

§ 10: Der subjektive Unrechtstatbestand (Teil 1)

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- a) Handlung
- b) Ggf. Erfolg
- c) Kausalität und objektive Zurechnung

2. Subjektiver Tatbestand

→ a) Vorsatz

- b) Besondere subjektive Merkmale

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

I. Grundlagen und Erscheinungsformen des Vorsatzes

Vorsatz ist als subjektive Komponente der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände (BGHSt 19, 295, 298; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 313; *Rengier* AT § 14 Rn. 5).



Kurzformel: Vorsatz = Wissen + Wollen der Tatbestandsverwirklichung.


Nach der Willensbeziehung des Täters zur Tatbestandsverwirklichung können drei Vorsatzformen unterschieden werden:

- Absicht (*dolus directus* 1. Grades)
- direkter Vorsatz (*dolus directus* 2. Grades)
- bedingter Vorsatz (*dolus eventualis*)

Soweit sich aus der gesetzlichen Beschreibung eines Delikts nichts anderes ergibt, muss der Täter zur Verwirklichung des Tatbestands gem. § 15 StGB vorsätzlich handeln. Bei Falllösungen ist es daher grundsätzlich nicht notwendig, sich auf eine verwirklichte Vorsatzform festzulegen (*Frister* AT Kap. 11 Rn. 17). Gleichwohl ist es ratsam, bei eindeutigem Vorliegen von Absicht oder direktem Vorsatz die konkrete Vorsatzform zu nennen. Im Übrigen genügt es festzustellen, dass jedenfalls bedingter Vorsatz vorliegt. Von der Feststellung der konkreten Vorsatzform kann aber dann nicht abgesehen werden, wenn der Tatbestand eine bestimmte Vorsatzform voraussetzt (siehe hier sogleich KK 195 f.).

1. Absicht (dolus directus 1. Grades)

Absicht ist ein zielgerichteter Erfolgswille.

 Er ist gegeben, wenn es dem Täter gerade darauf ankommt, den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs herbeizuführen oder den Umstand zu verwirklichen, für den das Gesetz absichtliches Handeln voraussetzt (BGHSt 16, 1; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 325; *Rengier* AT § 14 Rn. 7).

Bsp.: *A behauptet gegenüber der Versicherung wahrheitswidrig, seine Scheune sei abgebrannt, um an die Versicherungssumme zu gelangen* – Bereicherungsabsicht i.S.d. § 263 I StGB?

Der zielgerichtete Erfolgswille kann, muss aber nicht zugleich auch Beweggrund des Täters zur Tat sein.

Bsp.: *A behauptet aus Furcht, sonst als „armer Schlucker“ dazustehen (Motiv), gegenüber der Versicherung, seine Scheune sei abgebrannt, um an die Versicherungssumme zu gelangen (Absicht)*.

Der angestrebte Erfolg muss nicht notwendig das Endziel des Täters sein, sondern er kann sich auch als Zwischenziel auf dem Weg dorthin darstellen.

Bsp.: *A zündet seine Scheune an, um an die Versicherungssumme zu gelangen.* – Auch das In-Brand-Setzen der Scheune ist als notwendiges Zwischenziel der Auszahlung beabsichtigt.

Dagegen sind zwar sichere, aber nicht bezweckte Nebenfolgen der Handlung nicht Gegenstand der Absicht.

Bsp.: *A zündet im Wissen, dass sich darin der B befindet, seine Scheune an, um an die Versicherungssumme zu gelangen.* – Hinsichtlich der Gefährdung/Verletzung des B handelt A nicht absichtlich.

Beachte: „Absicht“ oder ähnliche Wendungen im Gesetz („um ... zu“) sind nicht stets im gleichen Sinne zu verstehen. Die rechtliche Bedeutung dieser Begriffe kann nach Sinn und Zweck der jeweiligen Strafnorm verschieden sein. So ist „Absicht“ in z.B. §§ 164, 274 StGB nicht im technischen Sinne (also nicht i.S.v. *dolus directus* 1. Grades) zu verstehen.

In manchen Tatbeständen ist die „Absicht“ notwendig, damit die Handlung, die objektiv ein Rechtsgut verletzt, als strafwürdig erachtet wird. Beispielsweise ist die bloße täuschungsbedingte Schädigung von Vermögen nicht als Betrug gem. § 263 I StGB strafbar. Erst durch das Hinzutreten einer bestimmten negativen Zielsetzung des Täters, nämlich der Absicht rechtswidriger Bereicherung, ist das rechtsgutsschädigende Verhalten unter Strafe gestellt. Für die Begründung der Strafbarkeit ist in diesen Fällen also zielgerichtetes Handeln erforderlich; weitere Bsp.: §§ 253, 259, 242 StGB.

In anderen Tatbeständen wird die Strafbarkeit vorverlagert und ein Verhalten pönalisiert, das noch kein Rechtsgut verletzt hat. Hier soll die „Absicht“ den subjektiven Zusammenhang zur Rechtsgutsverletzung herstellen. In diesen Fällen reicht wissentliches Handeln aus. Bsp.: §§ 164, 267 I, 274 I, 288 I StGB.

Als Faustregel kann man sich daher merken:

- Zielgerichtetes Handeln ist erforderlich, wenn es um eine für den Täter günstige Position geht, z.B. §§ 242, 263 StGB.
- Direkter Vorsatz genügt, wenn es um eine für einen Dritten ungünstige Position geht, z.B. § 274 StGB.

2. Direkter Vorsatz (*dolus directus* 2. Grades)



Direkter Vorsatz ist gegeben, wenn der Täter weiß oder als sicher erkennt, dass sein Handeln zur Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestands führt (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 330; *Rengier* AT § 14 Rn. 9).

Bsp.: *A zündet im Wissen, dass sich darin der B befindet und in den Flammen zu Tode kommen wird, seine Scheune an, um an die Versicherungssumme zu gelangen.* – Hinsichtlich der Tötung des B handelt A mit dem sicheren Wissen der Tatbestandverwirklichung des § 212 StGB.

Dem direkten Vorsatz des Täters steht es nicht entgegen, wenn dem Täter der Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs an sich unerwünscht ist; ausreichend ist, dass der Täter den tatbestandlichen Erfolg als notwendige Folge seines Handelns erkennt.

Bsp.: *A zündet im Wissen, dass sich darin der B befindet und in den Flammen zu Tode kommen wird, seine Scheune an. Obwohl er mit B gut befreundet ist und seinen Tod nicht will, handelt er plangemäß, um an die Versicherungssumme zu gelangen.* – Hinsichtlich der Tötung des B handelt A mit dem sicheren Wissen der Tatbestandverwirklichung des § 212 StGB.

Das Gesetz setzt diese Vorsatzform durch Formulierungen wie „wissentlich“ (§ 258 StGB) oder „wider besseren Wissens“ (§§ 164, 187 StGB) voraus.

→ Einen erweiterten Überblick über die Anforderungen an den Vorsatz bietet auch das Problemfeld *dolus directus*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/tb/vorsatz/directus/>

3. Bedingter Vorsatz (*dolus eventualis*)

Der bedingte Vorsatz, auch Eventualvorsatz, ist die schwächste Vorsatzform. Er kommt in Betracht, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung weder anstrebt noch für sicher hält, also er nicht mit *dolus directus* 1. oder 2. Grades agierte.

Der bedingte Vorsatz genügt prinzipiell immer dann, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich eine qualifizierte Vorsatzform (*dolus directus* 1. oder 2. Grades) verlangt.

Beispiele, bei denen das Vorliegen bedingten Vorsatzes diskutiert wurde:

Lacmann'scher Schießbudenfall (Lacmann ZStW 31 [1911], 142, 159): A wettet mit einem Jahrmarktbesucher um eine Geldsumme, dass er die Glaskugel in der erhobenen Hand des Schießbudenfräuleins treffen wird, ohne diese zu verletzen; der Schuss trifft die Hand des Mädchens. § 223 StGB?

Lederriemenfall (BGHSt 7, 363): A und B benutzen für einen Raubüberfall einen Lederriemen, mit dem sie das Opfer bis zur Bewusstlosigkeit würgen, aber nicht töten wollen. Obwohl sie erkennen, dass dies zum Tod führen kann, setzen sie das Würgen fort, bis O von ihnen unbemerkt stirbt. § 212 StGB?

HIV-Fall (BGHSt 36, 1): In Kenntnis seiner Erkrankung und des Ansteckungsrisikos übt der mit dem humanen Immunschwäche-Virus (HIV) infizierte A mit der ahnungslosen B ungeschützten Geschlechtsverkehr aus; B infiziert sich nicht. §§ 223, 22 StGB?

Tritt gegen den Kopf (BGH NStZ-RR 2013, 169): A war in eine Schlägerei verwickelt. Er sah einen Angehörigen der gegnerischen Gang betrunken auf dem Boden liegen, woraufhin er ihn spontan mit voller

Wucht auf den Kopf trat. Dieser fing an, aus dem Ohr zu bluten, weshalb A erschrocken innehielt, bevor er flüchtete. §§ 212, 22 StGB?


