

Examinatorium Strafrecht / AT / Vorsatz / Bedingter Vorsatz – Arbeitsblatt Nr. 32

Abgrenzung: Bedingter Vorsatz – Bewusste Fahrlässigkeit

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: T ist in das Haus des O eingedrungen und hat einige wertvolle Juwelen eingesteckt. Dabei hat O ihn auf frischer Tat ertappt. Bei der anschließenden Verfolgung zieht T einen Revolver und gibt mehrere Warnschüsse ab. Da O die Verfolgung nicht aufgibt, zielt T auf die Beine des O, um diesen an der weiteren Verfolgung zu hindern. Dabei geht er davon aus, dass der abgegebene Schuss für den O tödlich sein kann, was für ihn zwar unerwünscht ist, womit er sich aber abfindet. O stirbt.

Die Frage, ob T wegen Mordes gemäß §§ 211, 212 oder wegen fahrlässiger Tötung gemäß § 222 StGB zu bestrafen ist, hängt davon ab, ob er vorsätzlich handelt oder nicht. Dabei kommt es darauf an, welche Anforderungen an das voluntative Element des Vorsatzes zu stellen sind.

I. Wissenstheorien (kognitive Theorien):

1. Möglichkeitstheorie

Vertreter: *Daleman/Heuchemer*, JA 2004, 466; *Freund*, § 7 Rn. 70 f.; *Frister*, 11. Kap. Rn. 25; v. *Heintschel-Heinegg*, JA 2010, 387 (388 Fn. 10); *Kindhäuser/Zimmermann*, § 14 Rn. 27; *Lesch*, JA 1997, 805; *Morkel*, NStZ 1981, 178; *Schmidhäuser*, SB, 7/101; *ders.*, JuS 1980, 241; *ders.*, GA 1958, 161 (180 f.); *Schumann*, JZ 1989, 30.

Inhalt: Vorsätzlich handelt, wer den Erfolgseintritt für möglich hält.

Argument: Auch wer die Deliktsverwirklichung nur für möglich hält, setzt sich über eine Verbotsnorm bewusst hinweg. Mehr kann nicht erforderlich sein. Zwischen der Möglichkeit und der Inkaufnahme des Erfolges besteht Identität.

Konsequenz: Auf ein voluntatives Element wird vollständig verzichtet.

Kritik: Auch die bewusste Fahrlässigkeit umfasst die Möglichkeit des Erfolgseintritts. Eine Abgrenzung ist daher nur über den Willen möglich.

2. Wahrscheinlichkeitstheorie

Vertreter: *H. Mayer*, Strafrecht, AT, 1967, S. 120 f.; *Prittwitz*, JA 1988, 486; *Welzel*, § 13 I 2c.

Inhalt: Vorsätzlich handelt, wer den Erfolgseintritt für wahrscheinlich (d.h. nicht nur für möglich) hält.

Argument: Nicht bereits die vage Möglichkeit, sondern erst die Wahrscheinlichkeit ist eine objektive beweisbare Tatsache, die die schwerere Vorsatzform rechtfertigt. Sich den Erfolg nur als ganz entfernt möglich vorzustellen, darf noch nicht ausreichen.

Konsequenz: Auf ein voluntatives Element werden vollständig verzichtet, aber strengere Anforderungen an das Wissenselement.

Kritik: Auch bewusste Fahrlässigkeit umfasst Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts. Eine Abgrenzung ist daher nur über den Willen möglich.

II. Willentheorien (voluntative Theorien):

3. Billigungstheorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** BGHSt 7, 363 (368 f.); BGHSt 14, 240 (256); BGHSt 21, 283 (285); BGHSt 36, 1 (9); BGHSt 44, 99 (102); BGH NStZ 1982, 506; BGH StV 1986, 197; BGH NStZ 1998, 616; BGH NStZ 2009, 629 (630); BGH NStZ 2011, 699 (701 f.).

Aus der Literatur: *Baumann/Weber/Misch/Eisele*, § 11 Rn. 26 f.; *Heinrich*, Rn. 300; *Hermanns/Hülsmann*, JA 2002, 140 (141); *Maurach/Zipf*, AT I, § 22 Rn. 34.

Inhalt: Vorsätzlich handelt, wer den Erfolgseintritt für möglich hält und den Erfolg billigend in Kauf nimmt oder sich jedenfalls mit ihm abfindet.

Argument: Der Wille muss das entscheidende Kriterium sein. Vorsätzlich ist nur die gewollte Tat. Von einem Willen der Tat ist jedoch nur bei Billigung des Erfolges zu sprechen.

Konsequenz: Der Vorsatztäter muss den Erfolg billigen.

Kritik: Infolge mangelnder Feststellbarkeit des rein subjektiven Willens ist ein Vorsatz oft nicht nachweisbar.

4. Gleichgültigkeitstheorie

Vertreter: *Beulke*, JURA 1988, 644; *Engisch*, NJW 1955, 1689; *Gallas*, ZStW 67 (1955), 43; *LK-Schroeder*, 11. Aufl., § 16 Rn. 93; *Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 Rn. 84.

