

Vorsatzdogmatik in Deutschland

Von Prof. Dr. Helmut Frister, Düsseldorf

I. Einführung

1. Eingrenzung des Themas

Lassen sie mich zunächst das Thema meiner Überlegungen ein wenig eingrenzen. Ich werde mich auf den Begriff des Vorsatzes, d.h. insbesondere auf die Abgrenzung des Vorsatzes von bloßer Fahrlässigkeit beschränken. Den Vorsatzgegenstand, also die Unterscheidung von Tatbestands- und Subsumtionsirrtum und die Zurechnung zum Vorsatz, d.h. die Behandlung von Abweichungen vom vorgestellten Kausalverlauf werde ich nicht erörtern. Ebenfalls ausklammern möchte ich die Vorsatzfeststellung, weil es hierzu den Beitrag von *Mark Deiters*¹ gibt und sich auch *Ingeborg Puppe*² in ihrem Beitrag mit den Bestrebungen zu einer Normativierung der Vorsatzfeststellung befassen wird.

2. Aufbau

Meine Überlegungen gliedern sich in zwei Teile. Im ersten beschäftige ich mich mit dem traditionellen und in Rechtsprechung und Lehre noch immer vorherrschenden Verständnis des Vorsatzes als „Wissen und Wollen“ des tatbestandsmäßigen Geschehens. Ich werde die Kritik an dem nach diesem Verständnis erforderlichen Willenselement des Vorsatzes erörtern und dabei herausarbeiten, dass der Streit zwischen dem traditionellen Vorsatzverständnis und der auf ein selbständiges Willenselement verzichtenden Möglichkeits-theorie nicht inhaltlicher Natur ist, sondern lediglich die Frage betrifft, wie man die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit am besten beschreibt.

Der zweite Teil ist in erster Linie der Wahrscheinlichkeitstheorie und ihrer modernen Weiterentwicklung, der Lehre von der Vorsatzgefahr, gewidmet. Auf der Grundlage der im ersten Teil hoffentlich erfolgten begrifflichen Klärung werde ich zunächst das Verhältnis dieser Lehren zum traditionellen Vorsatzverständnis analysieren und sodann der Frage nachgehen, ob die Kenntnis einer Vorsatzgefahr als alleiniges oder zusätzliches Kriterium zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit zu überzeugen vermag. Abschließend werde ich noch kurz auf die vereinzelt erhobene Forderung nach einer vollständigen „Normativierung“ des Willenselements des Vorsatzes eingehen, die auf der Radikalisierung von Erwägungen beruht, die bereits der Lehre von der Vorsatzgefahr zugrunde liegen.

II. Das traditionelle Vorsatzverständnis

1. Das Willenselement des Vorsatzes

Nach traditioneller Vorstellung setzt der Vorsatz voraus, dass der Täter das tatbestandsmäßige Geschehen zumindest für möglich hält und es billigend in Kauf nimmt.³ Die als Wil-

lenselement des Vorsatzes bezeichnete billigende Inkaufnahme wird dabei seit dem „Lederriemen“-Urteil des Bundesgerichtshofs⁴ nicht mehr dahingehend verstanden, dass dem Täter das tatbestandsmäßige Geschehen erwünscht sein muss. Vielmehr nimmt ein Täter das tatbestandsmäßige Geschehen bereits dann billigend in Kauf, wenn er die Vermeidung dieses Geschehens gegenüber den mit seiner Handlung verfolgten Zielen als nachrangig bewertet.

Auf der Grundlage dieser Begriffsbestimmung lässt sich das Willenselement des Vorsatzes auch in Fällen annehmen, in denen der Täter das mit seiner Handlung verfolgte Ziel nur bei Nichteintritt des tatbestandlichen Geschehens erreichen kann. Das klassische Beispiel dafür ist der von *Lacmann* zur Widerlegung der sogenannten ersten *Frankschen* Formel⁵ erdachte Schießbudenfall⁶: Auf einem Rummelplatz wettet der Handelnde mit einem anderen Besucher darum, dass er an einer Schießbude dem Mädchen, das die Kunden bedient, eine Glaskugel aus der Hand schießen werde, ohne es zu verletzen. Falls er das Mädchen doch verletzt, plant er, das Gewehr fallen zu lassen und in der Menge unterzutauchen.