Steinwürfe von Autobahn-Brücke (nach BGH NStZ-RR 2010, 373): A und B warfen nachts bis zu 58 kg schwere Steine von einer Brücke auf die Fahrbahn der Autobahn. Beim Überfahren der Steine wurden drei Autos erheblich beschädigt, aber niemand wurde verletzt. Auf Personenschäden kam es A und B nicht an. §§ 223, 224, 22 StGB?

Illegale Straßenrennen (Mordprozess gegen „Ku'damm-Raser“ vor dem LG Berlin [NStZ 2017, 471] und dem BGH [NJW 2018, 1621; NJW 2020, 2900]): A und B liefern sich ein illegales Autorennen auf dem Berliner Kurfürstendamm. Bei einer Geschwindigkeit von 170 km/h überfahren sie mehrere rote Ampeln. Personen sollen dabei nicht zu Schaden kommen. An einer Kreuzung übersieht A jedoch den PKW des Unbeteiligten C. Beim Zusammenstoß stirbt C. §§ 212, 211 StGB oder § 222 StGB?

Durchbrechen von Polizeisperren (nach Krey/Esser AT Rn. 399): A entzieht sich einer Verkehrskontrolle dadurch, dass sie mit ihrem PKW auf die Polizeibeamtin P, die auf der Fahrbahn Haltezeichen gibt, zufährt und sie zum Beiseitespringen zwingt. P kann sich gerade noch retten. A hatte die Gefährdung der P an Gesundheit und Leben erkannt, aber ernsthaft darauf vertraut, P werde sich als sportliche, erfahrene Polizistin durch einen Sprung in Sicherheit bringen können. §§ 212, 22 StGB?

Organspendefall (BGH NJW 2017, 3249): Ein Arzt macht bei der für Spenderorganen zuständigen Stelle falsche Angaben, um die Zuteilung von Spenderorganen zugunsten seiner Patienten zu beeinflussen. In der Folge wurde ihm ein Organ zugeteilt, das er ohne die falschen Angaben nicht erhalten hätte. Der Tod eines „übergangenen“ Patienten kann nicht nachgewiesen werden. §§ 212, 22 StGB?

In den geschilderten Fällen ist jeweils zu klären, ob der Täter die Verletzung/Tötung bedingt vorsätzlich hingenommen hat.

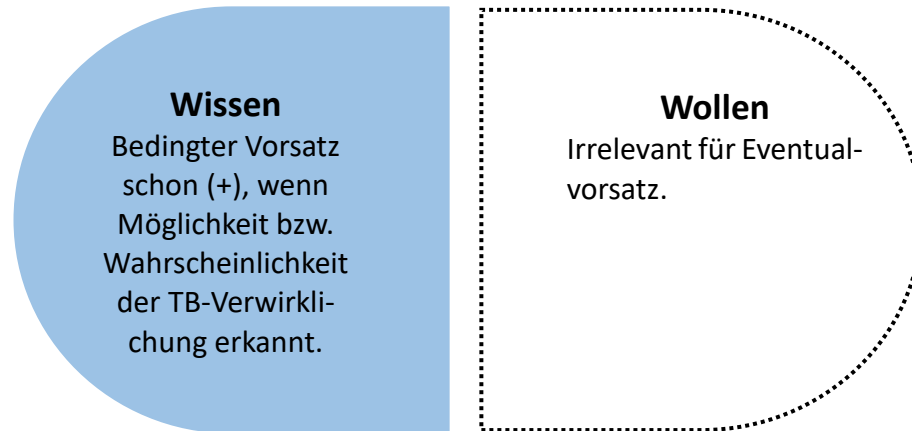
 Das ist deshalb fraglich, weil der dolus eventualis im Grenzbereich zur **bewussten Fahrlässigkeit** liegt. Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit ist nämlich gemein, dass der Täter die Gefahr erkennt, aufgrund derer sein Verhalten den jeweiligen gesetzlichen Tatbestand erfüllen kann.

Es fragt sich somit, wie dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit voneinander abzugrenzen sind. Das ist eines der meistdiskutierten Probleme des Allgemeinen Teils. Nach § 15 StGB ist schließlich nur das vorsätzliche Täterhandeln strafbar. Die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ist als gesetzliche Ausnahme zum Teil im jeweiligen Tatbestand speziell festgelegt. Handelt es sich folglich um einen Tatbestand, der keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit enthält, dann entscheidet die Abgrenzung über Strafbarkeit oder Nicht-Strafbarkeit. Da das deutsche Recht keine Legaldefinition des dolus eventualis und der bewussten Fahrlässigkeit enthält, überlässt es die Bestimmung Lehre und Rechtsprechung. Allerdings würde wohl auch eine gesetzliche Definition das Problem kaum entschärfen.

a) Lösungsansätze mit dem Schwerpunkt auf dem intellektuellen Vorsatz-Element

Eine Strömung beurteilt die Abgrenzung vorwiegend unter Bezugnahme auf das Wissens-Element des Vorsatzes und verzichtet auf die voluntative Komponente.

Übersicht: Theorien mit Betonung des intellektuellen Vorsatz-Elements



aa) Möglichkeitstheorie (*Kindhäuser/Zimmermann* AT § 14 Rn. 16, 27)

Dolus eventualis liegt vor, wenn der Täter die konkrete Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkannt und dennoch gehandelt hat.

- Lässt für Fälle bewusster Fahrlässigkeit keinen Raum und dehnt den Eventualvorsatz damit zu weit auf Fälle bewusster Fahrlässigkeit aus.
- Verkennt die Bedeutung des – sonst weitgehend unstrittigen (kritisch aber NK/*Puppe* § 15 Rn 14 ff., zusammenfassend Rn. 43 f.) – voluntativen Vorsatzelements, das aufgegeben wird.
- Aufgabe dieses Elements bei der Abgrenzungsfrage besonders misslich, da die Gemeinsamkeit von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit gerade darin liegt, dass der Täter die Gefahr der Tatbestandsverwirklichung erkennt, d.h. also gerade in der Wissens-Komponente des Vorsatzes.

bb) Wahrscheinlichkeitstheorie (*H. Mayer* AT 1967 S. 121)

Dolus eventualis liegt vor, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung für wahrscheinlich, d.h. mehr als möglich, aber weniger als überwiegend wahrscheinlich, hält.

- Keine klare Grenzziehung möglich, wann der Täter etwas als wahrscheinlich bezeichnet hat.
- Verkennt die Bedeutung des voluntativen Vorsatzelements (s.o.).
- Gemeinsamkeit von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit gerade im kognitiven Vorsatzelement, weshalb die Abgrenzung an diesem nicht festgemacht werden kann (s.o.).

b) Lösungsansätze mit dem Schwerpunkt auf dem voluntativen Vorsatz-Element

Andere beziehen das voluntative Vorsatzelement mit ein und sehen das entscheidende Differenzierungspotential gerade in dieser Komponente.

Übersicht: Theorien mit Betonung (auch) des voluntativen Vorsatz-Elements

Wissen


Mindestvoraussetzung
des Eventualvorsatzes:
Erkennen der Möglich-
keit der TB-Verwirkli-
chung

Wollen

Darüber hinaus ist vo-
luntativ aber erforder-
lich:


- Billigung
- Gleichgültigkeit
- Abfinden

aa) Billigungstheorie (h.M., RGSt 76, 115; BGHSt 36, 1; Fischer StGB § 15 Rn. 12)

 Dolus eventualis liegt vor, wenn der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs als möglich und nicht ganz fernliegend erkannt und ihn billigend in Kauf genommen hat.

Dabei meint „billigen“ nicht etwa „gutheißen“ oder „für angebracht halten“, sondern ist im Rechtssinne zu verstehen: Danach billigt der Täter auch einen an sich unerwünschten Erfolg, wenn er sich mit ihm um eines erstrebten Zieles willen abfindet oder er die mögliche Folge hinzunehmen bereit ist (vgl. BGH NJW 2020, 2900 [2902]). Erst recht kann dann auch bei Gleichgültigkeit gegenüber der Erfolgsherbeiführung auf eine Billigung geschlossen werden.

Neben der Umschreibung „billigend in Kauf nehmen“ verwendet die Rspr. gelegentlich die Formel, dass der Täter mit der Tatbestandsverwirklichung einverstanden sein müsse (BGH GA 1979, 106). Der Begriff des Einverständenseins ist gegenüber dem des Billigens, der ein deutlicheres Werturteil enthält, vorzuziehen.

 „Nur“ bewusste Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten (BGH NJW 2020, 2900 [2902]). Dieses Vertrauen darf aber nicht auf bloßen Hoffnungen beruhen, sondern muss tatsachenbasiert sein (BGH BeckRS 2021, 5149).

bb) Gleichgültigkeitstheorie (Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Schuster § 15 Rn. 82, 84)

Dolus eventualis liegt vor, wenn der Täter die von ihm für möglich gehaltene Tatbestandsverwirklichung aus Gleichgültigkeit gegenüber dem geschützten Rechtsgut in Kauf genommen hat.

