

Strafgesetzbuch: StGB

Kommentar

Bearbeitet von
Bearbeitet von Dr. Dr. Dres. h.c. Kristian Kühl, und Dr. Martin Heger, Begründet von Dr. Eduard Dreher,
und Dr. Hermann Maassen, Fortgeführt von Dr. Karl Lackner

29., neu bearbeitete Auflage 2018. Buch. Rund 2059 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 70029 3

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Strafrecht > Strafgesetzbuch](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

den Fall des Erfolgseintritts aber die Tatbestandsverwirklichung als sicher voraus; zB A legt zur Begehung eines Versicherungsbetrugs auf einem Schiff eine Zeitbombe und zweifelt an dem zeitgerechten Funktionieren des Zeitzünders, hält aber für den Fall der Zündung den Tod der Mannschaft für sicher (ebenso Sch/Sch-Sternberg-Lieben 68; iE auch Puppe AT 1 16/39; aM Hochmayr JBl 98, 205, 215).

b) Bedingter Vorsatz (krit zur Terminologie Roxin AT I 12/24; MK 31 zu § 16) kommt nur in Frage, wenn der Täter handelt (mit unbedingtem Handlungswillen, GA 63, 147), obwohl er die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält (vgl 18); beim unechten Unterlassungsdelikt kann sich diese Vorstellung auch auf die Ursächlichkeit (12 vor § 13) beziehen (NStZ 07, 463), so dass der Täter nicht anzu-nehmen braucht, die „von ihm erwartete Handlung (werde) mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den strafrechtlichen Erfolg verhindern“ (so mißverständlich bei Dallinger MDR 71, 361 mit krit Bespr Herzberg MDR 71, 881, Ulsenheimer JuS 72, 252 und Spendel JZ 73, 137, 141; wie hier Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben JuS 12, 884, 885). Dass zu dem intellektuellen ein **voluntatives** Element hinzukommen muss, wird überwiegend (b 26, 27) bejaht; sein genauer Inhalt ist jedoch umstritten (zusp Geppert Jura 86, 610 und 01, 55; Otto Jura 96, 468, 472; Hermanns/Hülsmann JA 02, 140; Sternberg-Lieben aaO 978; s auch NStZ 15, 392; 16, 25 mit Bespr Satzger Jura 2017, S 116, § 15; speziell bei der Steuerhinterziehung Ransiek NStZ 11, 679; beim sexuellen Missbrauch mit „Sexspielzeug“ NStZ 10, 389; bei § 5 Heilpraktikergesetz NJW 11, 3591 mit krit Bespr Duttge JZ 12, 210, 211; zum vermeintlichen Tötungsvorsatz von „Rasern“ Walter NJW 17, 1350, zur historischen Entwicklung dieses Streits Jescheck ZStW 93, 3, 29; rechtsvergleichend mit Italien Canestrari GA 04, 210):

aa) Wohl noch herrschend sind die in zahlreichen Varianten vertretenen **Einwilligungstheorien**; die eine bestimmte, allerdings jeweils unterschiedlich beschriebene, voluntative (emotionale) Haltung des Täters voraussetzen. Insoweit wird in Bezug auf die Tatbestandsverwirklichung etwa vorausgesetzt: „zustimmen“ oder „einverstanden“ sein (M-Zipf AT 1 22/36), „billigen“ oder „billigend in Kauf nehmen“ (so meist die Rspr, zB BGHSt 7, 363; 19, 101; NStZ 83, 365; NStZ-RR 00, 327 mit Bespr Baier JA 01, 194; NStZ-RR 04, 140; NZV 05, 538 und 06, 270, 271; NStZ-RR 06, 317, 318 und 09, 13, 14; NStZ 08, 453; Bay StV 93, 641 mit Anm Dannecker/Stoffers; Saarbrücken NStZ-RR 09, 80, 91; krit Analyse der Rspr bei Herzberg, BGH-FG, S 51, 72 und in: Schwind-FS, S 317, 336; krit auch Joecks MK 57 zu § 16), „ernst nehmen“ (Stratenwerth ZStW 71, 51; Wolff, Gallas-FS, S 197), „sich“ (um anderer Ziele willen) „abfinden“ (§ 16 E 1962; auch BGHSt 36, 1, 9; NStZ-RR 96, 2; NStZ 02, 314; 03, 431 und 603; 06, 98, 99; 11, 699, 701; „billigt oder sich schon damit abfindet“; krit Puppe ZIS 14, 66, 68, ähnlich NStZ-RR 10, 241; 12, 105 und BGHSt 56, 277, 284 mit Bespr Beckemper ZJS 12, 132 und Kudlich NJW 11, 2586; Bay NJW 03, 371, 372; Braunschweig NStZ 13, 593, 595 [abl für den entschiedenen Fall einer Manipulation der Zuteilung von Spenderorganen Schroth NStZ 13, 441, zust aber Helmecke/Seeger famos 1/2014, S 5]) oder bloß „in Kauf nehmen“ (§ 17 II AE; gleichgültige Inkaufnahme verlangen Sch/Sch-Sternberg-Lieben 80, 82, 84; speziell zum voluntativen Element beim Betrugsvorsatz wistra 08, 342; zu Besonderheiten des Untreuevorsatzes BGHSt 47, 295, 302, 19 zu § 266, krit Vogel LK¹² 114). Die meisten Vertreter dieser Richtung stellen darauf ab, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet (Gropp AT 5/109; Heinrich AT Rdn 300; Jescheck/Weigend AT S 299; Kühl AT 5/85; W-Beulke/Satzger AT Rdn 226; Henn JA 08,

