

## Die Feststellung des Vorsatzes bei Tötungsdelikten

Von Caspar David *Hermanns*, RRef., Berlin und Sandra Doreen *Hülsmann*, cand.iur., Osnabrück

### I. Einleitung

Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit ist vor allem am Anfang der juristischen Ausbildung ein zentrales Problem. Oft wird den Studierenden hierbei erstmals die Vielzahl der im juristischen Spektrum vertretenen Meinungen bewußt. Die Lehrenden stellen dabei primär die Auffassungen in den Vordergrund, die in der Literatur vertreten werden, wobei die Rechtsprechung des *BGH* häufig nur gestreift wird.

Dies ist aus verschiedenen Gründen mißlich. So wird zum einen seit langem die Praxisferne der juristischen Ausbildung beklagt.<sup>1</sup> Zum anderen hält der *BGH* vielfach Lösungsansätze parat, die nicht nur in der Praxis zum Tragen kommen, sondern auch der Ausbildung genauso wie der juristischen Theorie wichtige Impulse geben können. Demgemäß verspricht die Auseinandersetzung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung - unabhängig davon, ob die juristische Ausbildung tatsächlich praxisfern ist - einen erleichterten Zugang zur späteren Praxis. Daß dies natürlich ein fundiertes theoretisches Verständnis voraussetzt, versteht sich von selbst, geht es doch nicht um das Auswendiglernen von Fallgestaltungen, sondern um das Erkennen von Grundlinien. So bleibt es auch dabei, daß Praxis nicht gelehrt werden kann, sondern erfahren werden muß.<sup>2</sup>

### II. Tötungsdelikte in Praxis und Ausbildung

In der tagtäglichen Rechtsprechung haben Tötungsdelikte, statistisch gesehen, nur eine untergeordnete Bedeutung. Alles andere wäre auch sehr bedenklich. Auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist dies nicht wesentlich anders, allerdings mit der Einschränkung, daß Tötungsdelikte, zum Teil auch aus strukturellen Gründen der Gerichtsverfassung und des Strafverfahrens, eine zentrale Rolle in der wahrgenommenen Rechtsprechung des *BGH* einnehmen.<sup>3</sup> Dies resultiert auch aus dem Umstand, daß ganz grundsätzliche Aussagen zu Fragen des Allgemeinen Teils des StGB in Urteilen getroffen wurden und werden, deren Verhandlung ein Tötungsdelikt zugrundeliegt.<sup>4</sup> Dies gilt auch für die Feststellung des Vorsatzes. Praktisch stellt sich dabei das Problem oftmals so dar, daß der Angeklagte schweigt oder behauptet, er habe nicht mit Vorsatz gehandelt. Und auch in der Ausbildung müssen die Studierenden die Hürde der Feststellung des Vorsatzes nehmen, wenn auch das Problem in einem anderen Gewande erscheint. So heißt es bei entsprechenden Fallgestaltungen manchmal schlicht: „B schießt A in den Rücken“. <sup>5</sup> Daß in der Ausbildung Fälle mit Tötungsdelikten oftmals zur Grundlage der Lehrveranstaltungen gemacht

---

<sup>1</sup>*Roellecke* JuS 1990, 337

<sup>2</sup>*Adomeit* Jura 1999, 362, 363; *Hermanns* JA 1999, 83

<sup>3</sup>*Meurer* NJW 2000, 2936, 2938 mwN

<sup>4</sup>Als Beispiele seien BGHSt 7, 363; 32, 367; 37, 289 genannt

<sup>5</sup>Beispielsweise *Herzberg* JuS 1991 L 68

werden, hat dabei einfache Gründe. Da der Allgemeine Teil ohnehin schon vielfältige schwierige Probleme in sich birgt, bedarf es eines leicht verständlichen Delikts des Besonderen Teils, damit der Lehrfall nicht überladen wird. Hier drängt es sich geradezu auf, § 212 heranzuziehen. Hinzu kommt, daß man insbesondere bei jungen Studierenden mit Tötungsdelikten eine gewisse Spannung und damit auch Aufmerksamkeit erzeugen kann, was beispielsweise bei Vermögensdelikten regelmäßig nur schwierig möglich ist.