Ungeachtet der Tatsache, dass der Täter eine Verletzung des Mädchens gerade vermeiden muss, um seine Wette zu gewinnen, nimmt er die Möglichkeit einer solchen Verletzung im Sinne des traditionellen Vorsatzverständnisses billigend in Kauf. Wie sich aus der Existenz eines Plan B für den Fall der Verletzung des Mädchens unzweifelhaft ergibt, vertraut er gerade nicht darauf, dass es ihm gelingen werde, das Mädchen nicht zu verletzen. Damit bewertet er die Vermeidung einer Verletzung des Mädchens als nachrangig gegenüber seinem Interesse am Abschluss der Wette.

Als anders *Ingeborg Puppe* halte ich die Aussagekraft des *Lacmannschen* Schießbudenfalls für begrenzt. Aus ihm ergibt sich kein grundsätzlicher Einwand gegen die traditionelle Vorstellung, der Vorsatz unterscheide sich von der Fahrlässigkeit durch die mit der Tat zum Ausdruck gebrachte Ein-

recht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 4 Rn. 174 ff.; *Krey/ Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016, Rn. 396 ff.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 5 Rn. 85; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 14 Rn. 30; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 21 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 8 Rn. 117 ff.; *Zieschang*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2017, Rn. 123 ff.

⁴ BGHSt 7, 363 (368 ff.); zur vorherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts vgl. RGSt 33, 4 (5 f.); 72, 36 (44); 76, 115 (116).

⁵ Nach dieser Formel soll für das Willenselement des Vorsatzes maßgeblich sein, ob der Täter auch gehandelt hätte, wenn er den Eintritt des tatbestandsmäßigen Geschehens als sicher vorausgesehen hätte; vgl. *Frank*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl. 1931, § 59 Anm. V, S. 190.

⁶ *Lacmann*, GA 58 (1911), 109 (119); *ders.*, ZStW 31 (1911), 142 (159).

¹ *Deiters*, ZIS 2019, 401.

² *Puppe*, ZIS 2019, 409.

³ So – ungeachtet der uneinheitlichen Terminologie – *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 84; *Gropp*, Straf-

stellung des Täters zum tatbestandlichen Geschehen.⁷ Der Fall macht klar, dass der Vorsatztäter das tatbestandliche Geschehen nicht erstrebt haben muss, spricht aber in keiner Weise gegen die These, dass er sich dafür entschieden haben muss, der Vermeidung dieses Geschehens nicht den Vorrang zu geben. Man mag sich daran stoßen, dass diese Entscheidung von dem traditionellen Vorsatzverständnis als Wille zur Herbeiführung eines solchen Geschehens bezeichnet wird.⁸ Aber dies ist allenfalls eine terminologische Ungenauigkeit, aus der sich keine sachlichen Einwände gegen die traditionelle Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit ableiten lassen.

2. Selbständigkeit des Willenselements?

Sachlich fragwürdig ist die traditionelle Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht, weil sie ein den Vorsatz von der Fahrlässigkeit unterscheidendes Willens- oder Einstellungselement postuliert, sondern weil sie davon ausgeht, dass dieses Willenselement bei der Begründung des Vorsatzes selbständige Bedeutung hat. Das Willenselement soll sich nicht bereits aus dem Wissenselement ergeben, sondern – wie der Bundesgerichtshof immer wieder betont⁹ – in jedem Einzelfall zusätzlich festgestellt werden müssen.

Wenn sich aber das Willenselement des Vorsatzes in der bewussten Entscheidung erschöpft, der Vermeidung des tatbestandlichen Geschehens nicht den Vorrang zu geben, dann ist nicht ersichtlich, wie dieses Element bei einem in Kenntnis des Risikos der Verwirklichung dieses Geschehens handelnden Täter fehlen kann. Wer sich in Kenntnis des mit einer Handlung verbundenen Risikos dafür entscheidet, die betreffende Handlung vorzunehmen, der trifft damit zugleich die Entscheidung, der Vermeidung dieses Risikos nicht den Vorrang zu geben. Das eine ist nur die Kehrseite des anderen.¹⁰

Rechtsprechung und herrschende Lehre leugnen diesen im Grunde auf der Hand liegenden Zusammenhang, weil sie befürchten, ohne das Korrektiv eines selbständigen Willenselements zu einer zu weitgehenden Ausdehnung der Vorsatzstrafbarkeit zu gelangen. In der Tat gibt es eine ganze Reihe von mehr oder weniger alltäglichen Fällen, in denen die Annahme vorsätzlichen Handelns unangemessen wäre, obwohl der Täter die Möglichkeit der Verwirklichung des tatbestandsmäßigen Geschehens erkannt zu haben scheint.

⁷ So aber *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 15 Rn. 40.

