat, folgt dem jedoch keine Verurteilung. Auch in das Strafregister werden die Angaben des Täters nicht eingetragen.⁷⁶⁵ Also führt das deutsche Strafverfahren in diesem Fall nicht zum staatlichen Vorwurf, geäussert in einem verurteilenden Gerichtsurteil.

In der Literatur ist diese Situation kritisiert worden aus dem Grund, dass ein Schuldvorwurf und die Durchführung des Strafverfahrens eine bedeutende Reaktion des Staates sei. Die Entscheidung bezüglich Verurteilung und Nichtbestrafung eines Menschen sollte nur das Gericht machen und es sollte im Gerichtsurteil Äußerung finden.⁷⁶⁶

Die Autorin stimmt diesen Begründungen nicht zu, weil ein Strafverfahren in solchen Fällen zwecklos und unwirtschaftlich wäre. Mit dem Rücktritt hat der Täter gezeigt, dass es richtig ist, die Vorschrift in der Rechtsnorm zu befolgen, und er hat eine Rechtsgutsverletzung vermieden, weshalb die Ziele des Strafrechts ohne staatlichen Eingriff erreicht worden sind.

Ebenfalls zu berücksichtigen ist die Logik des Strafverfahrens, die besagt, dass wenn das Strafbedürfnis fehlt, z. B. im Falle der Verjährung, das Strafverfahren nicht durchgeführt wird, es sei der Verdächtige oder der Beschuldigte wünscht dies. Das Ziel des Strafverfahrens ist es, sowohl die Wahrheit über die Straftat zu ermitteln als auch die staatliche Reaktion zu bestimmen, womit man auf die Straftat reagieren muss, damit der Glaube an die Geltung der Rechtsnorm wiederhergestellt wird.

5.3.3 Der Rücktritt als Ausschluss des vierten Elements der Deliktstruktur

Nach F. Munoz-Condes Auffassung gehört der Rücktritt nicht unter Tatbestand, Rechtswidrigkeit oder Schuld, gehört aber doch zum Straftatsbegriff. Der Rücktritt soll zum vierten Element des Straftatsbegriffes gehören, den er Straf-

⁷⁶³ J. P. Graf (Hrsg). Beck'scher Online-Kommentar StPO, § 170/15.

⁷⁶⁴ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, § 24/481.

⁷⁶⁵ M. Herrmann, S. 218.

⁷⁶⁶ M. Herrmann, S. 214.

barkeit nennt, und der Rücktritt soll diese ausschliessen.⁷⁶⁷ Nach F. Muñoz-Condes Auffassung ist für das Strafbedürfnis der Tat ihre Strafwürdigkeit nötig. Die Strafwürdigkeit zeigt, welche Elemente verwirklicht sein müssen, damit das konkrete Verhalten als Straftat zu betrachten ist.⁷⁶⁸ Die Voraussetzungen der Strafwürdigkeit sind Rechtswidrigkeit und Schuld, aber sie kann sich auch aus anderen Kategorien ergeben und seitens des Gesetzgebers mit kriminalpolitischen Zwecken ausgefüllt werden, die bei dem Element, der Strafbarkeit heisst, untergebracht sind.⁷⁶⁹ F. Muñoz-Conde findet, dass beim Beginn der Versuchshandlung die Strafwürdigkeit vorliegt, beim Rücktritt jedoch fehlt die Strafwürdigkeit wegen der Gesamtbetrachtung des Versuchs und des Rücktritts – der Rücktritt hebt das Strafbedürfnis auf.

C. Roxin und A. Heckler bringen den Rücktritt beim vierten Element der Deliktstruktur – Verantwortung – unter. Verantwortung als das vierte Element der Deliktstruktur zeigt, dass ausser der Schuld auch Strafbedürfnis existiert. Im Strafrecht gilt das Schuldprinzip *sine culpa nulla poena*, wonach die Schuld die Voraussetzung der Bestrafung des Täters ist. Aus dem Prinzip folgt nicht, dass die Schuld die einzige Voraussetzung ist und es nicht noch weitere Voraussetzungen der Strafanwendung geben könnte.⁷⁷⁰ Zunächst ist die Schuld im Sinne der Möglichkeit, sich anders zu verhalten, zu ermitteln. Danach ist das der Schuldhaftigkeit der Tat hinzukommende Strafbedürfnis festzustellen, das zu zeigen hat, ob es nötig ist, den Täter zu bestrafen in Anbetracht des Strafzwecks im Sinne positiver Generalprävention.⁷⁷¹ Also hat man zur Deliktstruktur zusätzlich wegen präventiver Erwägungen das Strafbedürfnis hinzugefügt. Dem Verbinden der Schuldkategorie mit der Prävention ist vorgeworfen worden, dass die Schuldbegriff seine Grantiefunktion verliert. Wenn man aber zuerst die Schuld als die Möglichkeit, sich anders zu verhalten, und erst danach das Strafbedürfnis feststellt, wird gewährleistet, dass die präventiven Erwägungen die Schuld als Möglichkeit, sich anders zu verhalten, nur einschränken können, bei der Ausfüllung des Schuldvorwurfs jedoch keine unmittelbare Rolle spielen.

Nach C. Roxins Auffassung ist beim Rücktritt zwar die Schuld des Täters bezüglich des verwirklichten Versuchs vermindert, man kann aber nicht behaupten, dass sie gänzlich fehlt. Der Rücktritt zeigt, dass aus dem general- und spezialpräventiven Erwägungen die Bestrafung des Täters nicht nötig ist. Der Rücktritt beeinflusst das Strafbedürfnis des begangenen Versuchs, weshalb es angebracht ist, zu behaupten, dass der vierte Element der Deliktstruktur fehlt. Dabei geht C. Roxin von der Voraussetzung aus, dass der Versuch und der

⁷⁶⁷ F. Muñoz-Conde. Theoretische Begründung und systematische Stellung der Straflösigkeit beim Rücktritt vom Versuch. – ZStW 84 (1972) Heft 3, 776–777.

⁷⁶⁸ F. Muñoz-Conde, 777–778.

⁷⁶⁹ F. Muñoz-Conde, 778.

⁷⁷⁰ C. Roxin. Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems. H.-J. Albrecht [et al.] (Hrsg). Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, S. 890. AT Bd I, 19 rn 15ö.

⁷⁷¹ J. Sootak. Karistusõigus, S. 195.

darauffolgende Rücktritt als gesamtheitliche Beurteilungsgrundlage zu betrachten sind.⁷⁷²

A. Heckler weist darauf hin, dass, weil im Falle des Rücktritts das Strafbedürfnis wegen verminderter Rechtswidrigkeit und Schuld fehlt, der Rücktritt in die Deliktstruktur gehören sollte. Die Deliktstruktur sollte alle sich aus der Tat der Täters ergebende Umstände widerspiegeln, auf Grund deren zu entscheiden ist, ob der Täter zu bestrafen ist. Wenn ein das Strafbedürfnis beeinflussender Umstand sich getrennt von der dem Täter vorzuwerfenden Tat erwiesen hat, wie etwa späterer Schadensersatz, ist es angebracht, diesen außerhalb der Deliktstruktur als Schuldauflösungsgrund zu berücksichtigen. Der Versuch und der darauffolgende Rücktritt bilden aber eine gesamtheitliche Grundlage für die Beurteilung.⁷⁷³

Die Unterbringung des Rücktritts beim vierten Element der Deliktstruktur wird kritisiert mit der Begründung, dass man dabei an sich von derselben Argumentation ausgeht, wie bei der Betrachtung des Rücktritts als Strafaufhebungsgrund, und somit handelt es sich eher um einen lediglich terminologischen Unterschied.⁷⁷⁴ Wenn man den Rücktritt als einen Strafaufhebungsgrund betrachtet, geht man ja ebenfalls von der Überlegung aus, dass durch die Rücktrittshandlung die Rechtswidrigkeit und die Schuldhaftigkeit der Versuchshandlung vermindert werden und es fehlt das von präventiven Erwägungen oder von der Prämienidee ausgehende Bedürfnis, den Täter zu bestrafen. Die Unterschied der Argumentation bei der beiden Auffassungen – Rücktritt als Strafaufhebungsgrund oder Rücktritt als viertes Element der Deliktstruktur – liegt beim Standpunkt, dass der Versuch und Rücktritt eine gesamtheitliche Beurteilungsgrundlage bilden. Dabei findet A. Schumann, dass man inhaltlich nicht aus der Theorie der Gesamtbetrachtungslehre ausgeht, weil obwohl der Versuch und der Rücktritt als gesamtheitliche Beurteilungsgrundlage betrachtet werden, geht man doch von der Voraussetzung aus, dass mit dem Versuchsbeginn das ganze für einen Schuldvorwurf nötige Unrecht und die ganze Schuld verwirklicht worden sind, die man nachträglich nicht ändern kann, was von der punktuellen Auffassung ausgeht und inhaltlich eher der Auffassung der Einzelaktstheorie entspricht.⁷⁷⁵ Nach A. Schumanns Meinung bestätigt das Obige noch einmal, dass es keinen inhaltlichen Unterschied gibt zwischen dem, ob der Rücktritt ein Strafaufhebungsgrund sein oder zum vierten Element der Deliktstruktur gehören soll.⁷⁷⁶

Dem Obigen ist insoweit zuzustimmen, dass bei der Unterbringung des Rücktritts sowohl bei den Strafaufhebungsgründen als auch beim vierten Element der Deliktstruktur man inhaltlich von derselben Argumentation aus geht. Dennoch gibt es einen wesentlichen inhaltlichen Unterschied, der zeigt, wie der

⁷⁷² C. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd I, 4. Aufl. München: Beck 2006, S. 487–488.

⁷⁷³ A. Heckler, S. 130.

⁷⁷⁴ A. Schumann, S. 153.

⁷⁷⁵ A. Schumann, S. 154–155.

⁷⁷⁶ A. Schumann, S. 154.

Rücktritt einzuordnen ist und welche Beurteilung der Täterhandlung im Falle des Rücktritts zu geben ist: entweder wird sie als nicht strafwürdig angesehen, weshalb auch das Strafbedürfnis fehlt und der Rücktritt zum vierten Element der Deliktstruktur einzugliedern ist, oder man ist der Ansicht, dass nur das Strafbedürfnis fehlt, die Strafwürdigkeit aber erhaltengeblieben ist. Mit der Unterbringung des Rücktritts bei dem vierten Element der Deliktstruktur wird auch die Ansicht bestätigt, dass die Schuld wesentlich vermindert ist. Man kann behaupten, dass diese Verminderung so groß ist, dass die verbliebene Schuld so gering ist, dass es keinen Grund mehr gibt, sie dem Täter vorzuwerfen, weil die Strafwürdigkeit nicht mehr vorliegt.

5.4 Folgerungen und der Standpunkt der Autorin

Alle obigen Betrachtungen haben auf das Ergebnis geführt, dass der Rücktritt die Schuld des Täters beeinflusst. In Rahmen der Deliktstruktur sind dem Rücktritt unterschiedliche Bedeutungen zugewiesen worden: er schliesst entweder die Grundlage zum Schuldvorwurf oder das vierte Element der Deliktstruktur aus, oder ist lediglich ein Strafaufhebungs- oder Strafmilderungsgrund.

Diese Unterschiede haben ihren Ursprung in der Beziehung des Versuchs und des Rücktritts zueinander, in der Wirkung des Rücktritts auf den Versuch und schliesslich in der Bedeutung, die man der konkreten Deliktebene zuschreibt.

Beim Betrachten des Rücktritts als Strafaufhebungs- oder -milderungsgrund geht man von der Voraussetzung aus, dass der Täter mit dem Versuchsbeginn das ganze vorwerfbare Unrecht verwirklicht hat. Der Rücktritt ist eine spätere Handlung und hat lediglich eine schuldvermindernde Bedeutung ähnlich der Abwendung des tatbestandsmäßigen schweren Erfolgs oder freiwilligem Schadensersatz. Je nach dem, wieviel die Schuld vermindert ist, kann es sich um einen strafaufhebenden oder strafmildernden Umstand handeln. Also hat der Rücktritt keine Wirkung auf das Strafbedürfnis.

Bei der Betrachtung des Rücktritts als sowohl die Schuld als auch die Verantwortung ausschliessenden Umstands geht man von der Voraussetzung aus, dass der Versuch und der Rücktritt als eine einheitliche Beurteilungsgrundlage zu behandeln sind. Die Unterscheidung, ob die Schuld oder das vierte Element der Deliktstruktur ausgeschlossen wird, hängt davon ab, von welchem Straftatbegriff man ausgeht und wie man die Schuld auslegt. Dabei sind unterschiedliche Varianten möglich: entweder fehlt der Grund für den Schuldvorwurf, oder die Schuld des Täters ist vermindert und es fehlt das vierte Element der Deliktstruktur, das besagt, ob eine strafrechtliche Reaktion nötig ist. Jedenfalls gelangt man beim Verbinden des Rücktritts mit der Schuld oder dem vierten Element der Deliktstruktur zur Schulssfolgerung, dass die Strafwürdigkeit fehlt, im Sinne der Strafwürdigkeit als das Kriterium, das besagt, ob es begründet ist, den konkreten Verhaltensakt als eine Straftat zu behandeln, d. h. als eine Tat, die dem Täter vorzuwerfen ist. Obwohl es sich, wie die vorige Analyse erwies, aus dem fehlenden Strafbedürfnis ergeben kann, weil das vierte Element des Strafrechtsbegriffs durch das Strafbedürfnis ausgelegt werden konnte.

Obwohl verschiedene Betrachtungen dem Rücktritt eine unterschiedliche Bedeutung für die Schuld des Täters geben, ist der schwierigste Punkt, warum man gerade bei diesem Ergebnis angelangt hat. In dieser Hinsicht sind die Argumente knapp.