### **III. Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit in der Literatur**

Die Abgrenzung des Vorsatzes von der bewußten Fahrlässigkeit bereitet oft Schwierigkeiten und ist deshalb auch in der Literatur sehr umstritten. Eine klare Grenze läßt sich lediglich in dem Fall ziehen, in dem der Täter überhaupt keine Vorstellung von der Möglichkeit des Erfolgseintritts hat. Denn es besteht Einigkeit über die Mindestvoraussetzung zur Annahme eines bedingten Vorsatzes: der Täter muß sich im Augenblick der Tathandlung der möglichen Tatbestandsverwirklichung bewußt gewesen sein.<sup>6</sup> Die weiteren Elemente des bedingten Vorsatzes sind jedoch längst nicht so eindeutig festzulegen. In der Literatur sind vor allem drei theoretische Ansätze zu unterscheiden.

Nach den intellektuellen (kognitiven) Theorien enthält der bedingte Vorsatz kein voluntatives, sondern lediglich ein intellektuelles Element. Bei der Möglichkeitstheorie werden dabei die geringsten Anforderungen an den bedingten Vorsatz gestellt. Dieser sei bereits dann gegeben, wenn der Täter die Möglichkeit des Erfolgseintritts erkennt und sein Handeln daraufhin nicht revidiert.<sup>7</sup> Die Wahrscheinlichkeitstheorie hingegen verlangt für den bedingten Vorsatz, daß der Täter den Erfolgseintritt nicht nur für möglich, sondern für wahrscheinlich hält.<sup>8</sup> Gegen die Möglichkeitstheorie wird eingewendet, daß sie die Grenze des Vorsatzes zu weit in den Bereich der bewußten Fahrlässigkeit ausdehne.<sup>9</sup> Auch die Wahrscheinlichkeitstheorie stößt auf Widerspruch, vor allem da sie in der Praxis nur schwer zu handhaben ist, ist doch eine eindeutige Grenzziehung zwischen „möglich“ und „wahrscheinlich“ schwer vorstellbar.

Nach anderen Auffassungen umfaßt der bedingte Vorsatz neben dem intellektuellen auch ein voluntatives Element. Diejenigen, die diesen voluntativen (emotionalen) Theorien folgen, begründen ihre Auffassungen damit, daß für die Annahme eines bedingten Vorsatzes ein Risikobewußtsein des Täters allein noch nicht ausreicht.<sup>10</sup> Zunächst ist die Gleichgültigkeitstheorie zu nennen. Sie bejaht bedingten Vorsatz dann, wenn der Täter der Tatbestandsverwirklichung gleichgültig gegenübersteht oder sie gar gutheißt.<sup>11</sup> Diese Theorie ist insofern zutreffend, daß die

<sup>6</sup>*Schönke-Schröder-Cramer*, StGB, 25. Aufl, § 15, Rn 73; *SK-Rudolphi* § 15 Rn 38

<sup>7</sup>*Schmidhäuser* JuS 1980, 241, 242

<sup>8</sup>*Mayer* AT, 1953, S 250

<sup>9</sup>*Jescheck/Weigend* AT, 5. Aufl, S 302

<sup>10</sup>*Schönke-Schröder-Cramer* (Fn 6) § 15 Rn 80; *Wessels/Beulke* AT, 29. Aufl, Rn 217

<sup>11</sup>*Engisch* NJW 1955, 1688, 1689

Gleichgültigkeit des Täters indiziert, daß er sich mit dem Erfolgseintritt abgefunden hat. Sie kann jedoch nicht absolut gelten. Steht der Täter dem Erfolgseintritt nämlich nicht nur gleichgültig gegenüber, ist dieser ihm vielmehr auch noch unerwünscht, kann dennoch nicht in jedem Fall Vorsatz von vornherein ausgeschlossen werden.

Weiterhin ist die Einwilligung- oder Billigungstheorie zu berücksichtigen. Sie wird in verschiedenen Varianten vertreten. In Bezug auf den Erfolgseintritt muß der Täter hiernach diesen „in Kauf nehmen“,<sup>12</sup> „in ihn einwilligen“,<sup>13</sup> ihn „ernst nehmen“<sup>14</sup> oder „sich mit ihm abfinden“.<sup>15</sup> Die Unterschiede dieser Varianten sind nicht von bedeutender Natur, vielmehr handelt es sich primär um sprachliche Differenzen. Kennzeichnend für die Einwilligungstheorien ist die Anwendung der sogenannten 2. Frankschen Formel:<sup>16</sup> „Mag es so oder anders sein, so oder anders werden - auf jeden Fall handele ich“. In diesen Fällen ist bedingter Vorsatz zu bejahen. Folglich ist der Inhalt der Einwilligungstheorien so zu formulieren: Der Täter handelt vorsätzlich, wenn er die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkennt, sie jedoch um des erstrebten Zieles willen dem Nichthandeln vorzieht und somit in Kauf nimmt. Gegen diese Theorie wird oft eingewendet, derjenige, der über den Erfolgseintritt zumindest noch reflektiert, sei gegenüber demjenigen, der sorglos handelt, im Nachteil.<sup>17</sup> Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden, denn dem Täter, der die Möglichkeit des Erfolgseintritts kennt und ernst nimmt, werden auch die Konsequenzen bewußt, ihm steht zu diesem Zeitpunkt die Entscheidung gegen sein Handeln weiterhin offen.