- Macht die innere Einstellung gegenüber dem geschützten Rechtsgut zum entscheidenden Abgrenzungskriterium und führt insoweit zu einem Gesinnungsstrafrecht.

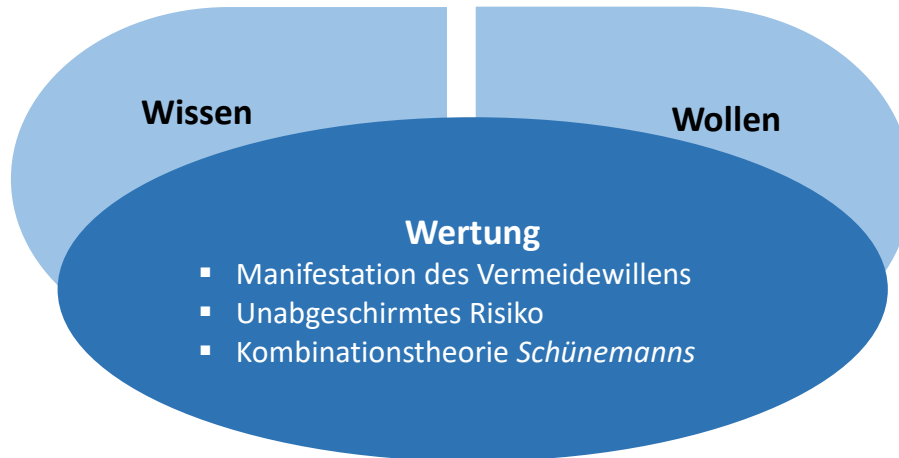
cc) Ernstnahmetheorie (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 337 ff.; *Roxin/Greco* AT I § 12 Rn. 27)

Dolus eventualis liegt vor, wenn der Täter mit der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung ernstlich rechnet, um des erstrebten Zieles willen aber trotzdem weiterhandelt und sich dadurch mit einer eventuellen Tatbestandsverwirklichung – sei es auch nur wohl oder übel – abfindet. Diese Theorie deckt sich regelmäßig mit der Billigungstheorie, da auch dort das Billigen nicht als „Gutheißen“, sondern mehr als „Abfinden“ verstanden wird (so auch *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 341; vgl. *Roxin/Greco* AT I § 12 Rn. 27).

c) Normative Risikotheorien

Schließlich gibt es eine Gruppe von Ansätzen, die das Problem mit einer wertenden Betrachtungsweise zu lösen versuchen.

Übersicht: Normative Risikotheorien



aa) Theorie der Manifestation des Vermeidewillens (Kaufmann ZStW 70 [1958], 64)

Dolus eventualis liegt vor, wenn der Wille des Täters auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtet war. Dagegen liegt lediglich bewusste Fahrlässigkeit vor, wenn der Täter Gegenfaktoren einsetzt, mit deren Hilfe er den Ablauf so zu steuern versucht, dass es nicht zur Tatbestandsverwirklichung kommt.

- Grenzt die „inneren“ Kategorien Vorsatz – Fahrlässigkeit verfehlt über das äußere Erscheinungsbild der Tat ab.
- + Letztlich geht es nicht (nur) um das Innenleben des Täters, sondern um eine normative Zurechnung. Insbesondere wenn der Täter in einem Strafverfahren von seinem Schweigerecht Gebrauch macht, besteht auf seine psychische Konstitution ohnehin kein Zugriff. Es wird daher zumeist nur aus äußeren Gegebenheiten wertend auf den Vorsatz „geschlossen“ (nach dem Muster: „Wer sich auf die Weise X verhält, muss damit rechnen, dass Y passiert.“).
- Auch wer keine Gegenfaktoren zur Erfolgsabwendung setzt, kann auf einen guten Ausgang vertrauen.

bb) Normative Risikotheorie

Dolus eventualis liegt vor, wenn sich der Täter bewusst für ein Verhalten entschieden hat, das mit einer in der Rechtsordnung geltenden Risikomaxime unverträglich ist:

- *Herzberg JuS 1986, 249 ff.*: Entscheidend für die objektive Zurechnung ist die (Un-)Abgeschirmtheit des vom Täter gesetzten Risikos.
 - Auf Körperverletzungs- und Tötungsdelikte zugeschnitten.

- Verlagerung des Problems in den objektiven Tatbestand.
- Auch wer keine Gegenfaktoren zur Erfolgsabwendung setzt, kann auf guten Ausgang vertrauen.
- *Frisch* Vorsatz und Risiko (1983): Entscheidend ist die (Un-)Kenntnis des unerlaubten Risikos.
 - Verlagerung des Problems in den objektiven Tatbestand: Die entscheidende Weichenstellung für den Vorsatz wird bei der Bestimmung des unerlaubten Risikos vorgenommen; im subjektiven Tatbestand ist nur noch zu klären, ob der Täter einem Irrtum erlegen ist (vgl. *Geppert* Jura 1986, 610 [612]).
 - Im Ergebnis liefert die Theorie trotz der neuen Formulierung des Vorsatzes in zentralen Punkten kein abweichendes Ergebnis (dazu *Roxin/Greco* AT I § 12 Rn. 60 f.).

cc) Kombinationstheorie Schünemanns (*Schünemann* GA 1985, 364)

Maßgeblich ist eine Synthese aus normativer Risikotheorie und Möglichkeitstheorie: Löst der Täter bewusst ein nicht mehr tolerables Risiko aus, steuert er das Geschehen sehenden Auges gegen das Rechtsgut, woran auch eine emotionale Distanzierung durch die Hoffnung, es werde schon gut gehen, nichts ändert. Somit ist das Wissen um die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung ausreichend. Der an der Möglichkeitstheorie kritisierten Ausdehnung der Strafbarkeit wird durch eine Korrektur auf Ebene der Vorsatzschuld begegnet.

d) Klausurtyp zur Behandlung des bedingten Vorsatzes

In einer Klausur ist die Erwähnung aller hier aufgeführten Ansichten kaum erforderlich, zumal eine solche ausführliche Behandlung zeitlich unmöglich ist. Eingehendere Ausführungen zum bedingten Vorsatz sind nur dann nötig, wenn der Sachverhalt nicht erwähnt, dass der Täter den Erfolg „billigend in Kauf genommen“ oder „auf einen guten Ausgang gehofft“ hat – ist dies der Fall, so reicht der Verweis auf die Billigungstheorie und es kann im ersten Fall bedingter Vorsatz, im zweiten bewusste Fahrlässigkeit angenommen werden (zu Beispielen einer Klausurformulierung siehe *Jäger Examens-Repetitorium AT Rn. 83 f.*; *Joecks/Jäger § 15 Rn. 25 f.*).

e) Indizien zur Ermittlung des voluntativen Vorsatz-Elements

Die bisherigen Ausführungen beschreiben die rechtlichen Anforderungen an dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit. Oft ist allerdings schon unklar, was der Täter überhaupt tatsächlich gedacht und gewollt hat; schließlich kann man nicht in seinen Kopf hineinsehen. In solchen Fällen muss erst einmal ermittelt werden, mit welcher Einstellung der Täter gehandelt hat. Erst in einem zweiten Schritt kann das gefundene Ergebnis dann an den rechtlichen Anforderungen gemessen werden.

Für die Frage, ob der Täter den tatbestandlichen Erfolg gebilligt hat bzw. mit diesem einverstanden war (wie es nach der herrschenden Billigungstheorie erforderlich ist), benennt die Rechtsprechung einige Indizien:

- Der BGH stellt auf die Gefährlichkeit der Tathandlung ab: Je riskanter die Tathandlung ist und je eher der Täter diese Gefahr erkannt hat und trotzdem sein gefährliches Handeln fortsetzt, desto eher ist

von einem billigenden In-Kauf-Nehmen des Erfolgs auszugehen (BGH NStZ 2016, 341, 342; NStZ 2020, 349, 350).

- Da gegenüber der Tötung eines Menschen eine höhere Hemmschwelle besteht als gegenüber dessen Gefährdung/Verletzung, kann es auch so liegen, dass der Täter den Tod als möglich vorausgesehen und dennoch ernsthaft, nicht nur vage, auf dessen Ausbleiben vertraut hat (BGH NStZ 1983, 47).

Zu beachten ist, dass diese Hemmschwellen-Theorie (kritisch dazu NK/*Puppe* § 15 Rn. 90 ff.) zwar ein Indiz, aber kein zwingender Beweisgrund für den Tötungsvorsatz darstellt. Die Feststellung des Vorsatzes bleibt eine Gesamtwürdigung aller Umstände (BGH NJW 2012, 1524, 1526 f.). Zudem zeigt gerade der HIV-Fall, dass ein Handlungsentschluss ggf. zu mehreren Tatfolgen führen kann, ohne dass einem mehrere Hemmschwellen zur Verfügung stehen. Wer sich im infizierten Zustand entschließt, den Geschlechtsverkehr auszuüben, überschreitet genau eine Schwelle (*Roxin/Greco* AT I § 12 Rn. 84, ausführlich zum HIV-Fall auch unten KK 211).