Die Autorin ist überzeugt, dass der Rücktritt die Schuld des Täters ausschliesst. Das beruht auf der Erkenntnis, dass im Falle eines Schuldvorwurfs festzustellen ist, ob es begründet ist, dem Täter seine Wahl zugunsten des Unrechts vorzuwerfen, im Sinne der Möglichkeit, sich anders zu verhalten.

Der erste Schwerpunkt ist das Zeitintervall, das bei der Beurteilung der Entscheidung des Täters zu berücksichtigen ist. Der Grundlage ist Tatschuld ist, deswegen müssen alle Umstände zu berücksichtigen, die sich in der Tatbegehungssituation erweisen. Es ist sinnvoll, den Versuch und den Rücktritt gemeinsam zu betrachten, denn ein Rücktritt ist möglich, solange der Täter die sich aus dem Versuch ergebenden negativen Wirkungen beherrscht. Im Falle des beendeten Versuchs hat der Täter nach seiner Vorstellung zwar alles getan, um den Tatbestand zu verwirklichen, aber er mag trotzdem noch die Kontrolle über den Ablauf der Ereignisse haben und dank seiner Handlung kann die Vollendung des Tatbestandes noch ausbleiben. Nach G. Jakobs' Äusserung ist der Rücktritt möglich, solange der Täter nicht vom Verhaltensakt getrennt ist, d.h. seine Tat beherrscht.⁷⁷⁷ Das wird unterstützt auch durch das Konzept der Tateinheit, die voneinander getrennte Handlungen zu einer Tat verbindet, weil sie nach natürlicher Lebensauffassung einheitliches Verhalten darstellen, obwohl bereits die erste von Ihnen den Versuch verwirklicht hat und die nächsten an sich als getrennte Straftaten betrachtet werden könnten. Obwohl im Falle der Tateinheit maßgebend ist, dass die Handlungen von gemeinsamen Vorsatz getragen werden, beim Rücktritt dieser sich jedoch geändert hat, werden der Versuch und der Rücktritt durch die essentielle Zusammengehörigkeit der Handlungen charakterisiert. Ausserdem ist wichtig die Auffassung der Gesamtbetrachtungslehre des korrigierten Rücktrittshorizonts für die Bestimmung des Endpunkts des Versuchs, die besagt, dass wenn der ursprüngliche Plan des Täters, den Tatbestand zu verwirklichen, nicht gelingt, er aber noch in der Straftatsituation zu einer neuen Lösung kommt, es angebracht ist, diese Handlungen als einen einheitlichen Verhaltensakt, nicht als zwei verschiedene Straftaten zu behandeln. Das Verbindungsglied ist die Beherrschung des Ablaufs von Ereignissen durch den Täter. Obwohl bereits mit dem Versuchsbeginn verwerfbares Unrecht verwirklicht worden ist, ist für eine endgültige Beurteilung das ganze kriminelle Ereignis von Bedeutung. Dies wird auch durch RKKKo 3-1-1-14-14 Nr. 1023 unterstützt, wonach gemäß § 10 eStGB die Tat begangen ist zur Zeit, wenn der Täter handelte, wobei nicht die rechtliche Vollendung, sondern das tatsächliche Ende der Handlung maßgebend ist. Das heisst, dass solange die Tat unter dem Einfluss des Täters ist, ist es für ihn möglich, die Ereignisse zur Verwirklichung des Tatbestandes ablaufen zu lassen, oder zurückzutreten und die Tat nicht zu vollenden. Deswegen ist es sinnvoll, den Versuch und den Rücktritt zusammen

⁷⁷⁷ G. Jakobs. Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalte, S. 85.

als Teile verbrecherischen Verhaltens zu betrachten, was zur Schlussfolgerung führt, dass die Wirkung des Rücktritts noch während der Tatausführung zur Erscheinung kommt, denn obwohl der Täter nach seiner Vorstellung schon alles Notwendige getan haben mag, hat er immer noch nicht von seiner Tat endgültig losgelassen, sondern die Möglichkeit behalten, sein ursprüngliches Verhalten zu beeinflussen.

Mit dem Versuchsbeginn entschied der Täter sich zugunsten des Unrechts, obwohl es möglich war, eine Wahl zugunsten des rechtstreuen Verhaltens zu treffen. Bevor er den Einfluss über seine Tat verlor, entschied er sich anders und unterliess die Tatbestandsvollendung, wodurch die sich aus der Versuchshandlung ergebenden negativen Wirkungen aufgehoben wurden. Also entschied der Täter sich im konkreten Fall, wenngleich mit Verspätung, zugunsten des Rechts. Folglich war zuerst die Schuldhaftigkeit des Versuch vorhanden. Sie bestand in der Entscheidung, zur Tatbegehung anzusetzen, die durch dementsprechendes Verhalten betätigt wurde. Bevor der Täter aber die Kontrolle über seine Tat verlor, änderte er seine Meinung und entschied zugunsten des Rechts. Folglich hat die Rücktrittsentscheidung des Täters eine maßgebende Bedeutung, weil er damit auf die ursprüngliche Entscheidung zugunsten des Unrechts wirkte. Wichtig ist hierbei, dass der Versuch strafwürdig ist, weil durch die Infragestellung normativer Erwartungen und das Ansetzen zur Verwirklichung konkreten Tatbestands der Rechtsgüterschutz beeinträchtigt wurde, mit dem Rücktritt diese Wirkungen aber abgeändert wurden. Da der Täter seine ursprüngliche Entscheidung und deren Bedeutung änderte, ist es angemessen, sie ihm zu verzeihen, weil er sich im Endergebnis zugunsten des Rechts entschied und seine ursprüngliche Wahl ihre Bedeutung verlor. Da der Rücktritt den Versuch nicht auslöscht, bleibt die Rechtswidrigkeit des Versuchs erhalten, weil er objektiv stattgefunden hat und die nachträgliche Beseitigung dieser Wirkungen das Ursprüngliche nicht beseitigt.

Somit ist es begründet, zu behaupten, dass obwohl der Rücktritt den Versuch nicht auflöst, ist ein Schuldvorwurf wegen des Versuchs ausgeschlossen. Zwar verspätet, aber immerhin seine Tat beherrschend, entschied der Täter sich zugunsten rechtsgetreuen Verhaltens und beseitigte die negativen Wirkungen des Versuchs. Maßgebend ist gerade, dass alle sich aus dem Versuch ergebende negative Wirkungen abgeändert worden sind, weshalb es einen Grund gibt, zu behaupten, dass der Täter seine Versuchsschuld gänzlich gesühnt hat. Also ist die Argumentation spezifisch verbunden mit der Vorwerfbarkeit des Versuchs und dem Einfluss des Rücktritts auf den Versuch: es handelt sich um eine Situation, wo der Täter eine Möglichkeit hat, seine sich von seiner ursprünglichen Entscheidung ergebende Wahl korrigieren in der Straftatssituation, die er beherrscht, und die sich aus dem Versuch ergebenden negativen Wirkungen abzuändern, weshalb es sachgemäß ist, die ursprüngliche und die endgültige Entscheidung zusammen zu betrachten und die ursprüngliche Entscheidung zu verzeihen, weil der Täter zu letzten Endes und noch rechtzeitig sich für das Recht entschied. Deswegen ist es richtig, den Rücktritt beim Schuld einzuordnen.

VI Der Rücktritt vom Versuch und verschiedene Deliktstypen

6.1 Überblick über die kriminelle Vortätigkeit im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches

Die kriminelle Vortätigkeit wird sowohl im Allgemeinen als auch im Besonderen Teil des eStGB kriminalisiert. In beiden Fällen ist möglich, dass infolge der Tat ein Rechtsgut nicht beschädigt wird. Wenn jedoch die kriminelle Vortätigkeit durch konkrete Tatbestandstypen im Besonderen Teil kriminalisiert wird, ist die Rücktrittsregelung nicht anwendbar. Man kann nur die Regelung der tätigen Reue nach § 60¹ im Allgemeinen Teil anwenden, die erlaubt, die Strafe zu mildern oder den Täter von der Strafe zu befreien. Im dStGB ist tätige Reue bei den konkreten Paragraphen im Besonderen Teil geregelt und es werden konkrete Rechtsfolgen bestimmt. Es sind Strafmilderung, Strafaufhebung und Absehen von der Strafe möglich. Das Ziel dieses Abschnitts ist es, zu untersuchen, ob es gerecht ist, dass es einen solchen Unterschied in Rechtsfolgen der rechtsgutsschützenden Handlung gibt, je nach dem, ob die kriminelle Vortätigkeit im Allgemeinen oder im Besonderen Teil des eStGB geregelt ist.

Um diese Frage zu beantworten, ist es zunächst nötig, die Grundlage der Strafbarkeit des konkreten Deliktstyps zu untersuchen, diese mit dem Versuchsunrecht zu vergleichen und danach zu analysieren, welche Bedeutung die Handlung hat, die auf die Vermeidung der Rechtsgutsverletzung gerichtet ist. Es ist sinnvoll, zur Vergleichsgrundlage die Rücktrittsregelung zu nehmen, weil diese der rechtsgutsschützenden Täterhandlung eine Bedeutung gibt und eine konkrete Rechtsfolge vorsieht, die nach dem estnischen Strafrecht der Schuldausschluss ist. Das Strafrecht ist ein eigenständiges System, in dem wichtig ist, dass man von einheitlichen Prinzipien ausgeht.⁷⁷⁸

Dabei werden konkretes Gefährdungsdelikt, abstraktes Gefährdungsdelikt (darunter Vorbereitungsdelikt) und Unternehmensdelikt (können auch Merkmale Vorbereitungsdelikten aufweisen) zur Grundlage genommen. Es ist sinnvoll, diese Deliktstypen zu betrachten, da sie am besten die Nuancen beschreiben, die mit den unterschiedlichen Aspekten der Bestrafung krimineller Vortätigkeit verbunden sind. Auch in der Literatur hat man diese Problematik gerade durch diese Deliktstypen erörtert.⁷⁷⁹

6.2 Die Strafwürdigkeit der im Besonderen Teil des eStGB beschriebenen kriminellen Vortätigkeit und Vergleich zur versuchten Straftat

Das konkrete Gefährdungsdelikt besteht im Erschaffen einer im Tatbestand beschriebenen tatsächlichen Gefahr für das Rechtsgut. Obwohl das konkrete Gefährdungsdelikt ein Erfolgsdelikt ist, beruht die Strafwürdigkeit nicht auf einer konkreten Verletzung, sondern auf der Gefährdung.

Nach K. Horns Auffassung erweist sich die Strafwürdigkeit des konkreten Gefährdungsdelikts in der Tatsache, dass eine solche Tat eine Rechtsgutsver-

⁷⁷⁸ U. Murmann. Strafzumessung und Strafverfahren, S. 1145–1146.

⁷⁷⁹ U. Berz. Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsguterschutz: Eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten. München: Beck 1986, S. 6.

letzung mit sich bringen kann. Es handelt sich also um ein der tatsächlichen Verletzung vorausgehendes Stadium, das die Grundlage strafrechtlicher Reaktion ist.⁷⁸⁰ Dem kann man nicht zustimmen, denn die Schädlichkeit eines konkreten Gefährdungsdelikts besteht nicht nur darin, dass das Rechtsgut tatsächlich verletzt werden kann, sondern der Täter hat eine Situation erschaffen, die er nicht kontrolliert, und das Weitere hängt vor allem vom Zufall ab. Nach K. Horns Auffassung gäbe es keinen Unterschied zwischen der versuchten Straftat und dem konkreten Gefährnungsdelikte.

U. Kindhäuser geht von der Auffassung K. Bindings aus, wonach die Gefahr als Erschütterung der existierenden Lage des Rechtsguts zu interpretieren ist.⁷⁸¹ Eine gefährliche Situation ist ein eigenständiger Umstand, weshalb die Gefährlichkeit und Strawürdigkeit des konkreten Gefährnungsdelikte wie folgt aufzufassen ist. Die konkrete Gefahr kann man definieren als die Unmöglichkeit der Vermeidung einer relevanten Verletzung in der Situation. Das Erhaltenbleiben des Gutes ist gefährdet, wenn je nach den die konkrete Situation charakterisierenden Umständen es kein Mittel gibt, das wahrscheinlich die Rechtsgutsverletzung ausschliessen würde. Die Gefährlichkeit äussert sich im akuten Verlust der Geschütztheit des Rechtsguts.⁷⁸² Das Gut ist ein Sinnbild, wodurch die konkrete Auffassung über die Unberührbarkeit von Werten ausgedrückt und der Integration der Werte in dem von Rechtsgütern getragenen Freiheitskonflikt eine selbständige Bedeutung gegeben wird. Folglich hat die Gefährnung das Rechtsguts eine eigenständige Bedeutung und durch ihre Kriminalisierung wird das Rechtsgut geschützt, um mögliche schädliche Wirkungen auszuschliessen. Maßgebende Rolle haben zwei Faktoren – der Zustand des Rechtsguts in konkreter Situation und der Umstand, infolgedessen die existierende Situation unsicher und unkontrollierbar werden kann.⁷⁸³

Die Kriminalisierung des Versuchs und des konkreten Gefährnungsdelikts sind beide auf den Schutz der Rechtsgüter und auf die Vermeidung deren Verletzung gerichtet, dies geschieht aber auf verschiedene Weisen und unter Berücksichtigung verschiedener Nuancen. Der Strafbarkeitsgrund des Versuchs ist vor allem der betätigte rechtsfeindliche Wille des Täters, also ein subjektives Merkmal, woraus die Infragestellung normativer Erwartungen ersichtlich wird. Die Strafbarkeit konkreter Gefährnungsdelikte beruht darauf, dass das Rechtsgut in tatsächliche Gefahr gebracht wurde, d.h. auf einem objektiven Merkmal.