Eine dritte Gruppe bilden die objektiv ansetzenden Theorien, nach denen bei der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit auf eine Objektivierung in einem äußeren Verhalten abzustellen ist. Dabei liegt nach der „Theorie des nicht betätigten Vermeidewillens“ kein Vorsatz vor, wenn der Täter bei der Tathandlung „gleichzeitig Gegenfaktoren einsetzt, mit deren Hilfe er den Ablauf so zu steuern versucht, daß eine als möglich vorgestellte Nebenfolge nicht eintritt“.<sup>18</sup> Wenn der Täter nichts tut, um den Erfolg zu verhindern, kann davon ausgegangen werden, daß er sich damit abgefunden hat. Andererseits können jedoch auch Bemühungen, den Erfolg abzuwenden, den Vorsatz nicht dann ausschließen, wenn der Täter selbst nicht auf ihren Erfolg vertraut.<sup>19</sup> Einen weiteren objektiven Ansatz bietet die „Theorie der unabgeschirmten Gefahr“.<sup>20</sup> Hiernach erfolgt die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit nach der Art der zu qualifizierenden Gefahr. Bedingter Vorsatz sei dann zu bejahen, wenn es sich bei der erkannten Gefahr um eine unabgeschirmte Gefahr

<sup>12</sup>Baumann/Weber/Mitsch AT, 10. Aufl, § 20 Rn 53

<sup>13</sup>Maurach-Zipf AT 1, 8. Aufl, § 22 III Rn 36

<sup>14</sup>Stratenwerth ZStW 71 (1959), 51, 57

<sup>15</sup>Jescheck/Weigend AT (Fn 9) S 303

<sup>16</sup>Frank StGB, 8. Aufl, § 59 V

<sup>17</sup>So beispielsweise Roxin AT, 3. Aufl, § 12 I Rn 31

<sup>18</sup>Kaufmann ZStW 70 (1958), 64, 78

<sup>19</sup>Roxin AT (Fn 17) § 12 I Rn 48

handelt. Unabgeschirmt sei eine Gefahr, wenn bei oder nach der Handlung des Täters der Nichteintritt des Erfolges allein oder wesentlich von Glück oder Zufall abhängt. Abgeschirmt hingegen sei die Gefahr, wenn der Täter, ein Dritter oder der Gefährdete selbst dieser entgegenwirken, ein Restrisiko jedoch bestehen bleibt.<sup>21</sup> Gegen diese Theorie ist vor allem einzuwenden, daß bedingter Vorsatz selbst dann verneint wird, wenn der Täter den Erfolg bewußt durch ein unerlaubtes Restrisiko herbeiführt.<sup>22</sup>

Letztlich stellt sich heraus, daß bei der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit ein Verzicht auf beide Elemente des bedingten Vorsatzes nicht überzeugt. Folglich erzielt die Einwilligung- oder Billigungstheorie bei den Abgrenzungsschwierigkeiten die zutreffendsten Ergebnisse.

#### **IV. Die Rechtsprechung des *BGH***

##### **1. Die allgemeine Abgrenzung zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit**

Nach der Rechtsprechung des *BGH* ist bedingter Vorsatz dann gegeben, wenn der Täter den Erfolgseintritt als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt und mit diesem in einer Weise einverstanden ist, daß er die Tatbestandsverwirklichung billigt oder sich zumindest um des erstrebten Zieles willen abfindet, mag ihm auch der Erfolgseintritt an sich unerwünscht sein.<sup>23</sup> In Abgrenzung zur bewußten Fahrlässigkeit müssen beide Elemente der inneren Tatseite, also sowohl das Wissenselement als auch das Willenselement, in jedem Einzelfall besonders geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden.<sup>24</sup> Dementsprechend ist bewußte Fahrlässigkeit grundsätzlich dann gegeben, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten.<sup>25</sup> Die Rechtsprechung des *BGH* entspricht folglich im wesentlichen der Einwilligungstheorie, wobei sie sich bis hierhin nicht grundlegend in der Art der Argumentation von den oben dargestellten Meinungen in der Literatur unterscheidet.