In Fällen des Unterlassens besteht „generell keine psychologisch vergleichbare Hemmschwelle vor einem Tötungsvorsatz“ (BGH NJW 1992, 583).

Die Bezeichnung als „Hemmschwellen-Theorie“ ist somit irreführend. Diese „Theorie“ liefert nämlich keine subsumtionsfähige Definition wie etwa die Billigungstheorie. Der BGH (NStZ 2018, 206) hat abermals das Folgende hervorgehoben: „Dass der Täter vor der Tötung eines Menschen hohe Hemmschwellen überwinden müsse“, entfalte „bei der Diskussion des Vorliegens eines bedingten Tötungsversuchs keine tendenziell vorsatzkritische eigenständige Bedeutung“. Eine „Hemmschwellen-Theorie“ in diesem Sinne gibt es also nicht (mehr). Aufgrund ihrer regelmäßigen Behandlung im Schrifttum,

empfiehlt sie sich als „Stichwort“ – ggf. versehen mit einer kritischen Würdigung – in der Klausur dennoch.

f) Lösung der Beispielfälle (KK 197 f.)

Im Folgenden sollen die eingangs aufgeführten Beispielfälle nach der herrschenden Billigungstheorie (s.o. KK 203) gelöst werden.

Lacmann'scher Schießbudenfall (*Lacmann* ZStW 31 [1911], 142, 159): Hier ist der Erfolg zwar mit den Zielen des A unvereinbar. Ein Billigen im Rechtssinne liegt aber auch vor, wenn der Erfolgseintritt dem Täter höchst unerwünscht ist. Dies spricht für die Annahme des Vorsatzes, und zwar auch deshalb, weil A sehenden Auges ein Risiko einging, um einen persönlichen Gewinn zu realisieren (wie *Lacmann* den Vorsatz bejahend *Puppe* ZIS 2017, 441 ff.; *Roxin/Greco* AT I § 12 Rn. 55). Dass der Plan misslingen konnte, war vom Täter eingerechnet; sein Interesse am Erfolg überstieg für ihn schlicht das Risiko eines Fehlschlags. Wer sich derart riskant verhält, kann sich nicht auf sein ernsthaftes Hoffen berufen; er muss sich so behandeln lassen, als hätte er den Erfolg gewollt). Wollte man im Ergebnis Fahrlässigkeit vertreten, so kann man darauf verweisen, dass der Täter im Fall des Fehlschlags sein Ziel gar nicht erreichen konnte und er so auch logisch nicht den Eintritt des (tatbestandlichen) Erfolgs gewollt haben kann.

Lederriemenfall (BGHSt 7, 363): A und B halten den Eintritt des Tötungserfolgs für möglich. Fraglich ist, ob sie ihn im Rechtssinne billigen, obwohl ihnen der Eintritt des Erfolgs unerwünscht ist. Für ein Billigen im Rechtssinne ist jedoch ausreichend, dass der Täter um des erstrebten Zieles willen, notfalls (d.h. sofern er

sein anderes Ziel anders nicht erreichen kann) sich auch damit abfindet, einen unerwünschten Erfolg herbeizuführen. → Vorsatz (+)

→ Eine erweiterte Besprechung der BGH-Entscheidung ist auch unter *Lederriemen-Fall – BGHSt 7, 363* in unserer Kategorie Höchstrichterliche Rechtsprechung zu finden:
<http://strafrecht-online.org/problemfelder/rspr/at/tb/vorsatz/bghst-7-363/>

HIV-Fall (BGHSt 36, 1): A hält es für möglich, dass er B anstecken könnte. Die Intensität dieses Wissenslements kann im Einzelfall ein wesentlicher Hinweis für das Billigen sein. Aufgrund einer umfassenden Belehrung des A durch einen Arzt und anderen Äußerungen des A im Prozess kann darauf geschlossen werden, dass A die Infizierung der B billigend in Kauf nahm und nicht ernsthaft darauf vertraute, eine Infizierung würde nicht eintreten. → Vorsatz (+)

Damit ist der Vorsatz bzgl. einer (ggf. gefährlichen) Körperverletzung gemeint. Der Tötungsvorsatz wurde vom BGH, wie schon vom Tatgericht, wegen der bei der Tötung vermeintlich höheren Hemmschwelle abgelehnt (zur Hemmschwelle bereits KK 209 f.). Dagegen lehnen *Roxin/Greco* (AT I § 12 Rn. 82 ff. zum HIV-Fall) bereits den Körperverletzungsvorsatz (und auch den Tötungsvorsatz) ab, da im zu entscheidenden Fall nur vage Indizien hinsichtlich des Vorsatzes zur Verurteilung geführt hätten und das Infektionsrisiko gering gewesen sei. Zudem müsse man, bejahe man den Körperverletzungsvorsatz, konsequenterweise auch den Tötungsvorsatz bejahen. Denn führe der Geschlechtsverkehr zur Infektion (und damit zur Körperverletzung), so führe diese wiederum sicher zum Tode des Infizierten (ob das heute noch immer so ist, kann aber auch bestritten werden). Damit fielen Körperverletzungs- und Tötungsvorsatz praktisch in eins. Mit dem Körperverletzungsvorsatz sei daher auch immer sogleich der Tötungsvorsatz gegeben. Der BGH verstricke sich also in einen Widerspruch.

→ Eine erweiterte Besprechung der BGH-Entscheidung ist auch unter *HIV-Fall – BGHSt 36, 1* in unserer Kategorie Höchstrichterliche Rechtsprechung zu finden:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/rspr/at/tb/vorsatz/bghst-36-1/>

Tritt gegen den Kopf (BGH NStZ-RR 2013, 169): Bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen liegt es nahe, dass der Täter zumindest mit bedingtem Tötungsvorsatz handelte. „Trotz dieses gewichtigen Beweisanzeichens ist aber in einer Gesamtschau auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass der Täter die Gefahr der Tötung nicht erkannt oder jedenfalls darauf vertraut hat, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten.“ Vorliegend handelte A aus einem dynamischen Kampfgeschehen heraus. Auch sein Nachtatverhalten lässt darauf schließen, dass er einen Tötungserfolg nicht billigte. → Vorsatz (-)

Steinwürfe von Autobahn-Brücke (nach BGH NStZ-RR 2010, 373): Die Platzierung von bis zu 58 kg schweren Steinen auf der Autobahn war extrem gefährlich, denn mögliche Unfallfolgen sind nicht abschätzbar. Zudem folgte aus den konkreten Umständen (Tat war geplant, Steine wurden extra mit einem Auto auf die Brücke gebracht, um sie herunterzuwerfen) die Vermutung, dass A und B den Körperverletzungserfolg für möglich hielten und billigend in Kauf nahmen. → Vorsatz (+)

Illegale Straßenrennen: Ob A und B im „Ku’damm-Raserfall“ mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt haben, beschäftigte das LG Berlin und den BGH in den letzten Jahren mehrfach.

– Das LG Berlin (NStZ 2017, 471) bejahte zunächst einen bedingten Vorsatz von A und B im Zeitpunkt des Befahrens der Kreuzung, auf der sich der Unfall ereignete. Die Täter würden den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich ansehen (Wissenselement). Denn die Gefährlichkeit der Tathandlung war geeignet, jedem Verkehrsteilnehmer deutlich vor Augen zu führen, dass ein solches Verhalten töd-

liche Folgen haben könnte. A und B hatten sich nach Ansicht des LG zudem mit der tödlichen Tatbestandsverwirklichung abgefunden (Wollenselement). Demnach lagen die Voraussetzungen eines bedingten Vorsatzes vor.

- Der BGH (NJW 2018, 1621) hob als Revisionsinstanz das Urteil auf. Gem. § 16 I 1 StGB muss der (bedingte) Vorsatz der Täter bei Begehung der Tat, d.h. bei Vornahme der zum Erfolg führenden Handlung, vorliegen. An dieser Gleichzeitigkeit fehle es bei den Ausführungen des LG. Das LG habe nämlich in seinem Urteil festgestellt, dass die Täter im Zeitpunkt des Befahrens der Kreuzung bedingt vorsätzlich handelten. Folglich müsste die zum Erfolg führende Handlung ebenfalls im Befahren der Kreuzung zu sehen sein. Diesbezüglich stellte das LG aber fest, dass zu diesem Zeitpunkt ein Reagieren und mithin ein Handeln der Täter gar nicht mehr möglich war. Das Befahren der Kreuzung könne daher nicht die zum Erfolg führende Handlung darstellen, diese müsse zeitlich davor liegen (zum dolus subsequens sogleich KK 220). Ausführungen, ob die Täter auch zu einem früheren Zeitpunkt bereits bedingt vorsätzlich handelten, machte das LG jedoch keine. Mithin fehlte es nach Ansicht des BGH an der von § 16 I StGB geforderten Gleichzeitigkeit von Vorsatz und Begehung der Tat. Darüber hinaus hätten die Richter am LG Berlin nicht alle Umstände, die gegen die Annahme des Wollenselementes des bedingten Vorsatzes sprechen, berücksichtigt. Dazu zähle beispielsweise, dass eine erkannte Eigengefährdung der Raser dafür sprechen könnte, dass diese auf einen positiven Ausgang vertrauten (diese Überlegung findet sich erneut in BGH BeckRS 2021, 2968).
- In der Folge verhandelte eine andere Kammer des LG Berlin den Fall erneut. Sie verurteilte die Angeklagten wiederum wegen Mordes. A und B hätten bereits vor Befahren der Kreuzung einen bedingten Vorsatz gefasst und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Autos noch hätten stoppen können.