Das abstrakte Gefährnungsdelikte kann man zunächst definieren als den Tatbestandstyp, zu dessen Verwirklichung der Erfolg weder als Verletzung noch als Gefahrsituation erforderlich ist. Das abstrakte Gefährnungsdelikte ist wegen der gefährlichen Natur der Tat kriminalisiert worden. Ein Beweis der Gefähr-

⁷⁸⁰ E.Horn. Konkrete Gefährnungsdelikte. Köln : Schmidt, 1973, S. 115 usw.

⁷⁸¹ U. Kindhäuser. Gefährnung als Straftat. Rechts-theoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährnungsdelikte. Frankfurt am Main: Klostermann 1989, S. 210.

⁷⁸² U. Kindhäuser, S. 353–354.

⁷⁸³ U. Kindhäuser, S. 330.

dung ist nicht erforderlich, sondern man geht von dem allgemeinen Wissen aus, dass gewisse Handlungen gefährlich sind und zu einer Rechtsgutsverletzung führen können.⁷⁸⁴ Das Problem mit abstraktes Gefährungsdelikten ist, dass es deren Zweck ist, Rechtsgüter zu schützen, dabei wird aber eine Verbindung zur Verletzung oder tatsächlichen Gefährdung von Rechtsgütern nicht verlangt. Die Legitimität abstrakter Gefährungsdelikten und ihre Verbindung mit dem Rechtsgüterschutz ist fragwürdig.

Bei der Begründung der Strafbarkeit abstrakter Gefährungsdelikten herrscht die Theorie der generellen Gefahr, wonach eine Handlung strafbar sein soll, wenn eine solche Handlung typischerweise zu Rechtsgutsverletzung führen kann.⁷⁸⁵ Diese Auffassung ist kritisiert worden aus dem Grund, dass auf diese Weise man dem Täter eine völlig ungefährliche Handlung vorwerfen kann, was dem Schuldprinzip widerspricht und ebenfalls keine Legitimation in Anbetracht der Konzeption des Rechtsguts hat.⁷⁸⁶

U. Kindhäuser begründet die Strafwürdigkeit abstrakter Gefährungsdelikten mit dem spezifischen Schaden, der darin besteht, dass die zur Erhaltung des Rechtsgut notwendigen Bedingungen, die sogenannte Sicherheit, beeinträchtigt wird. Diese allgemeine Sicherheitslage ist ein Wert an sich und eine Grundlage des sozialen Zusammenlebens, die zu schützen ist. Die konkrete Sicherheitsordnung wird je nach Situation in Anbetracht konkreter Umstände festgestellt. Das bestimmt den konkreten Umfang des strafrechtlichen Eingriffs.⁷⁸⁷ In der Literatur ist U. Kindhäusers Auffassung kritisiert worden, weil durch den Schutz konkreter Rechtsgüter, wie etwa Leben, Gesundheit und Vermögen, auch die gesellschaftliche Sicherheit gewährleistet ist. Der Begriff der Sicherheit charakterisiert den Zweck des Strafrechts, weshalb er nicht zur Begründung eines konkreten Tatbestandstyps gebraucht werden kann. Zusätzlich ist U. Kindhäusers Auffassung deswegen kritisiert worden, weil die abstrakten Gefährungsdelikte im Grunde genommen zu Risikodelikten verwandelt werden und es unnötig wird, ihr allgemeines gefährliches Wesen nachzuweisen.⁷⁸⁸

J. Schmidt nimmt zum Ausgangspunkt das Rechtsgut und dessen Schutz. Er geht von ihm selbst ausgearbeiteten Rechtsgutsbegriff aus, der die tatsächlichen Gegenstände des Rechtsguts umfasst, aber sich auch auf die Bedingungen erstreckt, die für die Erhaltung des Rechtsguts notwendig sind. Die Strafwürdigkeit abstrakter Gefährungsdelikte stützt sich auf die Tatsache, dass die generell gefährliche Handlungen die auf den Strafrechtsnormen beruhende Sicherheitsordnung beschädigen. Eine gefährliche Tat beeinträchtigt die Normgeltung und den Wert des Gegenstandes des Rechtsguts und damit das erweiterte definierte Rechtsgut.

⁷⁸⁴ J. Schmidt. Untersuchung zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad abstrakter Gefährungsdelikte: Zugleich ein Beitrag zur Rechtsgutslehre. Marburg: Elwert 1999, S. 2.

⁷⁸⁵ U. Kindhäuser, S. 230.

⁷⁸⁶ J. Schmidt, S. 102.

⁷⁸⁷ U. Kindhäuser, S. 354–355.

⁷⁸⁸ I. Zieschang, Die Gefährungsdelikte. Berlin: Duncker & Humblot 1998, S. 356–366.

Die Strafwürdigkeit abstrakter Gefährdungsdelikte beruht auf ihrer generellen Gefährlichkeit, weshalb der Schutzbereich des Rechtsguts gefährdet ist.

Gesondert wird die Strafwürdigkeit der zu abstrakten Gefährdungsdelikten gehörenden Vorbereitungsdelikten behandelt. Ihre Vorwerfbarkeit ist nicht mit den kriminellen Absichten und der negativen Rechtssinnung des Täters begründbar, weil man in einem solchen Fall für die Gedanken bestrafen würde, was des Gesinnungs-, nicht Tatstrafrecht charakterisiert. Die Vorbereitungsdelikte sind verbunden mit der Erschaffung von Voraussetzungen zur Ausführung von Straftaten, d.h. mit dem Besorgen oder Herstellen des Mittels für die Straftat. Es handelt sich vor allem um Gegenstände, die nicht in den Zivilverkehr gehören, etwa Falschurkunden, Geräte zur Rauschgiftherstellung oder Mittel zur Geldfälschung. Dennoch braucht im Vorbereitungsstadium nicht nur ein im Zivilverkehr unzulässiger Gegenstand hergestellt worden zu sein, sondern der Täreinsatz kann sich in der Unterstützung zur Ausführung der Straftat äussern, die er nach seinem Einsatz nicht mehr kontrollieren kann. Zum Beispiel die Zuverfügungstellung von Geld für die Herstellung von Rauschgift gemäß § 189 eStGB. Die Vorbereitungsdelikte werden durch eigenständige Strafwürdigkeit charakterisiert und sie sind nicht lediglich deshalb strafbar gemacht worden, weil die durch sie geschaffenen Voraussetzungen auf eine Rechtsgutsverletzung gerichtet sein können.⁷⁸⁹

Wenn man nun die Strafbarkeitsgründe der abstrakten Gefährdungsdelikte und des Versuchs vergleicht, kann man folgende Aspekte hervorbringen. Die Grundlange der Versuchsstrafbarkeit ist die Verletzung des Anerkennungsverhältnisses und die Infragestellung normativer Erwartungen; sie beruht auf dem Tätervorsatz als dem Motivator, der sich in der Täterhandlung äussert und objektiv oder nur subjektiv auf die Tatbestandsverwirklichung und auf die Rechtsgutsverletzung gerichtet ist. Im Fall des abstrakten Gefährdungsdelikts ist die Betonung auf dem objektiven Umstand: der Situation, die nicht von dem Täter kontrolliert wird, oder den Gegenständen, die im Zivilverkehr nicht zugelassen sind, wobei eine Gefahr besteht, dass sie in den Zivilverkehr geraten. In beiden Fällen ist eine Verbindung zur tatsächlichen Rechtsgutsgefährdung nicht erforderlich, aber die Beeinträchtigung des Schutzbereichs des Rechtsguts wird aus verschiedenen Aspekten widerspiegelt.

Als Unternehmensdelikte werden Tatbestände bezeichnet, in dessen Fall der Versuch mit der Vollendung gleichgesetzt worden ist.⁷⁹⁰ Der § 11 (6) dStGB gibt die Legaldefinition des Unternehmensdelikts, wonach „Unternehmen“ sowohl den Versuch als auch die Vollendung bedeutet. Handlungen, die die Tatbestände von Unternehmensdelikten erfüllen, können inhaltlich Merkmale eines

⁷⁸⁹ U. Weber. Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte. – H.-H. Jeschek (Hrsg). Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte. Referate und Diskussionsbericht der Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 20. September 1985 in Göttingen. Berlin: de Gruyter 1987, S. 15–16.

⁷⁹⁰ W. Joecks, K. Miebach, § 11/83.

Versuchs oder einer Vollendung aufweisen, im Sinne des Strafgesetzbuches handelt es sich jedoch in beiden Fällen um eine vollendete Tat.

Der Bedarf nach Unternehmensdelikten ist man mit kriminalpolitischen Erwägungen gerechtfertigt worden. Das Konzept von Unternehmensdelikten hat nämlich seinen Ursprung in Verratstatbeständen, bei denen man fand, dass es nicht sinnvoll ist, die Vollendung des Tatbestandes mit der Verwirklichung des Erfolgs zu verbinden. So würde die Anwendung der Norm ineffektiv, weil die Möglichkeiten der Rechtsbehörden, einzugreifen und den Täter zur Verantwortung zu ziehen, beschränkt wären. Diese kriminalpolitische Position ist in der Rechtsliteratur kritisiert worden, weil die Begründung der Strafbarkeit auf solche Weise die willkürliche Verschiebung der Tatvollendung nach vorne mit sich bringen kann.⁷⁹¹

Rechtsdogmatisch sind Unternehmensdelikte als gesondert typisierter Unrechtsvorwurf in der Literatur von allem mit zwei Argumenten gerechtfertigt worden.⁷⁹² Erstens hat der Täter im Falle eines Unternehmensdelikts die Kontrolle über den weiteren Ablauf von Ereignissen, d.h. des Eintritts oder Nicht-eintritts des Erfolgs, bereits im Versuchsstadium verloren. Zweitens ist das Rechtsgut im Falle eines Unternehmensdelikts schon im Versuchsstadium tatsächlich verletzt worden. Zum Beispiel im Falle der Bestechung hat der Beamte das Anerkennungsverhältnis bereits dann beeinträchtigt, wenn er eingewilligt hat, Vermögenswerte oder andere Vorteile entgegenzunehmen.⁷⁹³ Deswegen hat man gefunden, dass es wegen des in solchen Taten enthaltenen Unrechts und der Gefährlichkeit gerecht ist, den Versuch mit der Vollendung gleichzusetzen. Gleichmaßen strafwürdig sind sowohl die Handlung, die auf das Erreichen eines Erfolgs gerichtet ist, als auch dessen unmittelbare Verwirklichung. Zu beachten ist noch, dass nach eStGB und dStGB ein versuchter Unternehmensdelikt möglich ist, unter Berücksichtigung der Versuchsstrafbarkeitsgrundlagen nach § 23 (2) dStGB.

Die Strafwürdigkeit des Versuchs ist vor allem bestimmt durch den subjektiven Merkmal, d.h. den betätigten Tätervorsatz, der auf eine Rechtsgutsverletzung gerichtet ist und normative Erwartungen unter Zweifel gestellt hat. Im Falle von Unternehmensdelikten ist die Betonung auf objektiven Merkmalen: auf der Rechtsgutsverletzung und der Unkontrollierbarkeit des weiteren Ablaufs der Tat.

6.3 Die Festlegung von Rechtsfolgen einer rechtsgutsschützenden Handlung im Falle der kriminellen Vortätigkeit im Besonderen Teil

Im Stadium krimineller Vortätigkeit ist es möglich, dass der Täter, bevor er das Rechtsgut beschädigt hat, umdenkt und die Rechtsgutsverletzung abwendet.

U. Berz ist der Meinung, dass im Falle krimineller Vortätigkeit, die im Besonderen Teil kriminalisiert worden ist, es im Fall, wenn der Täter die

⁷⁹¹ G. Jakobs, Strafrecht, S. 707.

⁷⁹² H.-H. Jescheck, S. 9-13.

⁷⁹³ H.-H. Jescheck, S. 12.

Rechtsgutsverletzung vermeidet, gerecht ist, die dem Rücktrittsfall gleichwertigen Rechtsfolgen anzuwenden. Mit der Vermeidung der Rechtsgutsverletzung hat der Täter gezeigt, dass sein Wille, der ursprünglich auf die Rechtsgutsverletzung gerichtet war, sich umgewandt hat und nun von dem Bedürfnis des Rechtsgüterschutzes ausgeht. Ausserdem ist das Ausbleiben der Rechtsgutsverletzung gerade dem Täterinsatz zu verdanken. Also sind die Voraussetzungen sowohl der kriminalpolitischen Theorie, der Prämientheorie als auch der Strafzwecktheorie erfüllt, die die Anwendung der Rücktrittsregelung begründen. Das Kriterium, wonach zu entscheiden ist, ob es gerecht ist, die dem Rücktritt gleichwertigen Rechtsfolgen vorzusehen, ist nach U. Berz' Auffassung also die Vermeidung der Rechtsgutsverletzung. Dieses Argument begründet er mit der Behauptung, dass es der Zweck des Strafrechts ist, den Rechtsgüterschutz zu gewährleisten. Wenn der Täter also mit seiner Handlung eine Rechtsgutsverletzung abwendet, ist die staatliche Einmischung in der Form der Strafe weder nötig noch angebracht.⁷⁹⁴

Die Autorin ist mit diesen Argumenten nicht einverstanden. Rechtsgüterschutz ist zwar der Zweck der Rücktrittsregelung, nicht aber das einzige Kriterium, das sie rechtfertigt. Die Rücktrittsregelung beruht auf der Argumentation, dass der Täter die Möglichkeit hat, den Ablauf von Ereignissen zu kontrollieren und seinen Einsatz zurückzunehmen, der auf die Rechtsgutsverletzung gerichtet war. Dadurch zeigt er, dass sein ursprüngliches Verhalten falsch war und es richtig ist, die Rechtsnorm zu befolgen. Der Rücktritt ist möglich, solange es für den Täter möglich ist, die mit dem Versuch erschaffenen negativen Wirkungen zu beseitigen, und es ersichtlich ist, dass dies gerade durch seinen Einsatz geschah.