##### **2. Die Feststellung von Vorsatz bei Tötungsdelikten**

###### **a. Der Schluß vom äußeren Geschehensablauf auf die innere Tatseite**

Doch vor allem wenn im Rahmen eines angeklagten Tötungsdelikts fraglich ist, ob vorsätzliches Handeln vorliegt, verläßt der *BGH* den allgemein verwendeten täterbezogenen Ansatz der Betrachtung und stellt auf primär tatbezogene objektive Merkmale des Geschehens ab.

So geht der *BGH* davon aus, daß auch eine äußerste Gefährlichkeit des Vorgehens das Vorliegen von zumindest bedingtem Tötungsvorsatz indizieren könne, denn für das Willenselement stelle die

---

<sup>20</sup>Herzberg JuS 1986, 249, 254; ders. JZ 1988, 638, 642

<sup>21</sup>Herzberg JZ 1988, 638, 642

<sup>22</sup>SK-Rudolphi (Fn 6) § 15 Rn 46 a

<sup>23</sup>BGHSt 36, 1, 9 f; *BGH* NJW 1999, 2533, 2534; NStZ 1999, 32, 34

<sup>24</sup>*BGH* NStZ 1994, 483, 484; NJW 1999, 2533, 2534

<sup>25</sup>*BGH* NStZ 1999, 32, 34; BGHSt 36, 1, 9 f; 7, 363

Lebensbedrohlichkeit gefährlicher Gewalthandlungen ebenfalls ein gewichtiges Beweisanzeichen dar und es liege dann nahe, daß der Täter mit der Möglichkeit eines tödlichen Ausgangs rechne.<sup>26</sup> Dementsprechend werde das Vertrauen auf ein Ausbleiben des tödlichen Erfolges in der Regel dann zu verneinen sein, wenn der vorgestellte Ablauf eines Geschehens einem tödlichen Ausgang so nahe sei, daß nur noch ein glücklicher Zufall diesen verhindern könne.<sup>27</sup> Insgesamt hat sich so eine breite Kasuistik herausgebildet, die hier nicht im einzelnen wiedergegeben zu werden braucht. Für die in der Ausbildung typische Konstellation des Schußwaffengebrauchs auf den Rumpf eines Menschen hat der *BGH* dabei festgestellt, daß wenigstens die Annahme der Wissensseite des bedingten Vorsatzes aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden sei.<sup>28</sup>

b. Einschränkung des objektivierenden Ansatzes

Der Problematik dieses objektivierenden Ansatzes ist sich aber auch der *BGH* bewußt. So ist es immerhin denkbar, daß ein Täter zwar die äußerste Gefährlichkeit seines Verhaltens kennt, sich aber dennoch nicht innerlich mit dieser abfindet. Eine allein vom äußeren Tatgeschehen gezogene Schlußfolgerung auf die subjektive Tätersicht würde so zu unzulässigen Ergebnissen führen.

Dementsprechend schränkt der *BGH* die objektivierende Betrachtung insoweit ein, daß er eine besonders hohe Hemmschwelle für die Tötung eines Menschen annimmt. Vor diesem Hintergrund verlangt er für die Annahme der Billigung eines Todeserfolges eine besonders sorgfältige Prüfung.<sup>29</sup> Denn angesichts der hohen Hemmschwelle gegenüber Tötungsdelikten sei immer die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, daß der Täter die Gefahr der Tötung nicht erkannt oder darauf vertraut hat, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten.

Habe der Täter ernsthaft und nicht nur vage auf das Ausbleiben des Erfolges vertraut, dann handele er nur bewußt fahrlässig. Letztlich komme es auf die Umstände des Einzelfalles an, bei denen insbesondere die Motive sowie die Interessenlage des Täters zu beachten seien.<sup>30</sup> Dies gelte speziell für den Fall, daß der Vorsatz allein aus dem äußeren Tatgeschehen gefolgert werde und keine greifbaren Motive für ein Einverständnis mit der tödlichen Folge des Handelns ersichtlich seien.<sup>31</sup> Auch bei Spontantaten könne durch psychische Beeinträchtigungen – beispielsweise nervliche Überforderung, Alkoholisierung oder unkontrollierte Gefühlsausbrüche – die Möglichkeit zur realistischen Einschätzung einer Gefahrensituation so beeinträchtigt werden, daß trotz der äußerst gefährlichen Handlungsweise nicht grundsätzlich auf das Vorliegen von Tötungsvorsatz