699; Kühl/Hinderer JuS 09, 919, 922; krit ua Weigend ZStW 93, 657, 667; Schünemann GA 85, 341, 360; Rudolphi/Stein SK 25–27 zu § 16). Mit dem Sich-Abfinden wird die Assoziation des „billigenden“ Inkaufnehmens mit einem „Erwünschtsein“ vermieden; man kann sich auch mit unerwünschten Folgen seines Handelns abfinden (aus der Rspr: NStZ 03, 604; Braunschweig NStZ 13, 593, 595; zur Rspr Kühl AT 5/56). Alle diese Formeln sind infolge ihres umgangssprachlich unklaren und schillernden Inhalts nicht hinreichend präzise und trennscharf (krit Schünemann, Hirsch-FS, S 363, 367; zusf Küpper ZStW 100, 758, 764). Das kennzeichnende Abgrenzungskriterium wird man darin zu finden haben, dass der Täter um seines außertatbestandlichen Zieles willen der Vornahme der Handlung den Vorzug gibt vor dem Verzicht auf sie, obwohl er das Risiko der Tatbestandsverwirklichung nicht psychisch verdrängt, sondern innerlich angenommen („einkalkuliert“) und sich damit für die Möglichkeit der Rechtsgutsverletzung entschieden hat (Roxin JuS 64, 53 und AT I 12/21–34; krit Prittwitz JA 88, 486, 490 und Vogel LK¹² 125; str). Er muss danach seinen Verwirklichungswillen gegenüber dem Gewicht dieses voll erfassten Risikos durchhalten (ähnlich Hassemer, Kaufmann [Arm]-GS, S 289, 300; Schroth aaO [vgl 3] S 13 sowie JuS 92, 1; von anderen Ansätzen aus auch Frisch aaO [vgl 4] S 473 und Meyer-GS, S 533, 536 sowie Köhler, Hirsch-FS, S 65, 77; die Gestaltungsmacht betont Jakobs RW 10, 283, 291; s auch Bung aaO [vgl 3] S 133, 168, 219, 269, der auf die Entscheidung für die Handlung abstellt und dafür eine „Lieber-Wollen-als“-Formel prägt [zT krit dazu Greco ZIS 09, 816, Jakobs GA 09, 319, Pawlik ZIS 10, 339, 340, Roxin ZStW 122, 672 und Steinberg JZ 10, 194]; aus vorrechtlicher Sicht zust Janzarik ZStW 104, 65). Auf eine gefühlsmäßige Bejahung des schädlichen Erfolges im Sinne einer erwünschten Wirkung kommt es daher nicht an (hM; krit Englisch NJW 55, 1688); bei an sich unerwünschten Nebenfolgen ist aber eine bewusste oder infolge Risikogewöhnung unreflektierte Abwägung erforderlich (vgl Jakobs RW 10, 283, 291), an der es fehlt, wenn der Täter in dem – sei es auch unvernünftigen und ihn selbst korrumpierenden – Vertrauen handelt, die Tatbestandsverwirklichung werde ausbleiben. Auch die bloß gefahrmindernde „Manifestation des Vermeidewillens“ ist als solche nicht ausschlaggebend (hM; anders Armin Kaufmann ZStW 70, 64); Vermeidebemühungen können aber, wenn der Täter ihretwegen die Tatbestandsverwirklichung nicht mehr in Betracht zieht, schon die erforderliche Möglichkeitsvorstellung ausschließen oder sonst je nach Sachlage mehr oder weniger das Fehlen einer Entscheidung gegen das Rechtsgut indizieren (Hillenkamp, Kaufmann [Arm]-GS, S 351; Hassemer aaO S 291; weiter Schroth NStZ 90, 324, 325 und JuS 92, 1, 8; krit Puppe NK 41, 42). Das alles kommt auch in der sog 2. Frank'schen Formel (Frank V zu § 59 aF) zum Ausdruck: „Mag es so oder anders sein, so oder anders werden – auf jeden Fall handle ich“.