Im Falle der im Besonderen Teil geregelten kriminellen Vortätigkeit ist es daher zu beurteilen, welche Bedeutung im Kontext des konkreten Tatbestandes die Handlung hat, die auf die Vermeidung der Rechtsgutsverletzung gerichtet ist. Es ist wichtig, festzustellen, ob es möglich ist, die Verletzung des mit dem Tatbestand im Besonderen Teil beschützten Rechtsgutes abzuwenden, ob das tatbestandsmäßige Unrecht in der weiteren Unkontrollierbarkeit des Ablaufs von Ereignissen zur Erscheinung kommt, und wie weit es für den Täter möglich ist, die sich von seinem Tateinsatz ergebenden negativen Wirkung an das Rechtsgut abzuändern. Sollten im Falle der kriminellen Vortätigkeit die Voraussetzungen des Rücktritts erfüllt sein, sollten sich alle mögliche Rechtsfolgen auf den Täter erweitern, die dem Fall des Rücktritts gleichwertig sind. Falls aber nicht alle Voraussetzungen des Rücktritts erfüllt sind, ist es nicht begründet, dem Rücktritt gleichwertige Rechtsfolgen vorzusehen.

Die Strafwürdigkeit des konkreten Gefährdungsdelikts äussert sich vor allem in der Handlung und in der Übertretung des in der Gesellschaft tolerierten Risikomaßes. Eine Täterhandlung, die auf die Vermeidung der Rechtsgutsverletzung gerichtet ist, hat im Falle der konkreten Gefährdungsdelikten nicht dieselbe Bedeutung als bei Verletzungsdelikten, weil das durch das konkrete

⁷⁹⁴ U.Berz, S. 98-99, 124-125, 144-145

Gefährdungsdelikt geschaffene spezifische Unrecht mit einer solchen Handlung nicht mehr zurückgenommen werden kann. Die konkrete Gefährdung ist ein selbständiger Erfolg und diesem kann man nicht zurücktreten. Die Vorwerfbarkeit besteht ja in der Herbeiführung der unzulässigen Gefahr und späteres Verhalten kann diese lediglich vermindern. Folglich hat eine rechtsgutschützende Handlung im Falle des konkreten Gefährdungsdelikts nicht die gleiche Bedeutung als im Falle des Rücktritts. Wichtig ist also, dass der Gesetzgeber nur für bestimmte Handlungen konkreten Gefährdungsdelikte als strafrechtlich besonders relevant angesehen und sich insoweit nicht mit der Versuchsstrafbarkeit begnügt hat.⁷⁹⁵

Die Strafwürdigkeit abstrakter Gefährdungsdelikten äussert sich auch in der Erschaffung unbegründeter Risiken und gefährlicher Umstände. Die Strafwürdigkeit der Unternehmensdelikten beruht sowohl auf der Rechtsgutsverletzung als auch auf der Unkontrollierbarkeit von Tatumständen durch den Täter. In einigen Fällen, vor allem in Situationen, wo im Vorbereitungsstadium begangene Taten strafbar sind, kann der Täter die Möglichkeit haben, seinen Tateinsatz zurückzunehmen und die sich aus seiner Tat ergebenden negativen Wirkungen zu neutralisieren. In so einem Fall ist es gerecht, Rechtsfolgen vorzusehen, die dem Rücktritt möglichst gleichwertig sind. In anderen Fällen ist es nicht so.

Jedoch kann es bei allen genannten Deliktstypen vorkommen, dass zwar nicht die Voraussetzungen des Rücktritts erfüllt sind, eine Rechtsgutsverletzung aber abgewandt worden ist. In so einem Fall ist es ebenfalls gerecht, diesen Umstand bei der Entscheidung über die strafrechtliche Verantwortung und Bestrafung zu berücksichtigen. Ob die Rechtsfolge im Einzelfall Strafmilderung, Strafaufhebung oder Befreiung von der Strafe sein soll, hängt von der konkreten auf die Vermeidung der Rechtsgutsverletzung gerichteten Handlung ab. Dabei ist zu berücksichtigen, ob und wie weit es für den Täter möglich war, den Ablauf von Ereignissen zu kontrollieren und seinen Einsatz zu neutralisieren.

Also kann man im Falle krimineller Vortätigkeit im Sinne des Besonderen und Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches eine auf Rechtsgüterschutz gerichtete Handlung nicht immer auf dieselbe Weise bewertet werden. Deswegen gibt es auch keine Symmetrie bezüglich des Rechtsfolgen. Es ist jedoch wichtig, die Symmetrie von Rechtsfolgen zu gewährleisten, falls bei krimineller Vortätigkeit im Sinne des Besonderen Teils die Rücktrittsvoraussetzungen erfüllt sind. Auf keinem Fall ist es zulässig, eine auf den Rechtsgüterschutz gerichtete Handlung unbeachtet zu lassen. Damit gibt der Rücktritt vom Versuch die ersten Bedingungen für die Berücksichtigung der Handlung des Täters, die sich auf die Vermeidung der Schädigung des Rechtsguts richtet. Die Regelung der tätigen Reue kann deswegen viel breiter angelegt werden und erschöpft sich nicht in den Bedingungen des Rücktritts vom Versuch, sondern kann noch die zusätzlichen kriminalpolitischen Ziele berücksichtigen.

⁷⁹⁵ H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann § 24 /488.

6.3 Die Regelung des eStGB zur kriminelle Vortätigkeit

Wenn der Täter vom im Allgemeinen Teil beschriebenen Versuch oder von der Vorbereitung zurücktrat, ist seine Schuld ausgeschlossen. Im Falle krimineller Vortätigkeit, die im Besonderen Teil des eStGB beschrieben ist, wird auf eine rechtsgutsschützende Handlung die Regelung tätiger Reue in § 60¹ eStGB angewandt. Die Voraussetzung dazu ist ein freiwilliger Verzicht auf die weitere Ausführung der Tat oder die Beseitigung der Gefahr auf eine andere Weise. Der § 60¹ eStGB sollte anwendbar sein, wenn das Rechtsgut noch nicht beschädigt worden ist und der Täter die sich aus seiner Handlung ergebende Gefahr beseitigt hat. Da der Wortlaut von § 60¹ vom Begriff der Gefahr, nicht des Rechtsguts ausgeht, erweitert sich diese Regelung auch auf alle Fälle, wo es keine akute Gefahr für das Rechtsgut gibt und der Täter die Möglichkeit hat, die Gefahr beseitigen und dabei eine fortdauernde oder größere Gefährdung des Rechtsguts und den Eintritt eines schädlichen Erfolgs zu vermeiden. Die Regelung der tätigen Reue gibt dem Gericht die Möglichkeit, die Strafe des Täters zu mildern oder von der Strafe abzusehen. Der im § 57 (1) Nr. 1 vorgesehene Strafmilderungsgrund ist gerichtet auf die Abwendung eines aussertatbestandlichen Erfolgs oder auf die Verminderung negativer Einflüsse.

Eine andere wichtige Regelung findet sich im § 199 (1) Nr. 7 eStPO, wonach das Strafverfahren ausgeschlossen ist, wenn es sich um in §§ 414, 415, 418 und 418¹ eStPO beschriebene Straftaten handelt und der Täter freiwillig die sich in seinem Besitz befindende Feuerwaffe, Explosionsgerät oder dessen wesentlichen Bestandteil, Ammunition oder Sprengstoff aushändigt. Diese Regelung gibt einer Täterhandlung, die nach der Verwirklichung des Tatbestandes begangen ist, aber auf den Rechtsgüterschutz gerichtet ist, eine verfahrensausschliessende Bedeutung, d.h. ein Strafverfahren gegen diese Person wird nicht durchgeführt. An sich handelt es sich um eine an den Rücktritt ähnliche Regulation. Das Hinzufügen dieser Regulation in die Strafprozessordnung wurde begründet mit der Möglichkeit, die Staatssicherheit und die öffentliche Sicherheit zu verstärken, indem man dem Täter die Möglichkeit gibt, ein Strafverfahren durch freiwillige Abgabe von Schusswaffen und Ammunition zu vermeiden.⁷⁹⁶ Also ist man zur Erkenntnis gekommen, dass freiwilliger Einsatz des Täters zur Vermeidung einer Rechtsgutsverletzung eine effektivere und wirksamere Maßnahme als die Strafe ist. Diese Regulation betrifft aber nur Schusswaffen und Ammunition. Sie ist nicht anwendbar auf andere im Zivilverkehr unzulässige Gegenstände wie Falschgeld, illegale Software usw.

Also haben die genannten Regulationen wesentlich unterschiedliche Rechtsfolgen. Der Schuldauusschluss bedeutet, dass es keinen Grund gibt, dem Täter das von ihm geschaffene Unrecht vorzuwerfen. Gemäß § 199 (1) 1 eStPO ist das Strafverfahren nicht einzuleiten, oder wenn bereits eingeleitet, einzustellen. Den § 60¹ eStGB kann aber nur das Gericht anwenden und dem geht die Verurteilung des Täters voraus und er hat gemäß § 180 eStPO die Verfahrenskosten zu tragen. Zusätzlich ist zu beachten, dass die Angaben des Täters gemäß § 6

⁷⁹⁶ KarS eelnõu. 376 SE. – Im Netz: www.riigikogu.ee.

Strafregistergesetzes in das Strafregister eingetragen werden. Ebenfalls ist zu berücksichtigen, dass viele andere Gesetze einer Person, die eine Straftat begangen hat, Einschränkungen auferlegen. Zum Beispiel darf er gemäß Gesetz des öffentlichen Dienstes nicht in den öffentlichen Dienst eintreten. Zusätzlich wird eine Verurteilung von der stigmatisierenden Wirkung begleitet, die für den Menschen in seinen Auswahlmöglichkeiten weitere Beschränkungen mit sich bringen kann.

Es ist fragwürdig, ob so große Unterschiede in den Rechtsfolgen von § 60¹ und §§ 40 und 43¹ eStGB gerecht sind, wenn man berücksichtigt, dass in beiden Fällen eine Rechtsgutsverletzung im Stadium kriminellen Vortätigkeit abgewandt geworden mag.

Dieses Problem illustrieren die folgenden Fälle. Der Täter hat zu Hause gefälschtes Geld im Sinne des § 333¹ eStGB hergestellt, diese aber danach zerstört, oder hat ein Computerprogramm entwickelt mit dem Ziel, eine Computerstraftat zu begehen, und damit § 216¹ eStGB verwirklicht, ein Paar Tage später jedoch das Programm gelöscht, ohne es zu benutzen. In beiden Fällen ist § 60¹ eStGB anwendbar, weil das Rechtsgut nicht beschädigt worden ist und auch die sich aus den Handlungen ergebende Gefahr beseitigt worden ist, da die Gegenstände nicht in den Verkehr gelangt sind. Wenn aber zwei Menschen sich einigen, einen Totschlag aus eigennützigen Motiven zu begehen, d.h. einen Mord im Sinne von § 114 eStGB, und haben Aufgaben verteilt, den Wohnort des Opfers ermittelt und zur Mordwaffe einen Messer gekauft, danach sich aber anders entscheiden und entschließen, die Straftat nicht auszuführen, ist für sie § 43¹ anwendbar, wonach die Schuld ausgeschlossen ist.

Der Vergleich der vorher beschriebenen Fälle, wo entweder § 60¹ oder § 43¹ anwendbar ist, zeigt, dass in keinem Fall das Rechtsgut tatsächlich beschädigt wurde und der Täter das sich aus dem Vorbereitungsstadium ergebenden Gefahr einer Rechtsgutsverletzung beseitigte. Die Rechtsfolgen unterscheiden sich jedoch merkbar.

Es ist zu beachten, dass durch die Geldfälschung und Vorbereitung der Computerstraftat ein im Zivilverkehr unzulässiger Gegenstand hergestellt wurde – gefälschtes Geld oder ein Virenverbreitungsprogramm. Diese Gegenstände können auch ohne den Einsatz des Täters in die Hände Dritter gelangen und Rechtsgutsverletzung ermöglichen. Daher enthalten diese Taten unkontrollierbare Gefährlichkeit, was der Grund ihrer Strafwürdigkeit ist. Der Kauf eines Messers ist an sich eine völlig sozialadäquate Tätigkeit, die Leute jeden Tag tun und die nur deshalb als verbrecherisch gilt, weil man die Absicht hatte, das Messer für einen Mord zu benutzen.

Angesichts dieses zusätzlichen Unrechts ist es gerecht, dass die Geldfälschung und Vorbereitung der Computerstraftat im Besonderen Teil zu vollendeten Straftaten erklärt worden sind. Wegen des Aspekts der Unkontrollierbarkeit sind die Rücktrittsvoraussetzungen in der Regel nicht erfüllt. Man könnte zwar widersprechen, dass in diesen Beispielen das Geschehen unter der Kontrolle des Täters war und dass er imstande war, Rechtsgutsverletzung zu vermeiden, und gewährleistete, dass die Gegenstände nicht in die Hände von

Dritten gerieten. Jedoch kann das Nichgeraten in die Hände der Dritten oft vom Zufall abhängen. Zum Beispiel können zu einem Computer mit Internetverbindung auch Unbefugte Zugang erlangen. Deswegen kann der konstatieren, dass zwischen diesen Beispielen ein Unterschied besteht, es ist aber fragwürdig, ob der Unterschied in Rechtsfolgen so groß sein muss.