<sup>26</sup>*BGH* NStZ 1994, 483, 484; NStZ-RR 1999, 172

<sup>27</sup>*BGH* NStZ 1981, 22, 23

<sup>28</sup>*BGH* NJW 1999, 2533, 2534

<sup>29</sup>*BGH* NStZ 1994, 483, 484

<sup>30</sup>*BGH* NJW 1999, 2533, 2535

<sup>31</sup>*BGH* NJW 1999, 2533, 2535

geschlossen werden könne.<sup>32</sup> Der Schluß auf bedingten Tötungsvorsatz sei deshalb nur dann rechtsfehlerfrei, wenn in die Beurteilung alle Erwägungen einbezogen werden würden, die ein solches Ergebnis in Frage stellen könnten.<sup>33</sup> Solche Erwägungen könnten beispielsweise im Fehlen eines einleuchtenden Tötungsmotivs liegen.<sup>34</sup>

c. Verhältnis der Lehre zu dieser Rechtsprechung des *BGH*

Die Lehre steht diesem objektivierenden Ansatz unterschiedlich gegenüber. Hierbei stößt der Billigungsbegriff der Rechtsprechung weitgehend auf Ablehnung.<sup>35</sup> Der *BGH* hat nämlich betont, ein Billigen komme auch dann in Betracht, wenn der Erfolg dem Täter unerwünscht ist.<sup>36</sup> Abgesehen von der sprachlichen Unschärfe des Begriffs des Billigens oder des billigend in Kaufnehmens gehen die Meinungen auch im übrigen zum Ansatz des *BGH* auseinander. So gibt es zum einen die Ansicht, die Unterscheidung von bewußter Fahrlässigkeit und *dolus eventualis* durch die höchstrichterliche Rechtsprechung sei „nicht nur vage, sondern leer“.<sup>37</sup> Außerdem sei eine gewisse Beliebigkeit bei der Annahme oder Ablehnung des bedingten Vorsatzes in der Rechtsprechung zu verzeichnen<sup>38</sup>, dies liege jedoch nicht am Ansatz selbst, sondern vor allem an der Art seiner Anwendung und der Schwierigkeit der Tatsachenermittlung.<sup>39</sup> Auch wird kritisiert, der *BGH* „verkehre den gesinnungsrechtlichen Grundgedanken der Vorsatzlehre in sein Gegenteil“.<sup>40</sup> Dabei wird auch die Überlegung eingebracht, daß den Täter eine schwerere Schuld treffe, wenn seine Handlung schwer nachvollziehbar ist, da viele Appelle dieser dann entgegenstanden hätten. Tatsächlich jedoch werde auf ein Fehlen des Vorsatzes geschlossen.<sup>41</sup> Letzendlich gibt es bislang kaum eine Alternative zur Objektivierung der Vorsatzgrenze.<sup>42</sup> So gibt es auch Auffassungen, die den Ansatz des *BGH* begrüßen.<sup>43</sup> Dabei wird die Vorgehensweise der Rechtsprechung als sinnvoll empfunden, jedoch auch eine Präzisierung, inwieweit Verdrängungsleistungen bezüglich des Erfolgseintritts oder ein betätigter Vermeidewille als vorsatzausschließend angesehen werden können, befürwortet.<sup>44</sup>

<sup>32</sup>*BGH* NStZ 1994, 483, 484

<sup>33</sup>*BGH* NJW 1999, 2533, 2534; NStZ 1992, 587, 588; StV 1992, 574; NStZ 1984, 19

<sup>34</sup>*BGH* NStZ 1983, 407

<sup>35</sup>*Roxin* AT (Fn 17) § 12 I Rn 36; *Puppe* NStZ 1992, 576; *Geppert* Jura 1986, 610, 612; *Frisch* JuS 1990, 362, 366

<sup>36</sup>BGHSt 36, 1, 9 f.; NJW 1999, 2533, 2534; NStZ 1999, 32, 34; BGHSt 7, 363

<sup>37</sup>*Puppe* NStZ 1987, 363

<sup>38</sup>*Roxin* AT (Fn 17) § 12 I Rn 75; *Prittowitz* JA 1988, 486, 487; zur uneinheitlichen Linie der Rechtspr. eingehend *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S 4 ff, 304 ff