- 25 Auch die **Rechtsprechung**, die verbal auf „billigen“ oder „billigend in Kauf nehmen“ abstellt (NStZ 14, 35), dürfte dieses Abgrenzungsprinzip zugrundelegen (vgl etwa BGHSt 36, 1, 9; ihr grundsätzlich zust Vogel LK¹² 126–128). Sie verfährt allerdings nicht einheitlich, oft formelhaft und auch nicht widerspruchsfrei (krit ua Herzberg JZ 88, 635, 637; Brammsen JZ 89, 71, 77; Bauer wistra 91, 168; Puppe NK 34). Das beruht vor allem auf der Schwierigkeit, dass das selbstständig abzuklärende (NStZ 88, 175 mit abl Bespr Schumann JZ 89, 427; StV 93, 307 und 94, 640) voluntative Element (iS der beschriebenen Risikobereitschaft) im Prozess **nicht als solches feststellbar** ist. Als innere Tatsache kann es nur aus – oft nicht hinreichend aussagekräftigen – äußeren Indizien (Indikatoren, Hassemer aaO [vgl 24] S 305 und Schroth, Widmaier-FS, S 779, 791, auch zu Gegenindikatoren S 794; Steinberg JZ

10, 712, 715; Kühl AT 5/87; Neumann NK 11–14 zu § 212; Sch/Sch-Sternberg-Lieben 87b; Rudolphi/Stein SK 58; Vogel LK¹² 102–105; Puppe ZIS 14, 66, 69; aus der Rspr: Bay NStZ-RR 04, 45) erschlossen werden (NStZ 03, 265; zusf Hermanns/Hülsmann JA 02, 140, 142: objektivierender Ansatz; zu Grenzen der Normativierung und Objektivierung Vogel GA 06, 386; allg zur Feststellung des Vorsatzes im Prozess Loos, in: Göttinger Studien, S 261, 267; Hruschka, Kleinknecht-FS, S 191; Freund, Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“, 1987; s auch NJW 91, 2094; Volk, Kaufmann [Arth]-FS, S 611; Scheffler Jura 95, 349; Ling JZ 99, 335; Stratenwerth/Kuhlen AT I 8/127; informative Übersicht über die Kriterien der Gesamtwürdigung bei Schroth BT, S 63; s auch Puppe ZIS 14, 66, 68). Leider hat die Revisions-Rspr bisher noch keine gleichmäßig anwendbaren Kriterien für Relevanz und Gewichtung einschlägiger Indiztatsachen entwickelt (probl Celle NZV 01, 354 mit krit Anm Wrage NZV 02, 196), sondern sich meist entweder mit mehr oder minder pauschalen Beanstandungen oder mit unzureichend konkretisierten Hinweisen auf die Unvollständigkeit der Würdigung begnügt (krit ua Puppe NStZ 87, 363 und GA 06, 65; Freund JR 88, 116 und StV 91, 232; Frisch, Meyer-GS, S 533, 550; Ingelfinger JR 00, 299, 301; Volk, BGH-FG, S 739, 744; Steinberg/Stam NStZ 11, 177; s auch Prittwitz JA 88, 486, 495, der im Rahmen einer sog Indizientheorie die in Frage kommenden Beweisanzeichen zu gewichten sucht [krit Puppe NK 54], und Philipps, Roxin-FS, S 365, der ein „Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen“ entwirft). Immerhin hält sie aber **Gewicht und Nähe der Gefahr** für wichtig (zum Indizwert einer höchst lebensgefährlichen Handlung Steinberg JZ 10, 712). Ist im Einzelfall das Risiko der Tatbestandsverwirklichung hoch und überlässt der Täter es dem Zufall, ob sich die von ihm erkannte Gefahr verwirklicht, so liegt bedingter Vorsatz zwar nicht notwendig vor (BGHSt 35, 21, 25; 38, 345, 350 mit krit Bespr Scheffler StV 93, 470, Beulke JR 94, 116 und Stumpf NStZ 97, 7; 57, 183, 186; StV 04, 74; NStZ 06, 446; NJW 14, 3387; s auch die Nachw der zT überzogenen Rspr zum Tötungsvorsatz unter 3 zu § 212), ist aber doch nahe liegend (JZ 81, 35 mit Anm Köhler; NStZ 94, 584; 96, 227–99, 507; 00, 583; NStZ-RR 01, 369; NJW 03, 836; NStZ 03, 431, 541 und 603; 04, 330 und 06, 98, 99; bei Altvater NStZ 04, 23, 24; NStZ-RR 04, 140 und 204 sowie 06, 317, 318; NStZ 07, 150, 151 und 639 und 700, 701; 08, 392 und 453; NStZ 09, 91 mit zust Bespr Satzger JK 8; NStZ 09, 629 mit Bespr Jahn JuS 09, 956 und Steinberg JZ 10, 712; NStZ-RR 08, 273, 341 und 451; 09, 309, 310; StraFo 08, 253 und 387; NStZ 10, 373 [mit Bespr Jahn JuS 10, 456]; 10, 515; NStZ-RR 12, 77 und 105; 13, 341; NStZ 14, 35; StraFo 16, 420; s aber auch NStZ-RR 08, 370; 09, 372; speziell bei vorgeschädigten Opfern NJW 08, 2199 [in BGHSt 52, 153, nicht abgedruckt]; speziell zu ärztlichem Fehlverhalten MedR 04, 54; anders bei Verabreichen von lebensgefährdenden Schmerzmitteln über einen längeren Zeitraum, NStZ 06, 36). Weitere Anhaltspunkte, mit denen sich der Tatrichter in einer **Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände** (BGHSt 36, 1, 10; 56, 277, 284 mit Bespr Kudlich NJW 11, 2856; NStZ 03, 259, 265 und 431; NStZ-RR 07, 199, 267 und 305; 09, 350; NStZ 09, 91 mit Bespr Satzger JK 8; 10, 571 mit Bespr v Hentschel-Heinegg JA 10, 387; NStZ-RR 10, 178 und 11, 105; NStZ 11, 211 und 699, 702; 13, 581; NStZ-RR 12, 105; 13, 75, 76 und 89 [zu beiden Kudlich JA 13, 152]; 159, 160 und 169 sowie 341; NStZ 14, 35 mit Anm Schieman; HRRS 13 Nr 939 und Bespr Satzger JK 15 zu § 52; NStZ-RR 14, 133; StraFo 15, 299 und 300; NStZ 16, 668 und 670 mit PK Drees 672; Braunschweig NStZ 13, 593, 594; einschr auf Fälle einer einzigen Gewalttat bei Altvater NStZ 03, 21, 22; MK – Joecks 56) je nach Sachlage befassen