Damit liege kein *dolus subsequens* vor. Die Eigengefährdung hätten A und B wegen des Kicks durch das Rennen ausgeblendet. Dafür spreche auch, dass die Autos gut geschützt gewesen seien und die Gefahr für das eigene Auto im Falle eines Unfalls sich mit steigender Geschwindigkeit sogar tendenziell verringere (zum Ganzen <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-berlin-532-ks-918-ku-damm-raser-zweites-urteil-mord-bedingter-vorsatz-kein-dolus-subsequens-mordmerkmale/> [zuletzt abgerufen am 19.10.2021] sowie *Steiner* SVR 2019, 326).

- Diese Argumentation ist vom BGH (NJW 2020, 2900) in Bezug auf den Unfall konkret verursachenden A akzeptiert worden. Die Eigengefährdung schließe seinen Vorsatz nicht aus, weil er sie nur als gering eingeschätzt und sich in seinem Auto sehr sicher gefühlt habe. Sein Motiv, das Rennen unbedingt zu gewinnen, sei demgegenüber so stark gewesen, dass er ein maximales Risiko eingegangen sei und sich mit unerwünschten Folgen wie einem Unfall abgefunden habe. Die Verurteilung von B hat der BGH aufgehoben und zur neuen Verhandlung an das LG zurückverwiesen, weil die Voraussetzungen der Mittäterschaft nicht vorlägen.
- S. dazu näher *Roxin/Greco* AT I § 12 Rn. 88x; *Puppe* JR 2018, 323; *Kubiciel/Hoven* NStZ 2017, 439; *Walter* NJW 2017, 1350; *Eisele* JuS 2020, 892; eine dezidiert kritische und lesenswerte Analyse und Einordnung in den Kontext strafgerichtlicher Entscheidungsfindung unternimmt *Momsen* KriPoZ 2018, 76 ff.
- Hintergrund: Als das illegale Autorennen auf dem Berliner Ku'damm im Februar 2016 stattfand, gab es den neuen § 315d StGB, der verbotene Kraftfahrzeugrennen unter Strafe stellt, noch nicht. Er konnte folglich in dem in Rede stehenden Verfahren nicht zur Anwendung kommen (Art. 103 II GG = Rückwirkungsverbot, KK 62 ff.). Die Teilnahme an einem illegalen Autorennen war vor Inkrafttreten des § 315d StGB eine bloße Ordnungswidrigkeit und als solche mit einem Bußgeld bewehrt. Als Straftatbestände

kam daher im Wesentlichen die Tötungsdelikte der §§ 212, 211 StGB bzw. § 222 StGB in Betracht. Für die Höhe der Strafe des Angeklagten macht es einen erheblichen Unterschied, ob er den Tatbestand der fahrlässigen Tötung oder den des Totschlags bzw. Mords erfüllt. Da eine Bestrafung „nur“ wegen fahrlässiger Tötung als nicht ausreichend empfunden wurde, beschloss der Bundestag im Sommer 2017 die Einführung des neuen § 315d StGB.

Durchbrechen der Polizeisperre (nach *Krey/Esser* AT Rn. 399): Schon das Wissenselement des Tötungsvorsatz steht in Zweifel. Der Erfolgseintritt ist unwahrscheinlich, da Polizeibeamte mit derartigen Aktionen rechnen und auf einen rettenden Sprung innerlich eingestellt sind. Des Weiteren vertraut A ernsthaft (und nicht nur in Form einer vagen Hoffnung) darauf, P werde nicht zu Tode kommen. → Vorsatz (-)

Organspendefall: Bedingter Tötungsvorsatz setzt voraus, dass der Arzt davon ausging (Wissenselement), der „übergangene“ Patient überlebe bei Zuteilung des Spenderorgans, ohne die Transplantation hingegen versterbe er hingegen. Aufgrund der vielen Unsicherheiten einer Transplantation (Operationsrisiken etc.) kann das Wissenselement jedoch nicht bejaht werden. → Vorsatz (-)

Herauszustellen sind in diesem Themenkomplex die nach der Abkehr von der alten „Hemmschwellentheorie“ (dazu KK 209 f.) nunmehr unter dem Stichwort „Vorsatz bei besonders schweren bzw. gefährlichen Gewalthandlungen“ firmierenden Fälle in der Rspr. (siehe obiges Beispiel mit den Kopftritten). Exemplarisch sei auf BGH NStZ 2014, 84 verwiesen, wonach bei einem hochgradig dynamischen Tatverlauf der Täter in der Regel nicht in der Lage sei, einen Messerstich in das Gesicht des Opfers so zu dosieren, dass dieses lediglich körperlich verletzt, nicht aber getötet wird. In Anbetracht dessen liegt in solchen Fällen – also bei besonders schweren bzw. gefährlichen Gewalthandlungen – nach der Rspr. bedingter Tötungsvorsatz nahe.

Anders soll es sich jedoch bei der Zufügung von Schnittverletzungen verhalten, da diese eher statisch ablaufen.

Abschließend lassen sich einige Faustregeln aufstellen, die auf *dolus eventualis* hindeuten:

- Eine Eigengefährdung des Täters spricht grundsätzlich gegen *dolus eventualis*; je weniger die Handlungsmotive des Täters mit der eigenen Gefährdung zu tun haben (mögen sie auch objektiv vorliegen), desto eher kann aber *dolus eventualis* angenommen werden.
 - Je größer das vom Täter geschaffene Risiko für das bedrohte Rechtsgut ist, desto eher liegt *dolus eventualis* vor.
 - Je weniger steuer- und beherrschbar der vom Täter in Gang gesetzte Kausalverlauf ist, desto eher liegt *dolus eventualis* vor.
- Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *dolus eventualis*:
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/tb/vorsatz/eventualis/>

Literatur zu dem gesamten Themenkomplex:

Nicolai, JA 2019, 31; *Puppe* NSTZ 2014, 183; *Fahl* JuS 2013, 499

g) Exkurs: Reformvorschläge

Im Rahmen der Diskussion um den Berliner Raserfall (KK 212 ff.) und verwandte Fälle wurde – abermals – eine grundlegende Reform des deutschen Strafrechts im Bereich des bedingten Vorsatzes vorgeschlagen. Die Abgrenzung von (bewusster) Fahrlässigkeit und (bedingtem) Vorsatz geht mit erheblichen Schwierigkeiten einher – wie die obige Darstellung veranschaulicht. Sie ist außerdem mit drastischen Konsequenzen verbunden: Wenn nur vorsätzliches Handeln strafbar ist (vgl. § 15 StGB), entscheidet sie über Strafbarkeit und Straflosigkeit; zumindest aber führt sie zu massiven Sprüngen im Strafraumen.

Im anglo-amerikanischen Rechtsraum wird zwischen *intention/purpose* (vergleichbar der Absicht), *knowledge* (vergleichbar der Wissentlichkeit), *recklessness* und *carelessness/negligence* unterschieden (zum amerikanischen Recht *Weigend* ZStW 93 [1981], 657 [673 ff.]; zum englischen Recht *Perron* FS Nishihara, 1998, 145 [149 ff.]). Die beiden letzten Formen bilden in etwa den Bereich der Fahrlässigkeit ab, wobei der deutsche Eventualvorsatz Teil der *recklessness* ist (genauer s. *Weigend* ZStW 93 [1981], 657 [676 ff.]). *Hörnle* schlägt für das deutsche Recht deshalb eine ähnliche Dreiteilung (statt der gegenwärtigen Zweiteilung) de lege ferenda vor (JZ 2019, 440, 441, 446 ff.; Vorschlag bereits bei *Weigend* ZStW 93 [1981], 657 [687 ff.] und noch früher s. ebd. S. 657 Fn. 3; s. auch *Hoven*, ZEIT v. 1.3.2018, <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-03/bundesgerichtshof-raser-urteil-berlin/komplettansicht> [abgerufen am 19.10.2021]): Absicht; sicheres Wissen; Leichtfertigkeit (umfasst Eventualvorsatz und bewusste Fahrlässigkeit; soll *recklessness* entsprechen) und sonstige Fahrlässigkeit.