⁸ Vgl. *Puppe* (Fn. 7), § 15 Rn. 40, mit dem berechtigten Hinweis, dass ein Täter, der – wie im *Lacmannschen* Schießbudenfall – alltagssprachlich den tatbestandlichen Erfolg gerade vermeiden will, dessen Eintritt nicht zugleich in einem alltagssprachlichen Sinne „wollen“ kann; ähnlich bereits *Lacmann*, *ZStW* 30 (1910), 767 (795).

⁹ BGHSt 7, 363 (368 f.); 36, 1 (9 ff.); 63, 88 (93 f.) m.w.N.

¹⁰ Vgl. dazu bereits *Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, 1983, S. 262 f.; *Frister*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2018, Kap. 11 Rn. 22 und 24 m.w.N.

Ein Paradebeispiel für einen solchen Fall ist das im Straßenverkehr immer wieder zu beobachtende Überholen auf einer zweispurigen Straße vor einer Kurve oder Bergkuppe. Weil die Autofahrer bei diesen Überholmanövern in der Regel durchaus wahrnehmen, dass sie die Gegenfahrbahn nicht einsehen können, und sie zumeist auch wissen, dass ein Zusammenstoß mit dem Gegenverkehr tödlich sein kann, scheint kein Weg an der Feststellung vorbei zu führen, sie hätten einen tödlichen Unfall als möglich vorhergesehen.

Um nicht jedes dieser hochriskanten, aber gleichwohl immer wieder zu beobachtenden Überholmanöver als zumindest versuchten Totschlag ahnden zu müssen, postuliert die herrschende Meinung, dass die Fahrer in einem solchen Fall typischerweise lediglich „bewusst fahrlässig“ handeln. Sie würden die Möglichkeit eines tödlichen Unfalls zwar erkennen, aber in der Regel nicht billigend in Kauf nehmen, weil sie ernsthaft darauf vertrauten, dass es nicht zu einem tödlichen Unfall kommen werde.¹¹

Dem naheliegenden Einwand, dass wer ernsthaft darauf vertraue, dass etwas nicht geschehe, dieses Geschehen auch nicht oder zumindest nicht mehr ernsthaft für möglich halte, beugt das traditionelle Vorsatzverständnis mit dem Hinweis vor, dass das ernsthafte Vertrauen des Täters in den Fällen der bewussten Fahrlässigkeit irrationaler Natur sei. Der Täter halte das tatbestandsmäßige Geschehen zwar für möglich, vertraue aber zugleich „irrational“ darauf, dass es nicht eintreten werde.¹²

Diese Beschreibung ergibt einen Sinn, wenn man sich für das rationale Für-möglich-Halten mit einer abstrakt bleibenden Gefahrvorstellung begnügt, d.h. nicht verlangt, dass der Täter sich das Risiko des tatbestandsmäßigen Geschehens für den konkreten Fall dadurch bewusst macht, dass er den gefahr begründenden Sachverhalt unter sein Erfahrungswissen subsumiert.¹³ Solange eine solche Subsumtion nicht erfolgt, kann ein in Kenntnis des gefahr begründenden Sachverhalts handelnder und über das erforderliche Erfahrungswissen verfügender Täter „irrational“, d.h. unter Außerachtlassung seines eigenen Erfahrungswissen, auf das Ausbleiben des tatbestandsmäßigen Geschehens vertrauen.

Die beschriebenen riskanten Überholmanöver bei nicht einsehbarer Gegenfahrbahn sind ein typisches Beispiel für eine solche Konstellation. Die Autofahrer nehmen den gefahr begründenden Sachverhalt vollständig wahr und haben das zur Beurteilung von dessen Gefährlichkeit erforderliche Erfahrungswissen, aber sie wenden dieses vorhandene Erfahrungswissen vor der Einleitung des Überholmanövers nicht oder nicht richtig an, messen ihm – aus welchen Gründen auch immer¹⁴ – für ihr eigenes Überholmanöver keine Bedeu-

¹¹ *Krey/Esser* (Fn. 3), Rn. 396.

¹² Vgl. etwa *Roxin* (Fn. 3), § 12 Rn. 42.

¹³ Vgl. zu diesem Erfordernis bereits *Frister* (Fn. 10), Kap. 11 Rn. 25; ähnlich zuvor schon *Schmidhäuser*, *JuS* 1980, 241.

¹⁴ Denkbare Gründe sind etwa Denkfaulheit, Ablenkung, aber auch Verdrängung, d.h. die mehr oder weniger bewusste Entscheidung, es lieber nicht so genau wissen zu wollen.

tung zu und machen sich damit das Risiko eines tödlichen Geschehens für den konkreten Fall nicht bewusst.