muss (NSTz 94, 585; StV 94, 654), bieten namentlich (zuf. Geppert Jura 01, 55, 57): die Motivation des Täters (zB unbedingt an das Geld des Opfers zu gelangen, NSTz-RR 00, 327); die **Gleichgültigkeit** des Täters gegenüber dem möglichen Erfolgseintritt (als „Einverstanden sein“ interpretiert von BGHSt 40, 304, 306; 50, 1, 7 [zu § 26; dort 4]; 2 StR 289/02 v 6. 11. 2002; in Gleichgültigkeitsfällen Vorsatz verneinend StV 95, 511; Bay NJW 03, 371, 372; s auch Schroth aaO S 793); sein Wissensstand, auch sein konkretes Wissen um die Gefährlichkeit der von ihm gewählten Angriffsart (zB von Brandanschlägen auf Ausländerwohnungen, NSTz-RR 96, 35; s auch NSTz 03, 265), die Schnelligkeit des Geschehensablaufs und die Spontanität des Taterschlusses (NZV 01, 266; StV 04, 74 und 12, 89; NSTz-RR 11, 73 und 12, 369 mit Bespr Satzger JK 5; NSTz 10, 571 und 14, 35; zu Spontanitäten Fischer 11 zu § 212); der Grad seiner Intelligenz (NJW 03, 836, 837); Einsichts- und Steuerungsfähigkeit (StV 92, 10; NSTz 03, 370), namentlich auch die jeweilige seelische Belastung (zB durch Alkohol, Drogen, Affekt; vgl etwa DAR 02, 274; NSTz 04, 51, 329 und 06, 169; NSTz-RR 04, 204; 07, 199 und 307; 10, 144; NSTz 09, 91 mit Bespr Satzger JK 8 und 503; 10, 571; 12, 151; NSTz-RR 12, 46; 13, 75, 76; nicht aber bei dennoch überlegtem und zielgerichteten Vorgehen, NSTz-RR 13, 341, 342; krit Roxin AT I 12/80); die Gefährlichkeit seiner Angriffsweise im Hinblick auf die jeweilige Tatsituation (NSTz 94, 483; NJW 99, 2533, 2534 mit Anm Ingelfinger JR 00, 299, 301), und seine Vermeidebemühungen (vgl 24; NSTz 03, 259 und NSTz-RR 06, 100, 101; Saarbrücken NSTz-RR 09, 80, 81; sogar unzureichende Vorkehrungen, NSTz 02, 316); der Umstand, ob er zugleich sich selbst (Köln NZV 92, 80) oder ihm nahe stehende Personen gefährdet hat (etwa die Tochter, NSTz-RR 09, 173, 175; vgl auch schon NSTz 88, 175 und NSTz-RR 07, 267, dazu Schroth aaO S 795); sein Nachtatverhalten, soweit es Rückschlüsse auf den psychischen Zustand zur Tatzeit zulässt (vgl NSTz-RR 06, 8, 9; NSTz-RR 07, 199; NSTz 07, 331 und 12, 443; nachträgliches Bedauern); Besonderheiten seiner Persönlichkeit, aus denen Hinweise auf die Motivlage ableitbar sind (NSTz-RR 08, 309, 310; zur Beweiswürdigung NJW 12, 2898 [Schönheitschirurg]; NSTz 12, 384; zuf. Schroth NSTz 90, 324 mit Erwiderung Frisch NSTz 91, 23; speziell zur AIDS-Problematik 10 zu § 224); die fußballerische Vorerfahrung des Täters und die Fähigkeit, heftige Fußtritte gegen den Kopf zu dosieren, können gegen das Willenselement sprechen (NSTz 13, 581). – Der Vorschlag von Puppe (ZStW 103, 1, 14, 40, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S 40 und NK 64–87), das voluntative Element nicht als psychologischen Befund, sondern normativ im Sinne einer „vernünftigen“ Einstellung zur jeweiligen Risikolage zu verstehen, ist problematisch, weil er die individuelle Entscheidung des Täters für die mögliche Rechtsgutsverletzung, die allein für die Begründung personalen Vorsatzunrechts tragfähig ist, ihres personalen Charakters entkleidet (krit Rudolphi/Stein SK 26 zu § 16; krit auch Ling aaO S 339; für durchgängige Normativierung aber auch Schild, Rehbinder-WidmSchr, S 119). Da überdies in diesem Modell der Maßstab der Vernünftigkeit weitgehend im Dunkeln bleibt, liegt es nahe, dass er nicht weniger unsicher und für Willkürentscheidungen anfällig ist als der Maßstab der Rspr, und zwar namentlich auch deshalb, weil die abschließende Bewertung in jedem Falle auf dem ebenso schwer beweisbaren Wissenselement (den Vorstellungen des Täters über die Risikolage) fußen muss (vgl etwa NSTz 87, 424, 88, 361 und 91, 126).