<sup>39</sup>*Roxin* AT, (Fn 17) § 12 I Rn 75; *Prittowitz* JA 1988, 486, 487

<sup>40</sup>*Puppe* NStZ 1992, 576, 577

<sup>41</sup>*Puppe* NStZ 1992, 576, 577

<sup>42</sup>*Kühl* AT, 2. Aufl., § 5 Rn 88

<sup>43</sup>*Schroth* NStZ 1990, 324, 325; vgl. *Roxin* AT (Fn 17) § 12 I Rn 72; *Baumann/Weber/Mitsch* AT (Fn 12) § 20 Rn 55; *Freund* JR 1988, 116, 117

<sup>44</sup>*Schroth* NStZ 1990, 324, 325

Die Vorgehensweise des *BGH* sei insoweit berechtigt, sofern das zusätzliche Erfordernis der Hemmschwelle lediglich zum Ziel habe, die Tatrichter abzuhalten, auch bei äußerst gewaltsamen Handlungen wie selbstverständlich auf einen bedingten Tötungsvorsatz schließen zu lassen.<sup>45</sup> Dieses Ziel sei zwar gleichermaßen durch eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände zu ermitteln,<sup>46</sup> das zusätzliche Erfordernis der Hemmschwelle hingegen empirisch kaum nachprüfbar.<sup>47</sup>

Andere sehen lediglich zwei Beweisprobleme des Ansatzes des *BGH*: zum einen stelle sich die Frage nach „dem normativ und empirisch adäquaten Verfahren des Nachweises eines vergangenen und singulären Ereignisses“ und daraus resultierend die Frage nach einem eine Verurteilung ermöglichendem Beweisergebnis.<sup>48</sup> Für diese Probleme würden sich folgende Lösungsansätze anbieten: so sei ein adäquates Beweisverfahren nicht mit Wahrscheinlichkeitsberechnungen, sondern nur durch Ausschließen alternativer Erklärungsmöglichkeiten durchzuführen. Für die Frage nach dem für eine Verurteilung erforderlichen Beweisergebnis wird die „Schaffung eines Surrogats für das Nichtausschließen bestimmter Alternativerklärungen“ vorgeschlagen, „das Gewähr dafür bietet, daß ein ganz bestimmtes Fehlverurteilungsrisiko im Falle der Verwirklichung von dem Angeklagten zu verantworten ist“.<sup>49</sup> Aber auch dieser Ansatz bekommt das Problem nicht bewältigt, da er primär auf logisches Handeln abstellt. Die Realität ist aber vielfach nicht logisch nachvollziehbar, gleichwohl aber nicht minder real. Nur weil es also bei bestimmten Sachverhaltskonstellationen keine nachvollziehbaren Alternativerklärungen gibt, bedeutet dies nicht, daß der Täter nicht auf eine in Wirklichkeit irrealer Alternativerklärung tatsächlich vertraut

### **Bat. Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf andere Deliktgruppen**

Der tatbezogene Ansatz des *BGH* gewann bisher insbesondere bei Tötungsdelikten an Bedeutung. Es stellt sich darüber hinaus die Frage, ob auch bei anderen Deliktgruppen vom äußeren Geschehensablauf auf die innere Tatseite geschlossen werden kann. Denkbar wäre beispielsweise folgende Fallkonstellation: Ein LKW-Fahrer streift beim Durchfahren einer engen Gasse einen abgestellten PKW und wird von seinem Beifahrer auf einen möglichen Schaden hingewiesen. Der Fahrer hält zunächst an, fährt nach einem kurzem Blick in den Spiegel jedoch weiter, um kurz darauf erneut anzuhalten und nachzuschauen.<sup>50</sup> Zu diesem Fall ließe sich anführen, der Fahrzeugführer mußte durch den Hinweis seines Beifahrers mit einem möglichen Schaden rechnen,