Ausserdem gibt es den § 394¹ eStGB (Verabredung zur Geldwäsche), wonach eine bloße Verabredung mindestens zweier Personen, Geldwäsche zu begehen, für eine strafbare Tat genügt. An sich kriminalisiert diese Regulation die Vorbereitung der Geldwäsche. Wenn aber die Leute, die sich über Geldwäsche geeinigt haben, sich anders entscheiden und auf weitere Tätigkeit verzichten, ist nur § 60¹ anwendbar, weil die Tat im Sinne des Besonderen Teils vollendet ist und §§ 40–43 und 43¹ nicht anwendbar sind. Im Falle der in § 394¹ eStGB geregelten Geldwäscheverabredung ergibt sich das ganze Unrecht aus den Handlungen, die auf Rechtsgutsverletzung gerichtet sind, aber das Rechtsgut noch nicht tatsächlich gefährden. Das Rechtsgut, das durch den Tatbestand der Geldwäsche geschützt wird, ist das regelmäßige Funktionieren des Geld- und Wirtschaftssystems, konkret der legale Wirtschafts- und Geldverkehr.⁷⁹⁷ Folglich ist dieses Rechtsgut dann beschädigt, wenn man unmittelbar zu Handlungen angesetzt hat, die auf die Verheimlichung des ungesetzlichen Ursprung des Geldes gerichtet sind. Nach § 22¹ eStGB ist die Verantwortung für diejenige Taten im Vorbereitungsstadium vorgesehen, für die vorgesehene Höchststrafe mindestens 12 Jahre oder lebenslängliche Gefängnisstrafe ist, solange es sich um konkrete Abschnitte des Stragesetzbuches handelt, die sich mit den wichtigsten Rechtsgütern, u.a. Leben und Gesundheit, beschaffen. Die Bestrafungsgrundlage von 22¹ eStGB ist mit der Behauptung begründet worden, dass die Taten, die in dieser Regulation beschrieben sind, eine ausserordentlich hohe Gefahr darstellen, die im konkreten Fall darin besteht, dass ein anderer Mensch zur Straftat herbeigezogen wird und ausserdem eine zusätzliche Handlung ausgeführt wird, die das Beginnen der Straftat begünstigt, etwa Herbeischaffung eines Mittels für die Ausführung der Straftat.⁷⁹⁸ Daher kann man behaupten, dass sowohl bei der Kriminalisierung nach § 394¹ als auch nach § 22¹ von einer ähnlichen Erscheinungsweise des Unrechts ausgegangen wurde. Im Falle von § 394¹ eStGB schliesst jedoch späteres Umdenken des Täters nicht seine Schuld aus, wie es nach § 43¹ der Fall ist. Begründungen für eine solche Unterscheidung sind nicht vorhanden.

Die Regelung im § 394¹ eStGB ist begründet worden mit der Verpflichtung, die Verabredung zur Geldwäschestraftat zu kriminalisieren, die sich aus den Konventionen von Palermo und Wien und der Antikorruptionskonvention von Vereinigten Nationen ergibt. Aus diesen Konventionen geht aber nicht hervor, dass so eine Verabredung im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches kriminalisiert werden muss. Die Kriminalisierung von § 394¹ eStGB im Besonderen Teil

⁷⁹⁷ RKKKo 3-1-1-68-10, p 16.

⁷⁹⁸ J. Sootak, P. Pikamäe, § 22/1 p 2.2–2.3.

ist mit der Begründung kritisiert worden, dass dies vom System des estnischen Strafrechts und von der Strafbarkeitsprinzipien im Allgemeinen Teil abweicht.⁷⁹⁹

Bei der Kriminalisierung von § 394¹ eStGB hat es keine Diskussion über die Unanwendbarkeit der Rücktrittsregulation gegeben und es ist nicht die Frage aufgekommen, ob es zu ungleicher Behandlung von Menschen führen kann, wenn man berücksichtigt, dass im Falle der nach § 22¹ kriminalisierten Verabredung zur schweren Straftat der Rücktritt nach § 43¹ möglich ist.

Also beurteilt das estnische Strafgesetzbuch eine auf Rechtsgüterschutz gerichtete Täterhandlung auf wesentlich unterschiedliche Weisen, je nach dem, ob kriminelle Vortätigkeit durch den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches kriminalisiert wurde, durch Erweiterung des Anfangsmoments der strafbaren Tat, oder man hat im Besonderen Teil gesonderte Tatbestände erschafft. Folglich ist es äusserst wichtig, dass man Prinzipien befolgt, auf denen die Kriminalisierung krimineller Vortätigkeit im Allgemeinen oder Besonderen Teil des Strafgesetzbuches beruht. Aus den vorhin betrachteten Beispielen geht aber hervor, dass es nicht gerecht ist, im Falle krimineller Vortätigkeit für eine rechtsgutsschützende Handlung dermaßen unterschiedliche Rechtsfolgen vorzusehen, wie das estnische Strafgesetzbuch es tut. Die gegenwärtige Regelung bietet damit keine systematische Lösung für die Beurteilung einer rechtsgutsschützenden Handlung. Das ist ersichtlich aus den obigen Problemfragen bei der Anwendung von § 60¹ und §§ 40–43¹. Es ist aber wichtig, dass man bei der Beurteilung rechtsgutsschützender Handlungen durch das Strafgesetzbuch von einheitlichen Grundlagen ausgeht, die ein wohlbegründetes System bilden und die Gleichbehandlung von Menschen und die Gerechtigkeit und Verständbarkeit verschiedener Regulationen gewährleisten.

Vor weiterer Diskussion dieser Frage aus dem Aspekt des estnischen Rechts will ich einen Vergleich mit dem deutschen, österreichischen und ungarischen Strafrecht vorstellen. Die §§ 30 und 31 dStGB enthalten eine ähnliche Regelung zu §§ 22¹ und 43¹ eStGB. Zusätzlich enthalten konkrete Regulationen in Besonderen Teil des dStGB, die Vortätigkeit strafbar erklären, Vorschriften zur tätigen Reue. Die Rechtsfolge kann in einem solchen Fall die Nichtbestrafung des Täters sein, wie etwa im § 264 (5), oder das Gericht hat die Möglichkeit, den Täter von der Strafe zu befreien oder seine Strafe zu ermildern, oder es hat nur die Möglichkeit der Strafmilderung. Die Rechtsfolge des Rücktritts ist ebenfalls die Nichtbestrafung des Täters. Folglich hängt nach dem deutschen Strafgesetzbuch die rechtliche Bedeutung der auf die Rechtsgüterschutz gerichteten Handlung nicht davon ab, ob die kriminelle Vortätigkeit im Allgemeinen oder im Besonderen Teil kriminalisiert worden ist. Jedoch ist es nicht möglich, aus dem deutschen Strafgesetzbuch zu ersehen, von welchen Grundlagen die Regulationen zur tätigen Reue im Besonderen Teil ausgehen und nach welchen Grundsätzen die Rechtsfolgen festgelegt worden sind. Die chaotische

⁷⁹⁹Eelnõu 554 SE (Riigikogu XII koosseis). – Im Netz: Arvutivõrgus: www.riigikogu.ee, lk 25–26, S. 25–26 (30.05.2016)

Lösung dieser Frage ist in der deutschen Fachliteratur kritisiert worden.⁸⁰⁰ Ähnlich der deutschen Regelung ist die Regelung im österreichischen Strafgesetzbuch, nach dessen § 16 im Allgemeinen Teil die Rechtsfolge des Rücktritts die Nichtbestrafung des Täters ist. Ebenfalls sehen die Regulationen zur tätigen Reue im Besonderen Teil die Nichtbestrafung vor (z. B. § 240, die die tätige Reue im Falle der Fälschung regelt).⁸⁰¹

Anders ist die Bestrafung krimineller Vortätigkeit im ungarischen Strafgesetzbuch geregelt, gemäß dessen § 11 im Allgemeinen Teil die Vorbereitung einer Straftat strafbar ist, wenn dies konkret im Besonderen Teil vorgesehen ist. Ebenfalls ist dort der Rücktritt von der Straftat geregelt. Wenn der Täter von der Vorbereitung der Straftat zurücktritt, wird er nicht bestraft. Damit sind die Rechtsfolgen des Rücktritts sowohl im Vorbereitungs- als auch im Versuchsstadium gleich.⁸⁰² Dennoch ist wichtig, dass die Regulation des ungarischen Strafgesetzbuches nur die Vorbereitungsdelikte betrifft, nicht aber die anderen Deliktstypen, in deren Fall die Verursachung des Erfolgs als des Merkmals eines Verletzungsdelikts nicht ein Tatbestandsmerkmal ist.

Dieser Vergleich der Regelungen im deutschen, österreichischen und ungarischen Strafgesetzbuch zeigt, dass diese für eine rechtsgutsschützende Handlung keine so unterschiedliche Rechtsfolgen vorsehen, je nach dem, ob die kriminelle Vortätigkeit im Besonderen oder im Allgemeinen Teil geregelt ist, so wie es im estnischen Strafgesetzbuch der Fall ist.

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass § 60¹ eStGB nicht nur auf die kriminelle Vortätigkeit, während deren das Rechtsgut noch nicht verletzt worden ist, anwendbar ist, sondern auch auf die Fälle, wo eine größere Verletzung vermieden werden kann. Also umfasst § 60¹ eStGB einen weiteren Kreis von Taten, weshalb es sinnvoll ist, dass die Rechtsfolgen sich vom Fall des Rücktritts unterscheiden. Der § 60¹ eStGB kann flexibel angewandt werden und vermeidet das Problem des deutschen Strafrechts, wenn eine Regulation zur tätigen Reue im Besonderen Teil nötig wäre, nicht aber vorhanden ist und daher sich die Frage stellt, wie man nun vorgehen sollte.

Jedoch beachtet § 60¹ nicht alle Besonderheiten der Fälle, worauf er anwendbar ist. Wenn der Täter das Rechtsgut nicht beschädigt, kein zusätzliches spezifisches Unrecht erschafft und seinen Einsatz zur Rechtsgutsverletzung beseitigt, ist es nicht sinnvoll, so deutlich verschiedene Rechtsfolgen vorzusehen wie in §§ 40 und 43¹ einerseits und in § 60¹ andererseits. Wenn im estnischen Strafrecht die Rechtsfolge des Rücktritts der Schuldabschluss ist, kann man im Fall, wenn kriminelle Vortätigkeit als eigenständiges Delikt vorgesehen ist, nicht behaupten, dass die Schuld fehlt. Auch fehlt im estnischen Strafgesetzbuch eine Regelung zu Strafaufhebungsgründen und entsprechende

⁸⁰⁰ E. Samson, S. 253.

⁸⁰¹ Das Strafgesetzbuch (StGB) Österreichs. – Im Netz:
[www.jusline.at/Strafgesetzbuch_\(StGB\)_Langversion.html](http://www.jusline.at/Strafgesetzbuch_(StGB)_Langversion.html) (10.02.2017).

⁸⁰² Das Strafgesetzbuch von Ungarn. – Im Netz:
www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (10.02.2017)

Regulationen in der Strafprozessordnung, die zulassen würden, dass in einem solchen Fall der Täter nicht verurteilt würde, sondern das Verfahren eingestellt werden könnte.

Auf solche Fälle kann man mit § 202 eStPO reagieren, wonach das Strafverfahren eingestellt werden kann, wenn die Schuld gering ist und öffentliches Strafverfolgungsinteresse fehlt. Dies gibt eine Möglichkeit, auf Solche Fälle zu reagieren, doch ist zu beachten, dass die Entscheidung hier von Diskretion der Strafverfolgungsbehörde abhängt und der Täter keine Garantie hat, dass das Verfahren eingestellt wird.

Daher ist es sinnvoll, die Tatbestände im Besonderen Teil des eStGB, die die kriminelle Vortätigkeit betreffen, gründlich zu untersuchen und festzustellen, in welchen Fällen es gerecht ist, eine zusätzliche Regulation zur tätigen Reue vorzusehen. Um die Gleichartigkeit der Regelung zu gewährleisten, muss man von Grundsätzen ausgehen, worauf die Rücktrittsregelung beruht, und ihre Bedeutung im Kontext des konkreten Tatbestandes im Besonderen Teil abschätzen. Maßgebend sind folgende Kriterien. Erstens ist eine Rechtsgutsverletzung festzustellen, denn der Zweck der Rücktrittsregulation ist es, dem Rechtsgut einen zusätzlichen Schutz zu gewähren. Als nächstes ist die Kontrolle über den Ablauf von Ereignissen zu untersuchen: ist der Täter imstande, diesen zu beherrschen, oder wird der Ablauf vom Zufall bestimmt? Drittens ist zu ermitteln, ob auf eine spezifische Weise in Erscheinung getretenes Unrecht geschaffen wurde, in welchem Fall die Frage ist, ob und wie weit der Täter dessen Einfluss neutralisieren kann. Aus diesen Kriterien ergibt sich, ob der Täter den Glauben an die Geltung der Rechtsnorm wiederhergestellt hat.

Es ist also sinnvoll, im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches Regulationen zur tätigen Reue einzufügen, die den vorhergenannten Kriterien entsprechen. Sogar wenn alle genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind, muss man beurteilen, inwieweit sie verwirklicht worden sind, und dies bei der Bestimmung von Rechtsfolgen zu berücksichtigen. In der Fachliteratur hat man darauf hingewiesen, dass man mit den Regulationen zur tätigen Reue ein breiteres Anwendungsgebiet umfassen sollte, um dem Täter einen Anreiz zu geben, seinen Einsatz zurückzunehmen, der auf die Rechtsgutsverletzung und gegen des konkreten Angriffsobjekts gerichtet ist. Jedoch brauchen die Voraussetzungen nicht dieselben zu sein wie beim Rücktritt vom Versuch. Die Schwerpunkte können unterschiedlich sein, so dass sie eher die Spezifik der Tat betonen und davon ausgehen, worin im Einzelnen die auf die Vermeidung der Rechtsgutsverletzung gerichtete Handlung bestehen soll. Diese Regulationen beruhen zwar auf der Rücktrittsregelung, ermöglichen aber auch die Berücksichtigung anderer Aspekte.⁸⁰³

Zusätzlich kann man die Frage stellen, ob das System in einem solchen Fall nicht zu kompliziert wird, denn § 60¹ ermöglicht schon jetzt sowohl Strafmilderung als auch Nichtbestrafung aus dem Grund der tätigen Reue. Die zusätzlichen Vorschriften über die tätige Reue im Besonderen Teil würden bei konkreten

⁸⁰³ A. Schönke, H. Schröder, § 24/117.