- 26 bb) Die in der Vergangenheit vielfach, heute aber kaum mehr vertretene **Wahrscheinlichkeitstheorie** leugnet ein voluntatives Element ganz und stellt für die Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit allein auf das Maß der vom Täter ange-

nommenen Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ab (Mayer AT S 121; eingehend Puppe NK 58–63, nach der sich die theoretischen Ausgangspositionen dieser Theorie durchgesetzt haben). Allerdings stehen dieser Lehre einige Varianten der Einwilligungstheorie verhältnismäßig nahe. Das gilt zB für die Ansicht von Welzel (S 68), nach der es darauf ankommt, ob der Täter mit dem Eintritt des Erfolges rechnet oder auf sein Ausbleiben vertraut, ferner für die sog. „Gefährdungstheorie“, nach der ausschlaggebend ist, ob sich der Täter von seinem Vorhaben nicht abhalten lässt, obwohl er die konkrete Gefahr der Tatbestandsverwirklichung erkennt (Otto NJW 79, 2414 und GK 1 7/34–37; Brammsen JZ 89, 71, 78), und schließlich auch für die sog. „Vereinigungstheorie“, die voraussetzt, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung billigt, für wahrscheinlich hält oder ihr völlig gleichgültig gegenübersteht (Schroeder LK¹¹ 85–93 zu § 16; ebenso Joecks MK 63 zu § 16; zur **Gleichgültigkeit** als möglichem Vorsatzelement in der Rspr vgl 25; Hermanns/Hülsmann JA 02, 140, 141; Sch/Sch-Sternberg-Lieben²⁸ 84; aus Gleichgültigkeit in Kauf nehmen; krit zum Vorsatz als Gleichgültigkeit Puppe NK 56, 57; Kindhäuser, Eser-FS, S 345, 356 und AT 14/26, 29; Walter aaO [vgl 8] S 185; zur „Gleichgültigkeit als *dolus indirectus*“ Jakobs ZStW 114, 584, der beides annimmt, wenn der Täter nur eigene Interessen wahrnimmt und eine sich aufdrängende Tatbestandsverwirklichung nicht bedenkt, S 595; krit Vogel GA 06, 386, 388).

cc) In Teilen des neueren Schrifttums wird ein selbstständiges voluntatives Element auch auf der **Grundlage abweichender Vorsatzkonzeptionen verneint** und bedingter Vorsatz – von Grenzfällen abgesehen – schon bei jedem Handeln im Bewusstsein möglicher Tatbestandsverwirklichung angenommen (**Möglichkeits-theorie**; vgl ua Schmoller ÖJZ 82, 259, 281; Schmidhäuser, Oehler-FS, S 135; Kindhäuser ZStW 96, 1 und GA 94, 197, 203; Hruschka, Kleinknecht-FS, S 191, 193; Schumann JZ 89, 427; Langer GA 90, 435, 458; Jakobs AT 8/8; Zieliński AK 18, 72–80 zu §§ 15, 16; im Ergebnis auch Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988, S 150; einschr Kargl, Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie, 1993, S 70, der das Bewusstsein überwiegender Wahrscheinlichkeit fordert). Diese Lehren suchen zwar unbestreitbare Schwächen der Einwilligungstheorien zu vermeiden. Meist verlagern sie diese aber nur ohne spürbare Verbesserung der Abgrenzungskriterien (vgl 25) in andere systematische Zusammenhänge (krit dazu Puppe ZStW 103, 1, 6, 9); denn sie sind genötigt, die nach ihrem Ausgangspunkt allein maßgebende Relevanz der Möglichkeitsvorstellung wieder einzugrenzen, um eine unangemessene Ausdehnung des Vorsatzbereichs zu verhüten (abl daher ua Spendel, Lackner-FS, S 167; Küpper ZStW 100, 758; Brammsen JZ 89, 71; Schultz, Spendel-FS, S 303). So wird zB das Erfordernis der Möglichkeitsvorstellung einschränkend interpretiert (so Schmidhäuser aaO, JuS 80, 241 und 87, 373, 377 sowie Stub 7/36–43) oder das kognitive und das voluntative Element in einem bestimmt strukturierten, auch Willensmomente einbeziehenden **Risikobewusstsein** (ein „Für-sich-so-Sehen“) konfundiert (so Frisch aaO [vgl 4] S 118, 162; Freund JR 88, 116 und AT 7/54, 68 [„normative Risikotheorie“ nach Murmann GK 24/32]; ähnlich Bottke, in: Schünemann/Pfeiffer [Hrsg], Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988, S 171, 193, und Mir Puig, Schünemann-Sym, S 77, 99) oder noch weitergehend eine Einschränkung schon des objektiven Tatbestandes der Vorsatzdelikte auf die Setzung „unabgeschirmter“ Gefahren postuliert (so Herzberg JuS 86, 249 und 87, 777, NJW 87, 1461, 1463 und 87, 2283 sowie JZ 88, 635 und 89, 470, 476, mit Gesetzesvorschlag jetzt auch in: Schwind-FS, S 317, 336; zust Schlehofer NJW 89, 2017, 2018; krit. Jakobs RW 10, 283, 294, nach Vorsatz der