Inhalt: Vorsätzlich handelt, wer den Erfolgseintritt für möglich hält und Erfolg als Nebenfolge positiv gutheißt oder gleichgültig hinnimmt.

Argument: Der Vorsatz als schwerere Schulform darf nicht schon bei Inkaufnahme des Erfolges, sondern erst bei rücksichtsloser Gleichgültigkeit angenommen werden. Bei Ungewissheit des Erfolges ist allein die Gleichgültigkeit ein geeignetes Kriterium.

Konsequenz: Der Vorsatztäter darf den Erfolg nicht als unerwünscht ansehen.

Kritik: Infolge mangelnder Feststellbarkeit des rein subjektiven Willens ist ein Vorsatz oft nicht nachweisbar.

5. Vermeidungstheorie

Vertreter: *Behrendt*, JuS 1989, 945 (950); *Armin Kaufmann*, ZStW 70 (1958), 74 f.; *Schlehofer*, NJW 1989, 2020; *Schroth*, JuS 1992, 8.

Inhalt: Vorsätzlich handelt, wer den Erfolgseintritt für möglich hält und dessen steuernder Wille nicht auf Vermeidung gerichtet ist.

Argument: Nur ein durch Einsatz von Mitteln geäußelter Vermeidungswille kann bei als möglich vorgestelltem Taterfolg den Herbeiführungswillen ausschließen. Die Notwendigkeit der äußerlichen Manifestation führt zu klaren Abgrenzungen.

Konsequenz: Nur wer Anstalten dazu trifft, einen als möglich vorgestellten Erfolg zu vermeiden, handelt nicht vorsätzlich.

Kritik: Die Notwendigkeit tatkräftiger Vermeidung ist nur bei wenigen Tatmodalitäten überhaupt denkbar.

6. Ernstnahmetheorie

Vertreter: *Blei*, § 32 IV; *Gropp/Sinn*, § 4 Rn. 192 f.; *Hoffmann-Holland*, Rn. 166; *Jescheck/Weigend*, § 29 III 3a; *Kühl*, § 5 Rn. 85; *Roxin/Greco*, AT I, § 12 Rn. 29; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 8 Rn. 117 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 333 ff.; *Wolff*, Gallas-FS 1973, 197 (225).

Inhalt: Vorsätzlich handelt, wer die Möglichkeit des Erfolgseintritts ernst nimmt und sich mit ihr abfindet.

Argument: Das Wesen des Vorsatzes liegt in der Entscheidung des Täters für eine mögliche tatbestandsmäßige Rechtsgutsverletzung. Hierzu ist es Voraussetzung, dass der Täter den Erfolg ernst nimmt und nicht nur einen möglichen Erfolg verdrängt.

Konsequenz: Auf ein voluntatives Element wird insoweit verzichtet, als es bei Ernstnahme der Gefahr unterstellt wird.

Kritik: Auch das Kriterium der „Ernstnahme“ der Gefahr durch den Täter ist letztlich kaum feststellbar.

III. Risikotheorien:

7. Subjektiviertete Risikotheorie

Vertreter: *Freund*, JR 1988, 117; *Frisch*, JuS 1990, 366; *Geppert*, JURA 1986, 610 (612); *Philippis*, ZStW 85 (1973), 38.

Inhalt: Vorsätzlich handelt, wer sich in voller Kenntnis des mit seiner Handlung verbundenen Risikos dennoch für die Handlung entscheidet, sofern das Risiko von der Rechtsordnung nicht toleriert wird.

Argument: Bloßes Wissen um das Risiko des Handelns kann nicht ausreichen. Es muss ein gewisses Maß festgestellt werden, welches von der Rechtsordnung nicht toleriert wird. Nicht normrelevante „kleine“ Risiken können hier ausgeschlossen werden.

Konsequenz: Der Vorsatztäter muss bewusst riskant gehandelt haben. Auf ein voluntatives Element wird hierbei verzichtet.

Kritik: Auch hier ist eine klare Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit durch Nichtbeachtung des voluntativen Elements nicht möglich.

8. Objektiviertete Ernstnahmetheorie

Vertreter: *Herzberg*, JuS 1986, 262; *ders.*, JuS 1987, 780; *ders.*, JZ 1988, 638; *NK-Puppe*, § 15 Rn. 88 ff.

Inhalt: Vorsätzlich handelt, wer eine unerlaubte und unabgeschirmte Gefahr in Gang setzt.

Argument: Es kommt nicht darauf an, dass der Täter eine erkannte Gefahr ernstgenommen, sondern dass er eine ernstzunehmende Gefahr erkannt hat. Die Abgrenzung Vorsatz-Fahrlässigkeit geschieht damit bereits im objektiven Tatbestand.

Konsequenz: Auf ein voluntatives Element wird verzichtet.

Kritik: Im Normalfall setzt der Täter ja gerade eine nicht abgeschirmte Gefahr in Gang.