- Man würde eine unklare Abgrenzung durch zwei ersetzen (an der Grenze zur einfachen Fahrlässigkeit einerseits, zum sicheren Wissen andererseits).

- + Das trifft zwar zu, allerdings wären die Konsequenzen auf Rechtsfolgenseite auch lange nicht so drastisch wie de lege lata, so dass das ohnehin bestehende Problem abgemildert würde.
- Für die Gerichte böte sich dann die Möglichkeit, in Fällen schwieriger Beweisbarkeit des Vorsatzes schlicht auf die Leichtfertigkeit, gleichsam als Auffangtatbestand, auszuweichen und so Fälle, in denen ggf. nur Fahrlässigkeit vorlag, inadäquat zu bestrafen.
- + Das Beweisproblem besteht auch de lege lata. Gerade der Berliner Raserfall zeigt, dass die Gerichte in Fällen, in denen der Strafraum des Fahrlässigkeitstatbestands als unangemessen milde angesehen wird, auch zu dem Ergebnis gelangen können, Vorsatz anzunehmen. Hätte es einen Mittelweg gegeben, wäre dieser Weg womöglich nicht beschritten worden.
- Da das Bewusstsein der Gefährlichkeit entscheidend sein soll, würde der umsichtige, abwägende Täter dem gleichgültigen gegenüber unsachgemäß bevorzugt (so etwa *Momsen* KriPoZ 2018, 76, 96).
- + Dieser Einwand setzt aber bereits ein Erkennen der Gefährlichkeit und also Bewusstsein bzgl. derselben voraus. Einer unbekanntem Gefahr gegenüber kann man nicht gleichgültig sein.

Zu diesen Einwänden teilweise bereits *Weigend* ZStW 93 [1981], 657 [690 ff.]; *Hörnle* JZ 2019, 440 [447 f.]; generell kritisch zur Übertragung einer „in einem anderen Rechtskreis gewachsenen Problemlösung“ NK/*Puppe* § 15 Rn. 6. Eine derart weitreichende Gesetzesreform ist indes nicht wahrscheinlich (*Hörnle* JZ 2019, 440 [448 f.]).

4. Unterscheidung bedingter Vorsatz und bedingter Handlungswille

Vom bedingten Vorsatz ist der bedingte Handlungswille zu unterscheiden.

a) Zustand der Unentschlossenheit

Hier liegt kein Vorsatz vor, da hierzu eine definitive Willensentscheidung gehört.

Bsp. (RGSt 68, 339): *Täter, der beim Ergreifen der Waffe noch nicht weiß, ob er schießen oder nur drohen will.*

b) Tatentschluss auf hypothetischer Tatsachengrundlage

Wird auf den tatbestandlichen Erfolg im Bewusstsein der Gefährdung des Handlungsobjektes hingearbeitet, so liegt Vorsatz auch dann vor, wenn die Verwirklichung der Tat noch von Bedingungen abhängig ist, die der Täter nicht (allein) in der Hand hat. Im folgenden Beispielsfall ist die Entscheidung zur Tat als solche bereits gefallen, bedingt ist nur deren Ausführbarkeit.

Bsp. (BGHSt 12, 306): *Mehrere Häftlinge planen einen Raubüberfall unter der Bedingung ihres erfolgreichen Ausbruchs.* → Trotz Bedingung Strafbarkeit nach § 30 II StGB.

c) Tatentschluss mit Rücktrittsvorbehalt

Ein Rücktrittsvorbehalt für den Fall, dass sich die Tat erübrigen sollte, ändert nichts am Vorsatz.

5. Die zeitliche Dimension des Vorsatzes: *dolus antecedens* und *dolus subsequens*

Gem. § 16 I 1 StGB muss der Vorsatz bei Begehung der Tat vorliegen (Simultanitäts- oder Koinzidenzprinzip). Gem. § 8 S. 1 StGB ist eine Tat zu der Zeit begangen, zu welcher der Täter gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen. Wann der Erfolg eintritt, ist dagegen nicht maßgebend.

Daraus folgt, dass weder *dolus antecedens* noch *dolus subsequens* für den Tatbestandsvorsatz genügen.

- **Dolus antecedens:** Dolus antecedens meint den Vorsatz vor Beginn der Tatausführung, also im Vorbereitungsstadium.

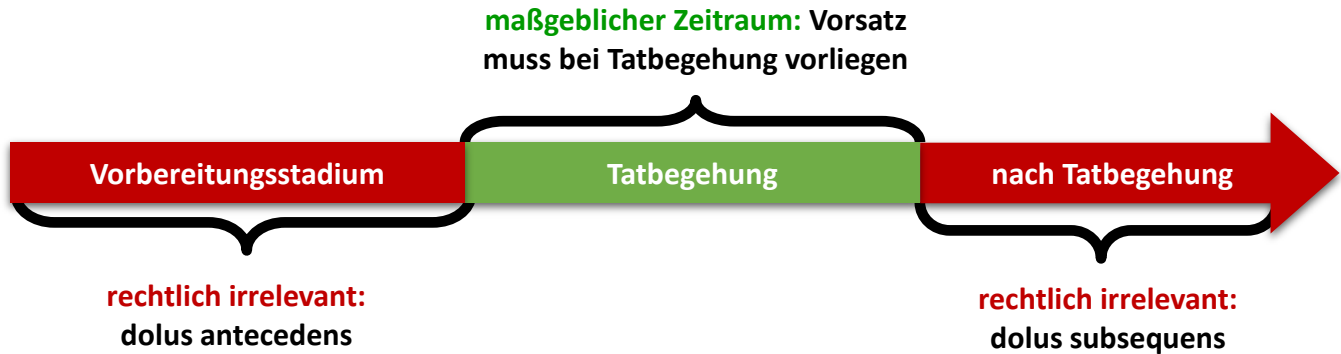
Bsp.: A will B an einem abgelegenen Orte erschießen; aber schon auf dem Weg dorthin löst sich plötzlich ein Schuss aus der Waffe der A, der B tödlich verletzt.

- **Dolus subsequens:** Dolus subsequens meint den Vorsatz erst nach Ende der Tatausführung.

Bsp.: A verursacht versehentlich einen Verkehrsunfall, bei dem B zu Tode kommt. Als A aus ihrem Wagen steigt, erkennt sie ihren Erzfeind B. A ist hochofrennt, dass es „den Richtigen“ getroffen hat.

Zum *dolus subsequens* siehe auch die Entscheidung des BGH im „Ku’damm Raserfall“ oben, KK 212 ff.

Übersicht: Die zeitliche Dimension des Vorsatzes



6. Die Tatbestandsbezogenheit und der dolus alternativus

Weil Vorsatz Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung bedeutet, muss er immer auf einen konkreten Tatbestand bezogen sein und für jeden einzelnen Tatbestand gesondert geprüft werden. Erfüllt der Täter also durch eine Handlung objektiv mehrere Tatbestände (denkbar wäre z.B. durch eine Ohrfeige sowohl § 223 StGB als auch § 185 StGB), muss für jedes einzelne Delikt getrennt untersucht werden, ob Vorsatz sowohl hinsichtlich § 223 StGB als auch bzgl. § 185 StGB gegeben war.

a) Dolus cumulativus

Keine besonderen Probleme wirft dabei der dolus cumulativus auf. Dabei geht es um Fälle, in denen der Täter sowohl die Verwirklichung des einen als auch des anderen Tatbestands will und zeitgleich „erledigen“ kann.

Bsp.: A wird von Wachmann B und dessen Hund verfolgt; um sich seiner Verfolger zu entledigen, schießt er mit einem Maschinengewehr auf sie und trifft beide tödlich. Weil A hier Vorsatz sowohl hinsichtlich § 212 StGB an B und bzgl. § 303 StGB an dessen Hund hat, wird A entsprechend bestraft: §§ 212, 303, 52 StGB.

b) Dolus alternativus

Problematisch ist dagegen die Behandlung des dolus alternativus. Damit sind Sachverhaltsgestaltungen gemeint, in denen sich der Vorsatz des Täters der Art nach auf mehrere einander ausschließende Tatbestände, der Zahl nach jedoch nur auf einen richtet.

Bsp.: A wird von Wachmann B und dessen Hund verfolgt; mit der letzten Kugel in der Pistole schießt er auf seine Verfolger in der Hoffnung, dass jedenfalls einer der beiden getroffen wird; B wird tödlich getroffen.

- Herrschend in der Literatur (*Roxin/Greco* AT I § 12 Rn. 94; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 14 Rn. 36) und nunmehr auch von der Rechtsprechung vertreten (BGH NJW 2021, 795 Rn. 9 ff.; Besprechung bei *Eisele* JuS 2021, 366) wird hier Vorsatz bzgl. beider Tatbestände angenommen und daher aus beiden Delikten bestraft: §§ 212; 303, 22 StGB.
- ✚ A wollte den getroffenen B treffen und hatte darüber hinaus aber auch den (bedingten) Vorsatz, den Hund zu verletzen.
- Der Täter wollte aber nur entweder B oder den Hund verletzen; ihm war klar, dass er beide zusammen nicht verletzen kann; i.e.S. wollte er nur eine Rechtsgutsverletzung.
- Der Unterschied zum dolus cumulativus wird nicht deutlich.
- Denkbar wäre auch, Vorsatz nur bzgl. des vollendeten Delikts anzunehmen; man gelangt dann zu einer Bestrafung allein aus § 212 StGB (NK/*Zaczyk* § 22 Rn. 20).
- Lösung versagt, wenn keine Tat vollendet wird (Kugel verfehlt sowohl B als auch den Hund).