Paragraphen sein und würden es ermöglichen, den Täter nicht zu bestrafen, d.h. das Strafverfahren ohne Verurteilung einzustellen. Dennoch ist zu berücksichtigen, dass es sich um Ausnahmefälle handelt, deren Anwendungsbereich genau abgegrenzt ist. Wenn man berücksichtigt, dass der Täter einsatz vom Aspekt des Rechtsgüterschutzes eine wesentliche Rolle spielen kann, und wenn die Voraussetzungen des Rücktritts vom Versuch erfüllt sind, ist es gerecht, sowohl aus den Erwägungen der Gleichbehandlung von Menschen als auch wegen der Zwecke des Strafrechts, zusätzliche Regelungen einzuführen.

6.4 Schlussfolgerungen

Der Zweck des Strafrechts ist, den Rechtsgüterschutz zu gewährleisten. Dabei ist das Prinzip von *ultima ratio* zu beachten, das dem staatlichen Eingriff Grenzen stellt. In jedem Fall ist zu beurteilen, ob und wieweit die Bestrafung nötig und sinnvoll ist. Deswegen hat eine rechtsgutsschützende Täterhandlung im Strafrecht eine selbständige Bedeutung, weil dadurch auch Rechtsgüterschutz gewährleistet wird. Dies hat in den Regelungen zum Rücktritt und zur tätigen Reue Ausdruck gefunden. Es ist wichtig, dass durch das ganze Strafgesetzbuch die rechtsgutsschützenden Handlungen nach einheitlichen Kriterien beurteilt werden, weil auf diese Weise Systematik, Verständlichkeit des Rechts und Gleichbehandlung gewährleistet werden. Diese einheitliche Kriterien bietet die Rücktrittsregelung an, die der rechtsgutsschützenden Handlung unmittelbar die Bedeutung gibt und zeigt, wenn es angebracht ist, dem Täter zu verzeihen, anstatt ihn zu bestrafen. Mit der Rücktrittsregelung als Ausgangspunkt sollte man die Regulationen zur kriminellen Vortätigkeit im Besonderen Teil untersuchen, um festzustellen, was die Grundlage der Kriminalisierung ist und welche Bedeutung eine rechtsgutsschützende Handlung haben soll.

Das Obige ist wichtig, weil das Strafrecht sich in die Richtung *prima ratio* bewegt. Es werden immer mehr Handlungen kriminalisiert, die im Stadium krimineller Vortätigkeit begangen werden. Es ist verständlich, wenn man die schnelle Entwicklung der heutigen Technologie berücksichtigt und auch die Gefahr, die sich aus dem Terrorismus ergibt. Dabei ist nicht zu vergessen, dass im Stadium krimineller Vortätigkeit der Täter wirksamen Rechtsgüterschutz gewährleisten kann, wenn er noch die Möglichkeit hat, den Ablauf von Ereignissen zu kontrollieren. Dies heisst nicht, dass auf den Verstoß gegen die Verhaltensnorm nicht eine schnelle und unmittelbare Reaktion in der Form strafrechtlichen Eingriffs folgen sollte, doch ist zu beachten, dass in gewissen Fällen Verzeihung sinnvoller sein kann. Das bringt auch klarer das Prinzip von *ultima ratio* heraus und hilft die Befolgung des Prinzip des *prima ratio* auszugleichen. Es ist zu beachten, dass die strafrechtliche Ressource knapp ist und ihre Anwendung nur dann den wirksamen Rechtsgüterschutz gewährleistet, wenn es unvermeidbar ist.

VII Die in dieser Dissertation aufgestellten Grundbehauptungen

Die Autorin präsentiert die folgenden Thesen zur Verteidigung:

1. Bei der strafrechtlichen Beurteilung einer rechtsgutsschützenden Handlung muss man von einheitlichen Prinzipien ausgehen, weil dadurch systematisches Vorgehen gewährleistet wird, die die Gleichbehandlung von Menschen gewährleistet und die Anwendung des Gesetzes verständlich und den Rechtsgüterschutz wirksamer macht. Zur Grundlage sollte die Rücktrittsregelung genommen werden, denn dadurch wird es möglich, einheitliche Kriterien für die Beurteilung rechtsgutsschützender Handlungen zu bestimmen.
2. Der Zweck der Rücktrittsregelung ist es, den zusätzlichen Rechtsgüterschutz zu gewährleisten. Das Absehen von Rechtsgutsverletzung ist nicht das einzige Kriterium, das die Rücktrittsregelung begründet. Der Rücktritt vom Versuch ist mit der Strafwürdigkeit des Versuchs verbunden. Die Rücktrittsregelung wird dadurch berechtigt, dass der Täter die sich aus dem Versuch ergebenden negativen Wirkungen abändert und im Ergebnis der konkrete Tatbestand nicht vollendet wird und der Glaube an die normativen Erwartungen wiederhergestellt wird.
3. Wenn die kriminelle Vortätigkeit im Besonderen Teil geregelt ist, kann das Rechtsgut unverletzt bleiben und die Vermeidung der Rechtsgutsverletzung durch den Täter ist auf den Rücktrittssituation ähnlich. Die Strafwürdigkeit krimineller Vortätigkeit im Besonderen Teil kann sich von der des Versuchs unterscheiden und die auf den Rechtsgüterschutz gerichtete Handlung braucht nicht alle Rücktrittsvoraussetzungen zu erfüllen, weshalb es begründet sein kann, verschiedene Rechtsfolgen vorzusehen, obwohl der Rechtsgüterschutz durch die Täterhandlung gewährleistet wurde. Zu beachten ist, inwieweit die Rücktrittsvoraussetzungen erfüllt sind. Auf Grund dessen ist zu entscheiden, welcher Rechtsfolgen gerecht sind.
4. Bei der Kriminalisierung krimineller Vortätigkeit ist die Strafwürdigkeit der konkreten Tat zu untersuchen. Auf Grund deren ist zu entscheiden, ob es sinnvoll ist, die Verantwortung im Allgemeinen oder im Besonderen Teil vorzusehen. Anderenfalls können Menschen ungleich behandelt werden, weil die Rechtsfolgen rechtsgutsschützender Handlungen unterschiedlich sind, vor allem nach dem estnischen Strafrecht.

KASUTATUD LÜHENDID

BGH	Bundesgerichtshof (Saksamaa Liidukohus)
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
FS	Festschrift
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
KarS	Eesti Vabariigi karistusseadustik
KrmS	Eesti Vabariigi Kriminaalmenetluse seadustik
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
RKKKo	Riigikohtu kriminaalkolleegium
StGB	deutsche Strafgesetzbuch (Saksamaa karistusseadustik)
StPO	deutsche Strafprozessordnung (Saksamaa kriminaalprotsessi seadustik)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

KASUTATUD KIRJANDUS

- A. Ahmed. Rücktritt vom versuchten unechten Unterlassungsdelikt. Hamburg: Kovač 2007.
- H. Alwart. *Strafwürdiges Versuchen: eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit und zur Struktur des Versuchsdelikts*. Berlin: Duncker & Humblot 1982.
- K. Amelung. Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch. – *ZStW* 120 (2008), lk 205–245.
- U. Baroke. Grenzenloze Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungsdelikte. – A. Sinn, W. Gropp, F. Nagy (Hg.). *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*. Göttingen: V & R Unipress, Univ.-Verl. Osnabrück 2011.
- M. Bergmann. Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch? – *ZStW* (1988)100, lk 329–358.
- M. Bergmann. *Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB*. Heidelberg: C. F. Müller 1988.
- U. Berz. *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsguterschutz: Eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten*. München: Beck 1986.
- R. Bloy. *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe*. Berlin: Duncker und Humblot 1976.
- P. Bockelmann. *Strafrechtliche Untersuchungen*. Göttingen: O. Schwartz 1957.
- P. Bockelmann. Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig? – *NJW* 1955, lk 1417–1421.
- M. Blöcker. *Die Tätige Reue*. Baden-Baden: Nomos 2000.
- H. Boss. *Der halbherzige Rücktritt: zum Rücktritt des Alleintäters vom beendeten Versuch*. Berlin: Duncker und Humblot 2002.
- A. Brand, T. Wostry. Kein Rücktritt vom beendeten „fehlgeschlagenen“ Versuch? – *GA* 2008, lk 611–624.
- M. Brockhaus. *Die strafrechtliche Dogmatik von Vorbereitung, Versuch und Rücktritt im europäischen Vergleich: unter Einbeziehung der aktuellen Entwicklungen zur „Europäisierung“ des Strafrechts*. Hamburg: Kovač, 2006.
- J. Bülte. Der strafbefreiende Rücktritt vom voll- endeten Delikt: Partielle Entwertung der strafbefreienden Selbstanzeige gemäß § 371 AO durch § 261 StGB? – *ZStW* 2010, lk 550–603.
- M. Ernits jt. *Karistusseadistiku üldosa eelnõu. Eelnõu lähtealused ja põhjendus*. Tallinn: Juura 1999.
- B. Fedders. *Tatvorsatz und tätige Reue bei Vorfelddelikten: der vorausgeplante Rücktritt*. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges. 2002.
- C.-J. Gores. *Der Rücktritt des Tatbeteiligten*. Berlin: Duncker und Humblot 1982.
- J. P. Graf (Hrsg). Beck'scher Online-Kommentar StPO. – Arvutivõrgus: www.beckok.beck-online.de/herausgeber.html (01.2.2017).
- G. Grünwald. Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht. – *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. Berlin: De Gruyter 1974.
- V. Haas. Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt. – *ZStW*, 2011, lk 226–259.
- A. Heckler. *Die Ermittlung der beim Rücktritt vom Versuch erforderlichen Rücktrittsleistung anhand der objektiven Vollendungsgefahr*. Baden-Baden: Nomos 2002.

- C. Heinitz. Streitfragen der Versuchslehre. – *JR* 1956, lk 248–252.
- M. Herrmann. *Der Rücktritt im Strafrecht. Eine kritische Analyse von § 24 StGB de lege lata und Überlegungen de lege ferenda*. Berlin: Duncker & Humblot 2013.
- R. D. Herzberg. Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch. Von der Strafzwecklehre zur Schuldverfüllungstheorie – *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*. Berlin: de Gruyter 2001.
- R. D. Herzberg. Zum Grundgedanken des 24 StGB. – *NStZ* 1989, lk 49–55.
- R. von Hippel. *Deutsches Strafrecht. Bd. 2*. Berlin: Springer 1930.
- H. J. Hirsch. Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht. – *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: de Gruyter 2001.
- D. Horn. *Konkrete Gefährdungsdelikte*. Köln: O. Schmidt 1973.
- J. Hruschka. Zur Frage des Wirkungsbereichs eines freiwilligen Rücktritts vom unbeendeten Versuch. – *JZ* 1969, lk 495–499.
- H. Hälschner. *Das preußische Strafrecht. Teil 2. System des preußischen Strafrechts: 1. erster oder allgemeiner Teil*. Aalen: Scientia-Verlag, 1975.
- G. Jakobs. Kriminalisierung im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung. – *ZStW* 97 (1985), lk 751–785.
- G. Jakobs. Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten. – *ZStW* 1992, lk 82–104.
- G. Jakobs. *Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Aufl.* Berlin: de Gruyter 1993.
- H. H. Jescheck, T. Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Aufl.* Berlin: Duncker und Humblot 1996.
- W. Joecks, K. Miebach (Hrsg.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd. 1, §§1–37 StGB. 2. Aufl.* München: Beck 2011.
- C. Jäger. *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*. München: Beck 1996.
- U. Kindhäuser. *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt am Main: Klostermann 1989.
- U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.) *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar. 4. Auflage*. Baden-Baden: Nomos 2013.
- S. Koch-Schlegtendal. *Die Verhinderung der Vollendung beim strafbefreienden Rücktritt*. Frankfurt: Lang 2012.
- H. Kolster. *Die Qualität der Rücktrittsbemühungen des Täters beim beendeten Versuch*. Frankfurt am Main: Lang, 1993.
- D. Kratzsch. *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*. Berlin: Duncker & Humblot 1985.
- V. Krey, R. Esser. *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Stuttgart: W. Kohlhammer 2012.
- H. Kundlich. Grundfälle zum Rücktritt vom Versuch. Teil I: Allgemeine Fragen und fehlgeschlagener Versuch – *JuS* 1999, lk 240–245.
- K. Kühl. Grundfälle zu „Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung“. 5. Teil. – *JuS* 1980, lk 506–510.
- K. Kühl. *Karistusõigus. Üldosa*. Tallinn: Juura 2002.
- W. Küper. Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. – *ZStW*, 112 (2000), lk 1–43.