„Wille mit dem Inhalt“ ist, „eine entscheidungsrelevante Gefahr zu gestalten“; ähnlich Puppe NK 64–87 und 68–74 zu § 16, die auf die Setzung einer „qualifizierten“ Gefahr abstellt [krit Lüderssen, Schreiber-FS, S 289, 299, Roxin, Rudolphi-FS, S 243, Herzberg, Schwind-FS, S 317, 326 und Jakobs RW 10, 283, 295]; abl ua Prittwitz StV 89, 123, 124; Jakobs AT 8/29a; s auch Canestrari GA 04, 210, nach dem sich der Vorsatz zunächst auf ein nicht erlaubtes Risiko beziehen muß). Im ganzen ist die Diskussion noch zu wenig fortgeschritten, um darauf einen grundsätzlichen, auch für die Rspr annehmbaren Umbau der Vorsatzlehre gründen zu können. Unergiebig ist jedenfalls eine sprachliche Kontroverse (ebenso Roxin AT I 12/72 und Sch/Sch-Sternberg-Lieben 12–14). Zwar werden die voluntativen Voraussetzungen des Vorsatzes umgangssprachlich nur zum Teil von dem in der Kurzformel (vgl 3) verwendeten Begriff des Wollens gedeckt (so mit Recht Schmidhäuser, Oehler-FS, S 135; s auch Morselli ZStW 107, 324). Das hat aber für die Konstituierung des Vorsatzbegriffs keine Aussagekraft (Spendel aaO) und ist deshalb auch untauglich, als Sachargument für die Forderung nach vollständigem Verzicht auf das voluntative Element zu dienen (hM; anders Schmidhäuser aaO S 137, 146; s auch Langer, Geerds-FS, S 51, 68). Der sprachliche Einwand legt allenfalls eine Präzisierung der (unexakten) Kurzformel nahe. – Kritisch zur Verabsolutierung einzelner Kriterien Duttge JahrbRuE 03, 103, 109, der auf die relevanten Aspekte der Situation abstellen will.

- 28 c) Grundsätzlich reicht **jede Vorsatzform** zur Erfüllung des inneren Tatbestandes aus, es sei denn, dass sich aus Wortlaut oder Zweck der einzelnen Vorschrift etwas anderes ergibt (Vogel LK¹² 96). Der Ausschluß des dolus eventualis als Vorsatzform ist dem StGB nicht fremd (KG NJW 14, 3798, 3800); so etwa §§ 87 I, 126 II, 134, 145, 164, 187, 201 III, 241 II, 258, 279, 344; aus dem Nebenstrafrecht: § 95 II Nr 2 Aufenthaltsg und § 38 Nr 2 PfandbriefG. – Bei den konkreten Gefährungsdelikten (32 vor § 13) braucht sich der (direkte oder bedingte) Vorsatz nur auf die Gefährdung zu beziehen (sog **Gefährdungsvorsatz**; zusf Wolters LdRerg 8/1900, S 9). Er deckt sich nicht mit dem Verletzungsvorsatz; denn die Erwartung, den Schaden vermeiden zu können, schließt nicht aus, dass der Täter die Gefahr (nicht den Schaden) als notwendige Folge der Tathandlung ansieht oder sie als deren mögliche Folge billigend in Kauf nimmt (BGHSt 22, 67, 73; 26, 244, 246; NSTz 01, 247 mit Bespr Heger JA 01, 631; v Hippel ZStW 75, 433; Küpper ZStW 100, 758, 768; Sch/Sch-Sternberg-Lieben 98a; Fischer 10; Hoyer SK 11 Anh zu § 16; iE auch Frisch aaO [vgl 4] S 290; Joerden aaO [vgl 27] S 151; Schünemann, Hirsch-FS, S 363, 375; Radtke NSTz 00, 88, 89; aM Horn, Konkrete Gefährungsdelikte, 1973, S 204; Wolter JuS 81, 168, 171; Schmidhäuser, Oehler-FS, S 135, 153; nach Stein, Wolter-FS, S 521, setzen vorsätzliche Gefährlichkeits- und konkrete Gefährungsdelikte Verletzungsvorsatz voraus); allerdings setzt dabei die erforderliche Bedeutungskennntnis (vgl 14) voraus, dass diese Folge auch vom Täter als bedrohlicher Zustand begriffen wird (Meyer-Gerhards JuS 76, 228; s auch NZV 96, 457).