- U.U. fällt das unrechtsschwerere Delikt völlig unter den Tisch (Kugel trifft den Hund): Es würde nur aus § 303 StGB bestraft und es käme nicht zum Ausdruck, dass A auch bereit war, einen Menschen zu töten.
- Andere (*Otto* AT § 7 Rn. 23; *LK/Vogel/Bülte* § 15 Rn. 136) nehmen Vorsatz nur bzgl. des schwereren Delikts an und bestrafen hier allein aus § 212 StGB bzw. einem entsprechenden Versuch. Der Vorsatz des leichteren Delikts dürfe nicht zusätzlich in Ansatz gebracht werden. Bei gleich schweren Delikten sei wegen des vollendeten Delikts zu bestrafen. Wird bei gleich schweren Delikten keines vollendet, so sei eine beabsichtigte Alternative vorrangig vor einer nur mit bedingtem Vorsatz gewollten Alternative zu bestrafen. Wenn bezüglich beider Alternativen nur bedingter Vorsatz vorliegt, soll Wahlfeststellung in Betracht kommen.
- U.U. fällt das vollendete Delikt völlig unter den Tisch und es kommt nicht zum Ausdruck, dass eine Rechtsgutsverletzung tatsächlich eingetreten ist.
- Denkbar wäre schließlich, auf Tatbestandsebene, so wie es die h.M. macht, Vorsatz hinsichtlich beider Delikte anzunehmen und das Problem allein auf Konkurrenzsebene zu lösen, wobei grundsätzlich aus dem vollendeten Delikt bestraft wird und Tateinheit nur anzunehmen ist, wenn die versuchte Tat im Unrechtsgehalt wesentlich schwerer wiegt (*Rengier* AT § 14 Rn. 61).
- Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *dolus alternativus*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/tb/vorsatz/alternativus/>

II. Der Tatumstandsirrtum

1. Die Kenntnis und Unkenntnis von Tatbestandsmerkmalen

Kennt der Täter einen Umstand, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, nicht, so handelt er gem. § 16 I 1 StGB nicht vorsätzlich.



Bei diesem sog. Tatumstandsirrtum (häufig ungenau Tatbestandsirrtum genannt) verkennt der Täter also das tatsächliche Vorliegen der Voraussetzungen, von denen das Gesetz die objektive Tatbestandsmäßigkeit abhängig macht.

a) Deskriptive (beschreibende) Tatbestandsmerkmale

Deskriptive Tatbestandsmerkmale bringen durch eine einfache Beschreibung zum Ausdruck, was Gegenstand des Tatbestands sein soll (z.B. Sache, Mensch, beweglich, wegnehmen). Es handelt sich um solche Tatbestandsmerkmale, die ohne Berücksichtigung der zugrundeliegenden Rechtsordnung versteh- bzw. erklärbar sind. Bei deskriptiven Merkmalen reicht es aus, wenn der Täter diese tatsächlich sinnlich wahrgenommen hat. Daher ist bei ihnen das Vorliegen eines Tatumstandsirrtums vergleichsweise einfach zu bestimmen.

Bsp.: A schießt auf einen Vorhang, der B gehört; A weiß nicht, dass B hinter dem Vorhang steht und durch die Schüsse der A tödlich getroffen wird. – § 303 StGB (+), denn A wusste, dass der Vorhang B

gehört und wollte diesen beschädigen. § 212 StGB (-), denn A wusste nicht, dass sie auf einen Menschen schießt und kannte somit einen Umstand nicht, der zum Tatbestand des § 212 StGB gehört. Gem. § 16 I 2 StGB kommt hinsichtlich B aber fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) in Betracht.

→ Einen erweiterten Überblick bietet auch das Problemfeld *Wann liegt Vorsatz hinsichtlich deskriptiver Tatbestandsmerkmale vor?*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/tb/vorsatz/deskriptiv/>

b) Normative (wertausfüllungsbedürftige) Tatbestandsmerkmale

Normative Tatbestandsmerkmale können dagegen nicht sinnlich wahrgenommen werden. Sie müssen erst durch eine Wertung aufgrund rechtlicher oder sozialer Kriterien ausgefüllt werden (z.B. „fremd“ – die Fremdheit einer Sache sieht man ihr nicht an; vielmehr muss sie auf Grundlage der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über das Eigentum bestimmt werden). Ohne Berücksichtigung der zugrundeliegenden Rechtsordnung sind diese Tatbestandsmerkmale also nicht verständlich. Auch bei ihnen kann das Vorliegen eines Tatumstandsirrtums vergleichsweise einfach zu bestimmen sein.

Bsp.: *A verwechselt an der Garderobe ihren eigenen Mantel mit dem Mantel der B und nimmt diesen mit.* – Weil A nicht weiß, dass es sich um einen fremden Mantel handelt, kennt sie einen Umstand nicht, der zum Tatbestand des § 242 StGB gehört.

Bei normativen Tatbestandsmerkmalen muss der Täter aber auch die das Merkmal ausfüllende Wertung richtig erkennen, um Vorsatz annehmen zu können.

Bsp.: A und B einigen sich über den Übergang des Eigentums an Bs Fahrrad. Weil B der A das Rad anschließend nicht übergibt, nimmt A der B das Rad weg. A ist der Meinung, sie dürfe dies, weil das Rad ihr gehöre. In Wahrheit erlangt der Erwerber jedoch gem. § 929 S. 1 BGB erst mit der Übergabe einer Sache durch den Veräußerer Eigentum an der Sache. – Auch hier kennt A einen Umstand nicht, der zum Tatbestand gehört. Sie hat nämlich die zivilrechtliche Wertung, ab wann jemand Eigentum an einer Sache erlangt und die Sache demnach nicht mehr fremd ist, falsch eingeschätzt und war daher der Überzeugung, das Fahrrad gehöre ihr.

Dabei ist es jedoch keineswegs so, dass nur ein juristisch exaktes Verständnis für den Vorsatz bzgl. normativer Tatbestandsmerkmale genügt. Denn sonst könnten sich nur Juristen/Juristinnen wegen Delikten mit normativen Merkmalen strafbar machen.

Bsp.: Gastwirt G hält auf einem Bierdeckel durch Striche fest, wie viel der Gast getrunken hat. Um weniger bezahlen zu müssen, radiert Gast A einige Striche aus. – A fehlt es hier nicht deshalb am Vorsatz, eine Urkunde zu fälschen, weil er sich unter Urkunde nur förmliche Schriftstücke vorstellt. Ausreichend ist insoweit, dass er sich bewusst war, dass der Bierdeckel eine verkörperte Gedankenerklärung mit Beweisfunktion war.



Ausreichend – aber auch erforderlich – ist daher, dass der Täter den rechtlich-sozialen Bedeutung Gehalt des normativen Merkmals nach Laienart richtig erfasst (sog. Parallelwertung in der Laiensphäre).

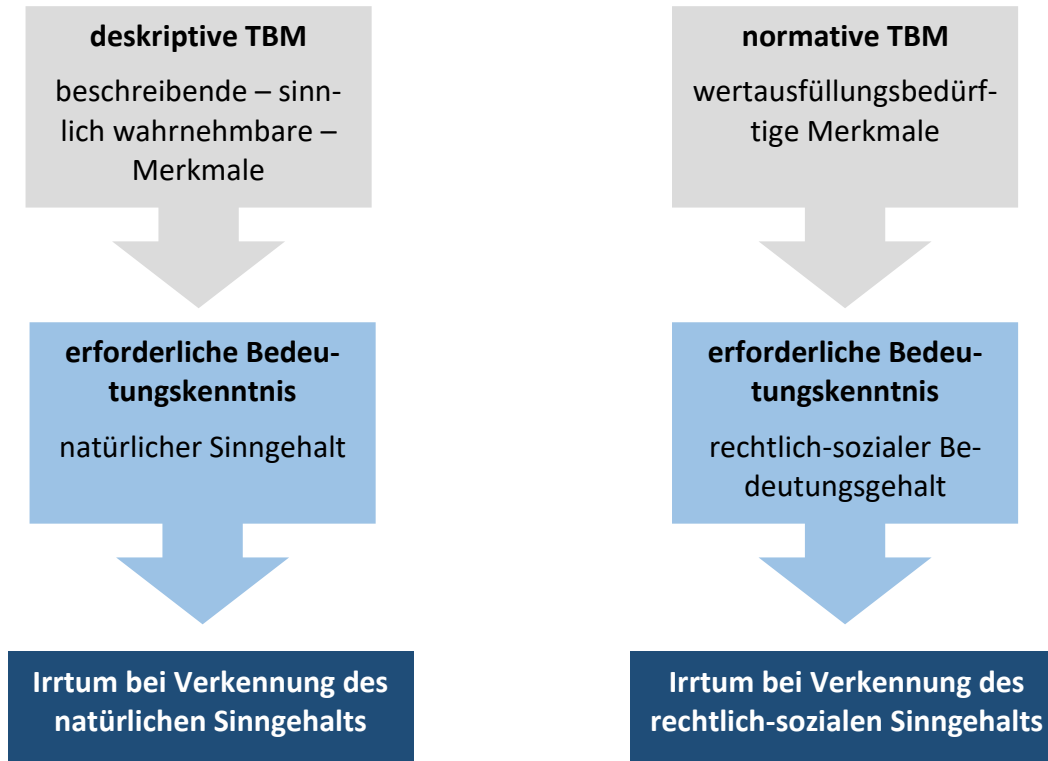
Faustformel: Der Täter muss all das erkannt haben, was zur juristischen Definition des Merkmals gehört:

Urkunde = verkörperte Gedankenerklärung mit Beweisfunktion, die den Aussteller erkennen lässt

– A wusste, dass der Bierdeckel ein körperlicher Gegenstand ist.