- G. Küpper. *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*. Berlin: Duncker und Humblot 1990.
- D. Lang-Hinrichen. Bemerkung zum Begriff der "Tat" im Strafrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Straffzumessung, des Rücktritts und tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme (Normativer Tatbegriff). – *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*. Frankfurt am Main: V. Klostermann 1969.
- H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (Hrsg.). *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Band 1. Einleitung, §§ 1–31*. Berlin: de Gruyter, 2007.
- N. Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft*. Darmstadt: Wiss. Buchges 2002.
- N. Luhmann. *Rechtssoziologie. 4. Aufl.* Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwiss 2008.
- S. Mir Puig. Untauglicher Versuch und statistische Gefährlichkeit im neuen spanischen Strafgesetzbuch. – *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: de Gruyter 2001.
- M. Möttus. Riigikohtu kriminaalkolleegiumi 24. aprilli 2009. a otsus kriminaalasjas 3-1-1-10-09- *Juridica*, 2009/IV 4, lk 258–261.
- W. Mitsch. Das unechte Unternehmensdelikt. – *JuS* 2015, lk 97–104.
- F. Muñoz-Conde. Theoretische Begründung und systematische Stellung der Straßlosigkeit beim Rücktritt vom Versuch. – *ZStW* 84 (1972), 756–778.
- U. Murmann. *Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*. Berlin: Duncker & Humblot 1993, Strafrechtliche Abhandlungen Bd. 81.
- U. Murmann. Rücktritt vom Versuch bei Gleichgültigkeit des Täters? – BGHSt 40, 304. – *JuS* 1996, lk 590–593.
- U. Murmann. Straßzumessung und Strafverfahren. – G. Freund, U. Murmann, R. Bloy, W. Perron (Hrsg.). *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot 2013.
- U. Murmann. *Versuchsunrecht und Rücktritt*. Heidelberg: Müller 1999.
- A. Peter. *Der untaugliche Versuch*. Basel/Stuttgart: Helbing und Lichtenhahn 1973.
- P. Pikamäe. Süüteokitse ja loobumine süüteokitsest karistusseadustiku järgi. – *Juridica* 2001/VII, lk 464–474.
- P. Pikamäe. Tahtluse struktuur. *Tahtlus kui koosseisupäraste asjaolude teadmine*. Doktoritöö. Tartu Ülikool 2006. – Arvutivõrgus: dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/676/pikamae.pdf?sequence=5. (01.02.2016)
- W. Platzgummer. Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte im österreichischen Strafrecht. – H.-H. Jeschek (Hrsg.). *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte. Referate und Diskussionsbericht der Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 20. September 1985 in Göttingen*. Berlin: de Gruyter 1987.
- I. Puppe. Der halbherzige Rücktritt, zugleich eine Besprechung zu BGHSt 31, 46 – *NSiZ* 1984, lk 488–491.
- C. Roxin. Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. – Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.) jt. *Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
- C. Roxin. Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer. – A. Eser (Hrsg.). *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*. München: C. H. Beck 1998.
- C. Roxin. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Bd II. 4. Aufl. München: Beck 2006.

- C. Roxin. Über den Strafgrund des Versuchs. – A. Eser (Hrsg). *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*. Nomos: Baden-Baden 1998.
- C. Roxin. Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch. – T. Weigend, G. Küpper (Hrsg). *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*. Berlin: de Gruyter 1999.
- H.-J. Rudolphi. Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbemühen. – *NStZ* 1989, lk 508–514.
- H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson jt (Hrsg). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Loseblatt-Ausg. Köln: Heymann.
- M. Saal. *Das Vortäuschen einer Straftat (§ 145 d StGB) als abstraktes Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker und Humblot 1997.
- K. Saarman, K. Matto. *Kriminaalseadustik. Kommenteeritud väljaanne*. Tallinn: Autorite kirjastus 1937.
- E. Samson. *Kriminaalõiguse üldosa*. Tallinn: Justiitsministeerium 2001.
- H. Schall. Zum Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz und wiederholbarer Ausführungshandlung trotz Zielerreichung. – *Jus* 1990, 623–630.
- J. Scheinfeld. *Der Tatbegriff des § 24 StGB*. Holzkirchen/Obb: Felix, 2006.
- J. Schmidt. *Untersuchung zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad abstrakter Gefährdungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur Rechtsgutslehre*. Marburg: Elwert 1999.
- E. Schmidhäuser. Der Unrechtstatbestand. – *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*. Frankfurt am Mein: Klostermann: 1969.
- H. Schröder. Unternehmensdelikte. – *Tübinger Festschrift für Eduard Kern*. Tübingen: Mohr 1968.
- A. Schumann. *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau: eine Untersuchung anhand der Dogmatik zum System von Versuch und Rücktritt seit dem 19. Jahrhundert*. Berlin: Duncker und Humblot 2006.
- A. Schönke, H. Schröder. *Strafgesetzbuch: StGB. Kommentar*. 29. Aufl. München: Beck 2014.
- B. Schünemann. Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik. – *GA* 1986, lk 293–352.
- U. Sieber. Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt. – Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im „Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten“ – *NStZ* 2009, lk 353–364.
- A. Sinn. Vorverlagerung der Strafbarkeit – Begriff, Ursachen und Regelungstechniken. – A. Sinn, W. Gropp, F. Nagy (Hg). *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*. Göttingen: V & R Unipress, Univ. – Verl. Osnabrück 2011.
- J. Sootak (koost). *Karistusõigus. Üldosa*. Tallinn: Juura 2010.
- J. Sootak, P. Pikamäe. *Karistusseadustik. Komm vlj. 4. vlj.* Tallinn: Juura 2015.
- J. Sootak. *Grundelemente der subjektiven Verantwortlichkeit in estnisches Strafrecht*. – A. Eser (Hrsg). *Strafrechtsentwicklung in Osteuropa. Zwischen Bewältigung und neuen Herausforderungen*. Berlin: Duncker und Humbolt 2005.
- J. Sootak. *Karistusõiguse alused*. Tallinn: Juura 2003.
- J. Sootak. Norm ja käitumine: Karistusõigusliku normiteooria paradokse. – *Akadeemia* 2005/5 (194), lk 1005–1032.
- J. Sootak. *Sanktsiooniõigus*. Tallinn: Juura 2007.

- J. Sootak. Seadusainsus. Kui isiku tegu vastab mitmele süüteokoosseisule, siis mitme järgi ja kuidas ta tegelikult vastutab? – *Juridica* 2010/I, lk 11–23.
- R. Zaczek. *Das Unrecht der versuchten Tat*. Berlin: Duncker und Humblot 1989.
- I. Zieschang. *Die Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot 1998.
- A. Tipold. *Rücktritt und Reue: Rücktritt vom Versuch und verwandte Bestimmungen*. Wien: NWV, Neuer Wiss. Verl. 2002.
- H. Tröndle, T. Fischer, E. Dreher, O. Schwarz. *Strafgesetzbuch: StGB und Nebengesetze. Beck'sche Kurz-Kommentare 10*. München: Verlag C. H. Beck 2012.
- K. Ulsenheimer. *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*. Berlin: de Gruyter 1976.
- M. Waiblinger. Subjektivismus und Objektivismus in der neueren Lehre und Rechtsprechung vom Versuch. – *ZStW* 69 (1957), lk 189–222.
- U. Weber. Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte. – H.-H. Jeschek (Hrsg). *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte. Referate und Diskussionsbericht der Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 20. September 1985 in Göttingen*. Berlin: de Gruyter 1987.
- H. Wege. *Rücktritt und Normgeltung. Zum Einfluss glaubwürdiger Umkehr auf die Rechtsfolgebestimmung*. Berlin: Duncker und Humblot 2011.
- I. E. Weinhold. *Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch*. Nomos: Baden Baden 1990.
- W. Wohlers. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker und Humblot 2000.
- K. Yamanaka. Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund des Rücktritts vom Versuch. – *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: de Gruyter 2001.
- M. Yang. *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung des Delikts nach dem deutschen und chinesischen StGB*. Frankfurt am Main: Lang 2009.

KASUTATUD KOHTULAHENDID

Eesti Riigikohtu lahendid

3-1-1-146-03
1-1-137-04
3-1-1-61-06
3-1-1-128-06
3-1-1-10-09
3-1-1-30-11
3-1-1-66-14
3-1-1-14-14
3-1-1-93-15
3-1-1-11-15

Saksamaa Liidukohtu lahendid

28.02.1956 – StR 352/55. – NJW 1956, 718–719.
13.02.1985 – 3 StR 481/84. – NJW 1985, 1788–1789.
21-01-1993 – 4 StR 638/92 – NJW 942–943.
19.05.1993 – GSSt 1/93. – Arvutivõrgus: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/93/gsst-1-93.php>. (01.2.2017).
14.03.1995 – 1 StR 846/94 – NJW 1995, 2176–2177.
29.10.2002 – 4 StR 281/02. – Arvutivõrgus:
www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/entscheidungen_node.html.
(01.02.2016).
08.02.2012 – 4 StR 621/11 – NStZ-RR 2012, 167, beck-online (01.02.2017)
01.12.2015 – 4 StR 390/15 – NJW 1667–1670 .
08.12.2016 – 2 StR 440/16 – Arvutivõrgus: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=77130&pos=0&anz=1>.
(01.02.2017)
29.6.2016 – 2 StR 588/15 – NStZ 2016, 664, beck-online.(01.02.2017)

KASUTATUD ÕIGUSAKTID

Kasutatud Eesti õigusaktid ja seaduste eelnõude seletuskirjad

Karistusseadustik. – RT I 2001, 61, 364... RT I, 31.12.2016, 14.

Kriminaalmenetluse seadustik. – RT I 2003, 27, 166... RT I, 31.12.2016, 15.

Perekonnaseadus. – RT I 2010, 22, 108 ... RT I, 06.12.2014, 1.

Eelnõu 554 SE (Riigikogu XII koosseis). – Arvutivõrgus: www.riigikogu.ee (03.05.2016)

Eelnõu 640 SE seletuskiri (riigikogu XI koosseis) – Arvutivõrgus: www.riigikogu.ee. (03.05.2016)

Eelnõu. 376 SE (riigikogu XII koosseis). – Arvutivõrgus: www.riigikogu.ee. (03.05.2016)

Eelnõu 393 (Riigikogu XII koosseis) kooskõlastuste tabel. – Arvutivõrgus: www.riigikogu.ee. (04.03.2017)

Kasutatud välisriikide õigusaktid ja rahvusvahelise õiguse aktid

Criminal Act of the (South) Korea. – Arvutivõrgus:

www.google.ee/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=4&ved=0C DQQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.acrc.go.kr%2Ffile%2Ffile.do%3Fcommand%3DdownloadFile%26encodedKey%3DMTlxXzE%253D&ei=6CzrU7LVFMHh4QTbyIHADQ&usg=AFQjCNE4duux_Hs-rE4KQ4GUacPhs9a2ew&bvm=bv.72938740,d.bGE. (10.02.2017)

Criminal Code of the French Republic. – Arvutivõrgus:

www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30. (10.02.2017)

Criminal Code of the Republic of Hungary – Arvutivõrgus:

www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes. (10.02.2017)

Criminal Code of the Republic of Poland – Arvutivõrgus:

www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/10. (10.02.2017)

The Criminal Code of Finland. – Arvutivõrgus:

legislationline.org/documents/section/criminal-codes. (10.02.2017)

Swiss Criminal Code. – Arvutivõrgus: <https://www.admin.ch/ch/e/rs/311.0.en.pdf>. (10.02.2017)

Deutsche Strafgesetzbuch – Arvutivõrgus: www.gesetze-im-internet.de/stgb/. (10.02.2017)

Deutsche Strafprozeßordnung – Arvutivõrgus <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>. (10.02.2017)

Österreich Strafgesetzbuch. – Arvutivõrgus:

[www.jusline.at/Strafgesetzbuch_\(StGB\).html](http://www.jusline.at/Strafgesetzbuch_(StGB).html). (10.02.2017)

Rahvusvahelise Kriminaalkohtu Rooma statuut. – Arvutivõrgus:

<https://www.riigiteataja.ee/akt/78574>. (10.02.2017)

ELULOOKIRJELDUS

Üldandmed

Nimi: Laura Feldmanis
Sünniaeg ja -koht: 06.09, 1979 Tallinn
Kodakondsus: Eesti
Kontaktandmed: laurafe@ut.ee
Keeleoskus: eesti, inglise, saksa,

Hariduskäik

1986–1997 Tallinna Ühisgümnaasium
1997–2001 Õigusinsituut
2011 alates TÜ õigusteaduskond, doktorantuur

Töökogemus

2002 jaan–august Tartu Prokuratuur, abiprokurör
2002 sept–dets 2003 Tallinna Prokuratuur, abiprokurör
2003 dets–veebr 2004 Tallinna Prokuratuur, prokurör
2004 märts–mai 2004 Põhja Ringkonnaprokuratuur, ringkonnaprokurör
2006 märts– Riigiprokuratuur, riigiprokurör
2007 alates TÜ õigusteaduskonna ainetes karistusõigus ja kriminaalmenetlus seminaride juhendamine ja loengute pidamine

Muu teaduslik organisatsiooniline ja erialane tegevus

MTÜ Eesti Akadeemiline Õigusteadlaste Selts, liige

Publikatsioonid

- L. Feldmanis. Loobumistegu kui süüteokatse lunastus. Tingimused süüteokatsest loobumise teole. – Juridica, 2015, 7, lk 464–473.
- L. Feldmanis. Freiwilligkeit – gleichzeitig der Eckstein und der Stolperstein bei der Behandlung des Rücktritts vom Versuch : Die Bestimmung des Begriffes der Freiwilligkeit und die Abgrenzung vom misslungenen Versuch. – Juridica International, 2013, 20, lk 206–214.
- L. Feldmanis. Süüteokatsest loobumine – väljakutse karistusõigusdogmaatikale. – Juridica, 2013, 2, lk 128–138.
- L. Feldmanis. Soodustus ametialase teo eest kui pistise ja altkäemaksu koosseisuline osa.– Juridica, 2012, 1, lk 42–51.
- L. Feldmanis, Laura; T. Ploom. Rahapesu kriminaliseerimine: kelle suhtes ja millise põhjendusega? – Juridica, 2007, 3, lk 180–188.
- L. Feldmanis. Kriminaalmenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. §-d 83–90.
- E. Kergandberg ja P. Pikamäe (koost). Kriminaalmenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2012.