- 29 d) Bisweilen treffen **mehrere Vorsatzformen** in der Weise zusammen, dass der Täter zwar nur eine Handlung vornehmen will, dabei aber mehrere, einander nach den Umständen ausschließende Tatbestandsverwirklichungen anstrebt oder in Kauf nimmt (sog **Alternativvorsatz**), etwa wenn er Wild entwendet, das nach seiner Kenntnis entweder noch herrenlos ist (§ 292) oder schon einem anderen gehört (§ 242), oder wenn er einen Schuss abgibt, um entweder einen Menschen (§§ 211, 212) oder wenigstens den ihn begleitenden Hund (§ 303) tödlich zu tref-

fen. Da der Täter in solchen Fällen jeweils alle beteiligten Rechtsgüter verletzt oder gefährdet hat, kommt nach hM Strafbarkeit in Bezug auf alle Möglichkeiten (bei dem jeweils objektiv nicht verwirklichten Tatbestand uU wegen Versuchs) in Frage (Schlehofer aaO [vgl 4] S 173, Köhler AT S 169; Roxin AT I 12/92–94; Zieschang AT Rdn 173; Puppe NK 115, 116; Rudolphi/Stein SK 50 zu § 16); vorzugswürdig ist die Auffassung, die den Vorsatz des schwereren Delikts für maßgeblich hält (Kühl JuS 80, 273, 275; Otto GK 1 7/23; Vogel LK¹² 136; diff Schmitz ZStW 112, 301, 318, 332; Heinrich AT Rdn 294; Sch/Sch-Sternberg-Lieben²⁸ 90–92; W-Beulke/Satzger AT Rdn 231–237; vgl auch Joerden ZStW 95, 565, JZ 90, 298 und 02, 414, 415; Silva Sánchez ZStW 101, 352, 379; Walter aaO [vgl 8] S 299; Konkurrenzproblem; zusef Jeßberger/Sander JuS 06, 1065). Dagegen ist beim **kumulativen Vorsatz**, bei dem der Täter davon ausgeht, dass neben der primär gewollten Tatbestandsverwirklichung ein weiterer Erfolg eintreten könnte, Tateinheit zwischen den versuchten bzw vollendeten Straftaten anzunehmen (Satzger Jura 08, 112, 118; Kühl AT 5/27b; s auch NSTZ-RR 06, 168 mit zust Bespr Satzger JK 35 zu § 24; krit aber Bosch JA 06, 330).

4. Die Wissens- und Willenseite des Vorsatzes sind nur verschiedene Elemente **30**
desselben komplexen psychologischen Sachverhalts. Der Versuch, das Wesen des Vorsatzes vornehmlich aus seinem Wissenselement (Vorstellungstheorie) oder seinem Willenselement (Willenstheorie) zu erklären, hat überwiegend nur noch dogmengeschichtliche Bedeutung (M-Zipf AT 1 22/14–17).

5. Der unter 4–30 erläuterte Vorsatz ist ein wertfreier psychologischer Sachverhalt (str für den bedingten Vorsatz). Dass er als solcher selbstständige Bedeutung erlangen kann (zB im Rahmen des § 20), ist allgemein anerkannt. Ein Kernpunkt der wissenschaftlichen Auseinandersetzungen in den letzten Jahrzehnten (zu deren historischem Ablauf Jescheck ZStW 93, 3, 32) war jedoch die Frage, ob der Vorsatz sich in der psychologischen Beziehung des Täters zur Tat erschöpft (sog „natürlicher“ Vorsatz) oder ob er als **dolus malus** noch ein zusätzliches Moment voraussetzt, nämlich das Bewusstsein (die Einsicht), Unrecht zu tun (Unrechtsbewusstsein, 2 zu § 17; vgl Jakobs AT 19/14 und in: Rudolphi-FS, S 107, 110; krit Schünemann ZStW 126, 1, 13).

a) Das **Reichsgericht** (zB RGSt 61, 242, 258; 62, 289; 63, 215, 218) hat das Erfordernis des Unrechtsbewusstseins unter Hinweis auf den Wortlaut des § 59 aF grundsätzlich verneint (error iuris nocet). **32**

b) Die **Vorsatztheorie**, die in Frontstellung zu der mit dem Schuldprinzip vereinbaren Rspr des RG entstanden ist und auch heute noch vereinzelt in der Wissenschaft vertreten wird (1 zu § 17), sieht im Unrechtsbewusstsein das Kernstück des Vorsatzes (Sch/Sch-Cramer¹⁹ 101). Sie ist trotz mancher gewichtiger Argumente von der Rspr vor allem deshalb verworfen worden, weil sie zu dem kriminalpolitisch unbefriedigenden Ergebnis führt, dass der vorwerfbar (sog Rechtsfahrlässigkeit), aber ohne Unrechtsbewusstsein handelnde Täter straffrei bleiben muss, wenn die fahrlässige Begehung nicht mit Strafe bedroht ist. Das 2. StrRG hat der Vorsatztheorie durch § 17 den Boden entzogen. – Zum Zivilrecht Walker AL 15, 102, 11). **33**