- A erkannte den Erklärungswert des Striches: Ein Strich steht für ein zu zahlendes Bier.
 - A verstand, dass die Strichanzahl die Höhe des Entgeltanspruchs des Wirts beweisen sollte.
 - A erkannte den Gastwirt G als Aussteller.
- Einen erweiterten Überblick bietet auch das Problemfeld *Wann liegt Vorsatz hinsichtlich normativer Tatbestandsmerkmale vor?*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/tb/vorsatz/normativ/>

Übersicht: Der Tatumstandsirrtum



2. Unterscheidung des Tatumstandsirrtums gegenüber dem Verbotsirrtum

Der Tatumstandsirrtum nach § 16 StGB ist strikt vom (auf der Schuldebene relevanten) Verbotsirrtum nach § 17 StGB (dazu § 19 der Vorlesung) zu unterscheiden. Beim Verbotsirrtum fehlt dem Täter die Einsicht, Unrecht zu tun. Dies kann darauf beruhen, dass

- der Täter einen Tatbestand gar nicht kennt,
- ihn für ungültig hält oder
- infolge falscher Auslegung zu einer Fehlvorstellung über seinen Geltungsbereich gelangt und sein Verhalten als nicht verboten ansieht.

Gem. § 17 S. 1 StGB handelt der Täter, der einen solchen Irrtum nicht vermeiden konnte, schuldlos. War der Irrtum vermeidbar, kann die Strafe gem. §§ 17 S. 2, 49 StGB gemildert werden.

Bsp. eines Verbotsirrtums: *A übt mit einer 13-Jährigen den einverständlichen Geschlechtsverkehr in der Annahme aus, § 176 StGB erfasse nur Minderjährige bis zum zwölften Lebensjahr.*



Faustformel zur Unterscheidung von Tatumstands- und Verbotsirrtum:

- Irrt der Täter auf der tatsächlichen Ebene (über eine Tatsache oder über den sozialen Sinngehalt eines Tatumstands), liegt ein Tatumstandsirrtum vor.
- Irrt der Täter auf der rechtlichen Ebene (über das Verbot der Handlung), liegt ein Verbotsirrtum vor.

Daher läge im o.g. Bsp. ein Tatumstandsirrtum vor, wenn A zwar zutreffend davon ausgeht, dass § 176 StGB Minderjährige unter 14 Jahren erfasst, er die 13-Jährige aber für eine 15-Jährige hält.

3. Die erforderliche Deutlichkeit des Bewusstseins beim Kennen von Tatumständen

Das kognitive Vorsatzelement setzt die Kenntnis der Tatumstände voraus. Die Anforderungen an den Vorsatz würden dabei jedoch überspannt, wenn man für diese Kenntnis ein aktuell reflektiertes Wissen i.S. eines ausdrücklichen Daran-Denkens über den einzelnen Tatumstand fordern würde.



Es ist daher allgemein anerkannt (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 357; *Joecks/Jäger* § 16 Rn. 20; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 13 Rn. 2; *Rengier* AT § 14 Rn. 50 f.), dass ein sog. sachgedankliches Mitbewusstsein bzw. ein ständig verfügbares Begleitwissen genügen.

Bsp. nach BayObLG NJW 1977, 1974: *Unterroffizier U geriet mit dem Gefreiten G in Streit. Beide waren „Duz-Freunde“ und keiner von ihnen dachte daran, dass sie verschiedene Dienstgrade hatten und zwischen ihnen ein Vorgesetztenverhältnis bestand. Im Laufe der Auseinandersetzung schlug U den G mehrfach nieder.* – Neben § 223 StGB hat sich U hier auch nach § 30 I WStG (Misshandlung eines Untergebenen) strafbar gemacht. Zwar hat U bei der konkreten Tathandlung nicht an das Vorgesetztenverhältnis gedacht, jedoch war ihm dieses mitbewusst und er hätte es sich jederzeit aktuell reflektieren können.

4. Gegenstand des Tatbestandsvorsatzes

Umstände des gesetzlichen Tatbestandes i.S.v. § 16 I 1 StGB sind solche des objektiven Tatbestands.

Bei einem **Irrtum über Qualifikationsmerkmale** bleibt die Strafbarkeit wegen des Grunddelikts bestehen.

Bsp.: A schlägt mehrfach heftig auf den Kopf der B, wobei sie unwiderleglich davon ausgeht, die Behandlung sei nicht lebensgefährlich. – A hat keinen Vorsatz hinsichtlich § 224 I Nr. 5 StGB und wird allein aus § 223 I StGB bestraft, da sie immerhin den Vorsatz zur einfachen Körperverletzung hatte.

Beim **Irrtum über Tatbestandsalternativen** verwirklicht der Täter tatsächlich eine andere Tatbestandsalternative als die, die er zu erfüllen glaubt. In diesen Fällen ist zu differenzieren:

- Sind die fraglichen Tatbestandsalternativen nur Auffächerungen eines einheitlichen Schutzgegenstandes oder Angriffsmittels, ist der Irrtum unbeachtlich

Bsp.: Täter hält bei § 123 StGB die Wohnung irrig für einen Geschäftsraum. – Sowohl Wohnung als auch Geschäftsraum stehen exemplarisch für einen abgeschlossenen Raum unter fremdem Hausrecht.

- Bei qualitativ verschiedenen Schutzgegenständen oder Angriffsarten ist der Irrtum dagegen beachtlich.

Bsp.: T zerstört den Ausdruck eines Herzfrequenzmessungsdiagramms. Er denkt, die Ärztin habe dieses per Hand am Computer gefertigt [dann läge eine Urkunde vor]. Tatsächlich aber wurde es selbsttätig von der Messmaschine bewirkt [und ist daher eine technische Aufzeichnung]. T hält die technische Aufzeichnung also irrtümlich für eine Urkunde. Bzgl. § 274 I Nr. 1 Var. 2 StGB (also der Aufzeichnung) fehlt es am Vorsatz (§ 16 I StGB), bzgl. § 274 I Nr. 1 Var. 1 StGB (also der Urkunde) liegt mangels Vollendung Versuch vor.

§ 16 II StGB enthält eine Sonderregel für den Irrtum über strafmildernde Umstände. Hinter der Vorschrift steht der Gedanke, dass jeder nur insoweit für das begangene Unrecht als Vorsatztäter zur Verantwortung gezogen werden kann, wie es von seinem Wissen und Wollen umfasst war.

Bsp.: *Amtsträgerin A erhebt zu ihrem Vorteil überhöhte Vergütungen, die sie irrig für Gebühren hält.* – Bestrafung nur nach dem milderen § 352 StGB statt § 263 StGB.

Bsp. nach BGH NStZ 2012, 85: *F ist schwer krank. Eine unbedachte Äußerung der F, sie wolle nicht mehr leben, missdeutet ihr Ehemann M. Er denkt, dass F ernstlich wünscht, M solle sie töten. Daraufhin ersticht M sie.* – Bestrafung nicht nach § 212 StGB, sondern nach § 216 StGB.

→ Einen weiteren Überblick zum Tatumstandsirrtum enthält auch das Problemfeld *Subsumtionsirrtum*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/irrtum/tb/subsumtionsirrtum/>

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- I. Benennen Sie die Probleme der Hemmschwellentheorie am Beispiel des HIV-Falls?
- II. Welche Überlegungen gibt es, um den irrational etwas anderes Wollenden doch als vorsätzlich Handelnden ansehen zu können?
- III. Sind notwendige Zwischenziele stets vom Vorsatz erfasst?
- IV. Wann liegt ein normatives Tatbestandsmerkmal vor und wessen bedarf es für die Bejahung des Vorsatzes insoweit?