- L. Feldmanis; T. Ploom. Kas jõustunud kohtuotsus on JÕUSTUNUD kohtuotsus? Riigikohtu roll karistusõiguse reformi elluviimisel.– Riigikohtu lahendid Eesti õiguskorras: tähendus ja kriitika. Riigikohtu teadustööde konkursi kogumik. Tartu: Eesti Vabariigi Riigikohus, 2005, lk 60–77.
- N. Aas, L. Feldmanis, M. Hirvoja, O. Jaggo, A. Lembit. Karistusõigus: üldosa. Tallinn: Sisekaitseakadeemia, 2002.

CURRICULUM VITAE

Personal data

Name: Laura Feldmanis
DOB and place: June 9, 1979 , Tallinn
Citizenship: Estonian
Languages: Estonian ,English German
e-mail: laurafe@ut.ee

Education

1987–1997 Tallinn Joint Secondary School
1997–2001 Institute of Law (*cum laude*)
2011– Doctoral studies University of Tartu

Summary of work experience:

2002 Jan – Aug Tartu Prosecutors' Office, assistant prosecutor
(general crimes)
2002 Sept – 2003 Dec Tallinn Prosecutors' Office, assistant prosecutor
(corruption and economic crimes)
2003 Dec – 2004 Feb Tallinn Prosecutors' Office, prosecutor
2004 March – 2004 May Northern Circuit Prosecutors' Office, circuit
prosecutor (corruption and economic crimes)
2004 May – 2006 March Northern Circuit Prosecutors' Office, specialized
prosecutor (corruption, money laundering)
2006 March– State Prosecutors' Office, state prosecutor.
2007– I have held lectures since 2007 at the University of
Tartu on the following topics since : *criminal
procedure and penal code*

Other Scientific Activities

Legal Academic Society, member

Publications

- L. Feldmanis. Loobumistegu kui süüteokatse lunastus. Tingimused süüteokatsest loobumise teole. – Juridica, 2015, 7, p 464–473.
- L. Feldmanis. Freiwilligkeit – gleichzeitig der Eckstein und der Stolperstein bei der Behandlung des Rücktritts vom Versuch: Die Bestimmung des Begriffes der Freiwilligkeit und die Abgrenzung vom misslungenen Versuch. – Juridica International, 2013, 20, p 206–214.
- L. Feldmanis. Süüteokatsest loobumine – väljakutse karistusõigusdogmaatikale. – Juridica, 2013, 2, p 128–138.
- L. Feldmanis. Soodustus ametialase teo eest kui pistise ja altkäemaksu koosseisuline osa. – Juridica, 2012, 1, p 42–51.

- L. Feldmanis, T. Ploom. Rahapesu kriminaliseerimine: kelle suhtes ja millise põhjendusega? – Juridica, 2007, 3, p180–188.
- L. Feldmanis. Kriminaalmenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. §-d 83–90.
- E. Kergandberg ja P. Pikamäe (koost). Kriminaalmenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2012.
- L. Feldmanis; T. Ploom. Kas jõustunud kohtuotsus on JÕUSTUNUD kohtuotsus? Riigikohtu roll karistusõiguse reformi elluviimisel.– Riigikohtu lahendid Eesti õiguskorras: tähendus ja kriitika. Riigikohtu teadustööde konkursi kogumik. Tartu: Eesti Vabariigi Riigikohus 2005, p60–77.
- N. Aas, L. Feldmanis, M. Hirvoja, O. Jaggo, A. Lembit. Karistusõigus. Üldosa. Tallinn: Sisekaitseakadeemia 2002.

DISSERTATIONES IURIDICAE UNIVERSITATIS TARTUENSIS

1. **Херберт Линдмяз.** Управление проведением судебных экспертиз и его эффективность в уголовном судопроизводстве. Tartu, 1991.
2. **Peep Pruks.** Strafprozesse: Wissenschaftliche "Lügendetektion". (Instrumentaldiagnostik der emotionalen Spannung und ihre Anwendungsmöglichkeiten in Strafprozess). Tartu, 1991.
3. **Marju Luts.** Juhuslik ja isamaaline: F. G. v. Bunge provintsiaalõigusteadus. Tartu, 2000.
4. **Gaabriel Tavits.** Tööõiguse rakendusala määratlemine töötaja, tööandja ja töölepingu mõistete abil. Tartu, 2001.
5. **Merle Muda.** Töötajate õiguste kaitse tööandja tegevuse ümberkorraldamisel. Tartu, 2001.
6. **Margus Kingisepp.** Kahjuhüvitis postmodernses deliktiõiguses. Tartu, 2002.
7. **Vallo Olle.** Kohaliku omavalitsuse teostamine vahetu demokraatia vormis: kohalik rahvaalgatus ja rahvahääletus. Tartu, 2002.
8. **Irene Kull.** Hea usu põhimõtte kaasaegses lepinguõiguses. Tartu, 2002.
9. **Jüri Saar.** Õigusvastane käitumine alaealisena ja kriminaalsed karjäärid (Eesti 1985–1999 longituuduurimuse andmetel). Tartu, 2003.
10. **Julia Laffranque.** Kohtuniku eriarvamus. Selle võimalikkus ja vajalikkus Eesti Vabariigi Riigikohtus ja Euroopa Kohtus. Tartu, 2003.
11. **Hannes Veinla.** Ettevaatusprintsip keskkonnaõiguses. Tartu, 2004.
12. **Kalev Saare.** Eraõigusliku juriidilise isiku õigussubjektsuse piiritlemine. Tartu, 2004.
13. **Meris Sillaots.** Kokkuleppemenetlus kriminaalmenetluses. Tartu, 2004.
14. **Mario Rosentau.** Õiguse olemus: sotsiaalse käitumise funktsionaalne programm. Tartu, 2004.
15. **Ants Nõmper.** Open consent – a new form of informed consent for population genetic databases. Tartu, 2005.
16. **Janno Lahe.** Süü deliktiõiguses. Tartu, 2005.
17. **Priit Pikamäe.** Tahtluse struktuur. Tahtlus kui koosseisupäraste asjaolude teadmine. Tartu, 2006.
18. **Ivo Pilving.** Haldusakti siduvus. Uurimus kehtiva haldusakti õiguslikust tähendusest rõhuasetusega avalik-õiguslikel lubadel. Tartu, 2006.
19. **Karin Sein.** Ettenähtavus ja rikutud kohustuse eesmärk kui lepingulise kahjuhüvitise piiramise alused. Tartu, 2007.
20. **Mart Susi.** Õigus tõhusale menetlusele enda kaitseks – Euroopa Inimõiguste ja Põhivabaduste Kaitse Konventsiooni artikkel 13 Euroopa Inimõiguste Kohtu dünaamilises käsitluses. Tartu, 2008.
21. **Carri Ginter.** Application of principles of European Law in the supreme court of Estonia. Tartu, 2008.
22. **Villu Kõve.** Varaliste tehingute süsteem Eestis. Tartu, 2009.

23. **Katri Paas.** *Implications of Smallness of an Economy on Merger Control.* Tartu, 2009.
24. **Anneli Alekand.** Proportsionaalsuse printsiip põhiõiguste riive mõõdupuuna täitemenetluses. Tartu, 2009.
25. **Aleksei Kelli.** Developments of the Estonian Intellectual Property System to Meet the Challenges of the Knowledge-based Economy. Tartu, 2009.
26. **Merike Ristikivi.** Latin terms in the Estonian legal language: form, meaning and influences. Tartu, 2009.
27. **Mari Ann Simovart.** Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Tartu, 2010.
28. **Priidu Pärna.** Korteriomani ke ühisus: piiritlemine, õigusvõime, vastutus. Tartu, 2010.
29. **René Värk.** Riikide enesekaitse ja kollektiivse julgeolekusüsteemi võimalikkusest mitteriiklike terroristlike rühmituste kontekstis. Tartu, 2011.
30. **Paavo Randma.** Organisatsiooniline teovalitsemine – *täideviija täideviija* taga kontseptsioon teoorias ja selle rakendamine praktikas. Tartu, 2011.
31. **Urmas Volens.** Usaldusvastutus kui iseseisev vastutussüsteem ja selle avaldumisvormid. Tartu, 2011.
32. **Margit Vutt.** Aktsionäri derivatiivnõue kui õiguskaitsevahend ja ühingujuhtimise abinõu. Tartu, 2011.
33. **Hesi Siimets-Gross.** Das „Liv-, Est- und Curlaendische Privatrecht“ (1864/65) und das römische Recht im Baltikum. Tartu, 2011.
34. **Andres Vutt.** Legal capital rules as a measure for creditor and shareholder protection. Tartu, 2011.
35. **Eneken Tikk.** Comprehensive legal approach to cyber security. Tartu, 2011.
36. **Silvia Kaugia.** Õigusteadvuse olemus ja arengudeterminandid. Tartu, 2011.
37. **Kadri Siibak.** Pangandussüsteemi usaldusväarsuse tagamine ja teabekohustuste määratlemine finantsteenuste lepingutes. Tartu, 2011.
38. **Signe Viimsalu.** The meaning and functioning of secondary insolvency proceedings. Tartu, 2011.
39. **Ingrid Ulst.** Balancing the rights of consumers and service providers in electronic retail lending in Estonia. Tartu, 2011.
40. **Priit Manavald.** Maksejõuetusõigusliku regulatsiooni valikuvõimaluste majanduslik põhjendamine. Tartu, 2011, 193 lk.
41. **Anneli Soo.** Remedies against ineffectiveness of defense counsel. Judicial supervision over the performance of defense counsel in Estonian criminal proceedings. Tartu, 2011, 282 p.
42. **Arnold Sinisalu.** Mõjutustegevuse piirid rahvusvahelises õiguses. Tartu, 2012, 277 lk.
43. **Kaspar Lind.** Käibemaksupettused ja nende tõkestamine. Tartu, 2012, 155 lk.
44. **Berit Aaviksoo.** Riigi otsustusruumi ahenemine: kodakondsus nüüdisaegses Euroopas. Tartu, 2013, 368 lk.
45. **Kai Kullerkupp.** Vallasomandi üleandmine. Õigusdogmaatiline raamistik ja kujundusvõimalused. Tartu, 2013, 398 lk.

46. **Iko Nõmm.** Käibekohustuse rikkumisel põhinev deliktiõiguslik vastutus. Tartu, 2013, 212 lk.
47. **Piia Kalamees.** Hinna alandamine õiguskaitsevahendite süsteemis. Tartu, 2013, 232 lk.
48. **Irina Nossova.** Russia's international legal claims in its adjacent seas: the realm of sea as extension of Sovereignty. Tartu, 2013, 205 p.
49. **Age Värv.** Kulutuste kondiktsioon: teise isiku esemele tehtud kulutuste hüvitamine alusetu rikastumise õiguses. Tartu, 2013, 273 lk.
50. **Elise Vasamäe.** Autoriõiguste ja autoriõigusega kaasnevate õiguste jätkusuutlik kollektiivne teostamine. Tartu, 2014, 308 lk.
51. **Marko Kairjak.** Keerukuse redutseerimine Eesti õiguses karistusseadustiku § 217² objektiivse koosseisu relatiivsete õigismõistete sisustamise näitel. Tartu, 2015, 179 lk.
52. **Kadi Pärnits.** Kollektiivlepingu roll ja regulatsioon nüüdisaegsetes töösuhetes. Tartu, 2015, 179 lk.
53. **Leonid Tolstov.** Tort liability of the director to company's creditors. Tartu, 2015, 169 p.
54. **Janar Jäätma.** Ohutõrjeõigus politsei- ja korrakaitseõiguses: kooskõla põhiseadusega. Tartu, 2015, 242 lk.
55. **Katre Luhamaa.** Universal Human Rights in National Contexts: Application of International Rights of the Child in Estonia, Finland and Russia. Tartu, 2015, 217 p.
56. **Mait Laaring.** Eesti korrakaitseõigus ohuennetusõigusena. Tartu, 2015, 267 lk.
57. **Priit Kama.** Valduse ja kohtuliku registri kande publitsiteet Eesti eraõiguses. Tartu, 2016, 194 lk.
58. **Kristel Degener.** Abikaasade vara juurdekasvu tasaarvestuse varasuhe. Tartu, 2016, 242 lk.
59. **Olavi-Jüri Luik.** The application of principles of European insurance contract law to policyholders of the Baltic states: A measure for the protection of policyholders. Tartu, 2016, 228 p.
60. **Kaido Künnapas.** Maksukohustuse täitmise preventiivne tagamine enne maksukohustuse tuvastamist: ettevaatuspõhimõtte maksumenetluses. Tartu, 2016, 388 lk.
61. **Eve Fink.** Õiguspärase ootuse kaitse põhimõtte eeldused ja piirid Euroopa liidu õiguses. Tartu, 2016, 245 lk.
62. **Arsi Pavelts.** Kahju hüvitamise nõue täitmise asemel ostja õiguste näitel. Tartu, 2017, 414 lk.
63. **Anna-Maria Osula.** Remote search and seizure of extraterritorial data. Tartu, 2017, 219 p.
64. **Alexander Lott.** The Estonian straits. Exceptions to the strait regime of innocent or transit passage. Tartu, 2017, 259 p.
65. **Dina Sõritsa.** The Health-care Provider's Civil Liability in Cases of Prenatal Damages. Tartu, 2017, 152 p.

66. **Einar Vene.** Ajaline faktor halduskohtumenetluses tühistamis- ja kohustamiskaebuse lahendamist ning rahuldamist mõjutava tegurina. Tartu, 2017, 294 p.