c) Die **Schuldtheorie**, der sich die Rspr seit BGHSt-GS-2, 194 angeschlossen hat und die jetzt auch durch § 17 (dort 1) bestätigt wird, trennt Vorsatz und Unrechtsbewusstsein (zust Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben JuS 12, 884, 887). Sie geht davon aus, dass die tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung, die auch **34**

die erforderliche psychische Beziehung des Täters zur Tat aufweist, als Objekt der Schuldbewertung von der Wertung selbst zu scheiden sei. Bei dieser Betrachtung kann der Vorsatz nur ein selbstständiges, vom normativen Schuldurteil unabhängiges Schulelement (so wohl noch die Rspr) oder schon ein Element der tatbestandsmäßigen Handlung sein (so mit Recht die personalen Unrechtslehren, 20 vor § 13); dabei schließt die letzte Ansicht nicht aus, dem Vorsatz eine Doppelfunktion in dem Sinne zuzuweisen, dass er im Unrechtstatbestand Träger des subjektiven Handlungssinns ist und zugleich im Schuldbereich (etwa als Träger des Gesinnungsunwerts, Galas, Beiträge, S 55) eine besondere Schuldform bildet (W-Beulke/Satzger AT Rdn 142; aM Schroth, Kaufmann [Arth]-FS, S 595, 601; s auch Hirsch ZStW 94, 239, 257 und in: Otto-FS, S 307, 314; Schünemann GA 85, 341, 360; ferner Ziegert, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987, S 162, der aus der finalen Handlungslehre einen zweiseitigen Vorsatzbegriff ableitet, in dem die Handlungsentscheidung dem Tatbestand und die Entscheidung für die Rechtsgutsverletzung der Schuld zugeordnet wird; krit zur Doppelstellung des Vorsatzes Röttger, Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss, 1993, S 241). Da die Unrechthandlung stets vorwerfbar ist, wenn der Täter die Fähigkeit hatte, sich durch die entgegenstehende Rechtsnorm zur Nichtvornahme der Handlung motivieren zu lassen, ist zur Begründung des Schuldurteils kein aktuelles Unrechtsbewusstsein erforderlich; es genügt die ungenutzte Möglichkeit, zu ihm vorzudringen (potenzielles Unrechtsbewusstsein). Daraus folgt, dass das fehlende Unrechtsbewusstsein den Vorsatz unberührt lässt, wohl aber die Schuld ausschließt, wenn der Täter nach den Umständen nicht in der Lage war, das Unrecht der Tat zu erkennen (vgl zB BGHSt-GS-2, 194).

- 35 **III. Fahrlässig** handelt, wer entweder die Sorgfalt außer acht lässt, zu der er nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und fähig ist, und deshalb die Tatbestandsverwirklichung nicht erkennt (unbewusste Fahrlässigkeit; vgl § 18 I E 1962) oder wer die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, jedoch pflichtwidrig und vorwerfbar im Vertrauen darauf handelt, dass sie nicht eintreten werde (bewusste Fahrlässigkeit; vgl § 18 II E 1962). – Sowohl der genaue Inhalt des Fahrlässigkeitsbegriffs wie auch seine Integration in den Deliktsaufbau sind **noch nicht abschließend geklärt** und in Teilbereichen sehr umstritten. Die Meinungsverschiedenheiten beruhen auf unterschiedlichen (zB normlogischen, normtheoretischen usw) Ansätzen und den daraus folgenden divergierenden Entwicklungen in der Unrechtslehre (18–21 vor § 13). Sie führen nur selten zu abweichenden Ergebnissen, wohl aber zu einer schwer überschaubaren Vielfalt von Aufbaumodellen und Systembegriffen.

Zu ausgearbeiteten Konzeptionen außerhalb der Lehrbuch- und Kommentarliteratur vgl etwa Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961 (dazu Jakobs, in: Frisch [Hrsg], Lebendiges und Totes ..., 2015, S 257, 272); Armin Kaufmann ZfRv 64, 41; Jescheck, Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, 1965; Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; Jakobs ZStW Beiheft 74, 6; Schünemann JA 75, 435, 511, 575, 647, 715, 787 und in: Meurer-GS, S 37, 39; Schmidhäuser, Schaffstein-FS, S 129; Gössel, Bruns-FS, S 43 und Bengl-FS, S 23; Fünfsinn, Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht, 1985; Schöne, Kaufmann (H)-GS, S 649; Donatsch, Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt, 1987; Kremer-Bax, Das personale Verhaltensunrecht der Fahrlässigkeitstat, 1999; s auch Schroeder ZStW 91, 257; Gössel ZStW 91, 270; Maiwald JuS 89, 186; Kindhäuser GA 94, 197; Burkhardt, in: Wolters/Freund (Hrsg), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S 99; Überblick über die „Lösungsstrategien“ Koriath, Jung-FS, S 397, 400; aus der Ausbildungsliteratur vgl Quentin JuS 94, L 41, 49,