<sup>45</sup> Geppert Jura 2001, 55, 59

<sup>46</sup> Geppert Jura 2001, 55, 59; Baier JA 2001, 194, 196

<sup>47</sup> Geppert Jura 2001, 55, 59

<sup>48</sup> Freund JR 1988, 116, 117

<sup>49</sup> Freund JR 1988, 116, 117

<sup>50</sup> Nachgebildet nach *OLG Koblenz*, DAR 1963, 244, 245

da er trotzdem seine Fahrt zunächst fortsetzte, handelte er bedingt vorsätzlich.<sup>51</sup> Fraglich ist jedoch, ob der Täter tatsächlich vorhatte, sich trotz des möglichen Schaden vom Unfallort weiter zu entfernen und sich der Feststellungspflicht zu entziehen. Gegen eine Annahme dieses Willens spricht jedoch wiederum das mehrmalige Anhalten und Vergewissern des Fahrers. Betrachtet man somit die äußeren Tatumstände, spricht einiges sowohl für als auch gegen einen bedingten Vorsatz. Der LKW-Fahrer erkannte hier zwar durch den Hinweis seines Beifahrers die Möglichkeit eines Schadens, es wäre jedoch denkbar, daß er beispielsweise aufgrund der unebenen Straße oder lauter Musik darauf vertrauen konnte, keinen Schaden verursacht zu haben. Hier stellt sich jedoch wiederum die Frage, ob bei einem derartigen Delikt das Vertrauen auf den Nichteintritt eines Schaden den Vorsatz von vornherein ausschließt. Legt man dann wiederum die Theorie der besonderen Hemmschwelle zu Grunde, kommt eine Einschränkung des objektivierenden Ansatzes nur bei Tötungsdelikten in Betracht, denn die Hemmschwelle für die Annahme von Gefährdungs- oder Verletzungsvorsatz ist erheblich geringer anzusetzen.<sup>52</sup> Im Rahmen des § 142 StGB kann daher von keiner besonderen Hemmschwelle gesprochen werden, so daß allein die vom Täter erkannte Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung diesen zur Vergewisserung auffordert und ein Vertrauenkönnen nahezu ausschließt.

Schwieriger ist es jedoch, wenn der Fallgestaltung noch nicht einmal zu entnehmen ist, ob der Täter zumindest die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkannt hat, sondern wenn nur das äußere Geschehen bekannt ist. Aus guten Gründen wurden die Anforderungen an den Gewaltbegriff bei § 177, zumindest für verschiedene Begehungsvarianten des Delikts, im Zuge seiner Neufassung reduziert.<sup>53</sup> Erzwingt der Täter nun eine sexuelle Handlung, müßte man bei der Übertragung der dargestellten Rechtsprechung zum Schluß vom äußeren Geschehensablauf auf die innere Tatseite bei einem derartigen Sachverhalt automatisch auf den für die Erfüllung des § 177 StGB erforderlichen Vorsatz schließen.<sup>54</sup> Die im objektiven Tatbestand verminderten Anforderungen an die für die Verwirklichung des § 177 erforderliche Gewalt zwingen jedoch notwendigerweise dazu, weitaus genauere Feststellungen zur inneren Tatseite treffen zu müssen. Zwar ist die Hemmschwelle vor der Gewaltanwendung bei § 177 geringer anzusetzen als bei einer Tötung, so daß demgemäß eher davon auszugehen ist, daß der Täter die Gefahr seines Handelns erkennt aber dennoch weiter handelt, um sein Ziel in jedem Fall zu erreichen. Die Gefahr einer Fehldeutung des subjektiven Täterwillens ist jedoch gerade dann nicht unbedeutend, wenn von vornherein keine Einschränkung des objektivierenden Ansatzes des *BGH* vorgenommen wird. Diese Gefahr ist

---

<sup>51</sup>*BGH* VRS 15, 338, 338

<sup>52</sup>*BGH* NStZ 1983, 407

<sup>53</sup>Hierzu ausführlich *Folkers* – wenn auch die von ihr verwendete Überschrift zumindest problematisch erscheint – NJW 2000, 3317

<sup>54</sup>Vgl. zur Fallgestaltung *BGH* GA 1956, 316; *Maurach* GA 1956, 305, 306



allgemein besonders hoch bei Delikten mit überschießender Innentendenz. Durch die „Hemmschwellentheorie“ des *BGH* besteht somit die Gefahr, daß unter Umständen derjenige schwerer bestraft wird, „der eine geringere Hemmschwelle zu überwinden hatte und dessen rechtlich falsche Reaktion auf die Tatsituation mehr psychologisches Verständnis verdient als die eines anderen“.<sup>55</sup>

Eine Übertragung der tatbezogenen Betrachtungsweise der Rechtsprechung auf andere Deliktgruppen ist folglich nicht unproblematisch.

## V. Auswirkungen auf die Fallbearbeitung in der Ausbildung

Bei der Fallbearbeitung ist demnach wie folgt vorzugehen:

Läßt sich dem Sachverhalt entnehmen, daß der Täter die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkannt hat, so sollte in der Falllösung immer sogleich auf den Meinungsstreit hingewiesen werden, da viele Lehrenden auf diesen großen Wert legen. Dabei geht es nicht um eine reine Reproduktionsleistung. Es geht vielmehr um eine verständliche, geschickte und vor allem sachverhaltsbezogene Darstellung des Streitstandes. Dies allerdings gelingt aber selbst in Hausarbeiten nur wenigen, so daß hier ein besonderes Augenmerk zu lenken ist. In der Klausur dagegen ist es regelmäßig nicht notwendig und zeitlich zumeist auch kaum möglich, sämtliche Theorien anzusprechen und darzulegen. Hier sollten aber zumindest die unterschiedlichen Ansätze der intellektuellen sowie voluntativen Theorien herausgearbeitet werden. Letztendlich ist es ratsam, sich der Einwilligungstheorie anzuschließen, die auch der Ansicht der Rechtsprechung im allgemeinen entspricht, soweit man nicht ohnehin der Rechtsprechung direkt folgt. Läßt der Sachverhalt offen, ob der Täter die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkannt hat, kommt der Ansatz des *BGH* zur Anwendung. So darf aus der objektiven Gefährlichkeit der Handlung und der Intelligenz des Täters, diese zu erkennen, auf das intellektuelle Moment geschlossen werden.<sup>56</sup>

Auch in den Fällen, in denen die voluntativen und intellektuellen Theorien zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, wie es beispielsweise bei der Infizierung eines Sexualpartners mit dem HI-Virus der Fall ist,<sup>57</sup> ist es sinnvoll, den objektivierenden Ansatz des *BGH* hinzuzuziehen. Konkret hat die Rechtsprechung in dem genannten Fall zwischen Körperverletzungs- und Tötungsvorsatz unterschieden. Letzterer wurde allerdings verneint, da der Täter aufgrund der langen Inkubationszeit auf ein Heilmittel gegen den AIDS-Erreger gehofft habe.<sup>58</sup> Folgt man den intellektuellen Theorien, wäre dieses Ergebnis nicht nachvollziehbar und inkonsequent. Es erscheint nicht vorstellbar, daß ein Täter die Wahrscheinlichkeit eines tödlichen Ausgangs nach erfolgter

---

<sup>55</sup>Puppe NStZ 1992, 576, 577

<sup>56</sup>Schroth NStZ 1990, 324, 325

<sup>57</sup>Hierzu: BGHSt 36, 1

<sup>58</sup>BGHSt 36, 1, 16

Ansteckung verkennt,<sup>59</sup> möglicherweise hat der Täter die ferne Todesfolge jedoch verdrängt und somit auf einen guten Ausgang vertraut.<sup>60</sup> Betrachtet man somit den objektivierenden Ansatz, kann trotz Bejahung des Körperverletzungsvorsatzes der Tötungsvorsatz aufgrund der hohen Hemmschwelle ausgeschlossen werden.

Dieses Urteil ist jedoch sehr umstritten,<sup>61</sup> so daß nur immer wieder betont werden muß, daß bei Anwendung des objektivierenden Ansatzes der Rechtsprechung immer äußerste Sorgfalt geboten ist. Ein Schluß vom äußeren Tatgeschehen auf die innere Tatseite darf nur dann gezogen werden, wenn jeder vernünftige Betrachter auf den Tod des Opfers geschlossen hätte und keine beachtlichen Indiztatsachen dafür sprechen, daß der Täter keinen Tötungsvorsatz hatte.<sup>62</sup> Zu berücksichtigen sind folglich sämtliche Indikatoren, die sowohl für als auch gegen eine Vorsatzbejahung sprechen könnten. Dies sind insbesondere die objektive Gefährlichkeit der Handlung, die Überschaubarkeit der Situation für den Täter, seine Intelligenz und die Zeit, die dem Täter zum Einschätzen der Situation zur Verfügung steht. Als Gegenindikatoren sind typischerweise der Einfluß von Rauschmitteln wie Alkohol oder Drogen sowie die affektive Belastung des Täters in der jeweiligen Situation zu berücksichtigen. Darüber hinaus spielen das Vermeideverhalten, die Möglichkeit der Selbstverletzung, die Beziehung zwischen Täter und Opfer sowie das Verhalten nach der Tat eine wichtige Rolle.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup>*Frisch* JuS 1990, 362, 367

<sup>60</sup>*Kühl* AT (Fn 42) § 5 Rn 80

<sup>61</sup>Hierzu *Frisch* JuS 1990, 362, 366; *Mayer* JuS 1990, 784ff; *Herzberg* JZ 1989, 470 ff ; *Schlehofer* NJW 1989, 2017 ff, a A: *Schroth* NStZ 1990, 324, 325

<sup>62</sup>*Geppert* Jura 2001, 55, 58

<sup>63</sup>*Kühl* AT (Fn 42) § 5 Rn 87; *Schroth* NStZ 1990, 324, 325, ebenso *BGH* NStZ 1992, 384