Mit der Kategorie der bewussten Fahrlässigkeit erfasst das traditionelle Vorsatzverständnis also offenbar die Fälle, in denen der Täter sämtliche für den Vorsatz erforderliche Wahrnehmungen gemacht hat und auch über das zur Beurteilung dieses Wahrnehmungen erforderliche Erfahrungswissen verfügt, er diese Wahrnehmungen aber nicht oder nicht richtig mit seinem vorhandenen Erfahrungswissen verknüpft und sich damit das Risiko des tatbestandsmäßigen Geschehens für den konkreten Fall nicht bewusst gemacht hat.

Wenn diese Analyse richtig ist, dann resultiert der Streit zwischen dem herrschenden Vorsatzverständnis und der sogenannten Möglichkeitstheorie aus einem unterschiedlichen Verständnis des Wissenselements des Vorsatzes. Während die Möglichkeitstheorie für das Wissenselement verlangt, dass sich der Täter das Risiko des tatbestandsmäßigen Geschehens durch eine Subsumtion unter das bei ihm vorhandene allgemeine Erfahrungswissen bewusst macht, besteht das Wissenselement nach dem traditionellen Vorsatzverständnis nur aus den für diese Subsumtion erforderlichen Wahrnehmungen und dem für deren Beurteilung erforderlichen Erfahrungswissen. Obwohl Juristen eigentlich wissen müssten, dass die Subsumtion eines Einzelfalls unter allgemeine Regeln nicht automatisch geschieht, sondern ein eigener psychischer Vorgang ist, der durchaus geistige Anstrengung erfordern kann,¹⁵ gerät der Vorgang der Subsumtion unter die allgemeinen Erfahrungssätze dem traditionellen Vorsatzverständnis bei der Beschreibung des Wissenselements nicht in den Blick.

Weil man aber den Vorsatz im Ergebnis nur annehmen will, wenn dem Täter das Risiko des tatbestandsmäßigen Geschehens für den konkreten Fall bewusst gewesen ist, erfasst das traditionelle Vorsatzverständnis den Subsumtionsvorgang mit der Konstruktion eines selbständigen Willenselements. Wenn der Bundesgerichtshof dazu mahnt, das Willenselement des Vorsatzes nicht allein aus dem Wissenselement abzuleiten,¹⁶ dann scheint mir das in der Sache die Aufforderung zu sein, sich nicht mit der Feststellung der notwendigen Wahrnehmungen und des zu deren Beurteilung erforderlichen Erfahrungswissens zu begnügen, sondern auch zu prüfen, ob der Täter das bei ihm vorhandene Erfahrungswissen auf den zu beurteilenden Fall angewendet und sich damit das Risiko eines tatbestandsmäßigen Geschehens für den konkreten Fall bewusst gemacht hat.

Die Erfassung des bereits für eine konkrete Möglichkeitsvorstellung erforderlichen Subsumtionsvorgangs unter dem Etikett eines selbständigen Willenselements halte ich – ob-

wohl dieser Vorgang wie jeder Erkenntnisprozess auch durch emotionale Elemente beeinflusst wird – begrifflich für wenig überzeugend. Im Ergebnis ist sie jedoch unschädlich. Die dogmatisch vorzugswürdige Möglichkeitstheorie zieht zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit keine andere Grenze als das traditionelle Vorsatzverständnis. Beide Theorien streiten nicht über die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, sondern ausschließlich über die Frage, wie man diese Abgrenzung dogmatisch am besten beschreibt.

III. Die Wahrscheinlichkeitstheorie und die Lehre von der Vorsatzgefahr

1. Verhältnis zum traditionellen Vorsatzverständnis

Bei der in der älteren Literatur u.a. von *Lacmann* vertretenen Wahrscheinlichkeitstheorie¹⁷ und ihrer modernen Weiterentwicklung, der Lehre von der Vorsatzgefahr,¹⁸ ist dies hingegen anders. Mit ihrer Unterscheidung nach dem Grad der von dem Täter erkannten Gefahr plädieren diese Lehren für eine auch im Ergebnis von dem traditionellen Vorsatzverständnis abweichende Grenzziehung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Der Vorsatz soll voraussetzen, dass der Täter das tatbestandsmäßige Geschehen nicht nur für möglich, sondern in einem bestimmten Maße für wahrscheinlich gehalten hat. Das für den Vorsatz notwendige Wahrscheinlichkeitsmaß lasse sich zwar nicht in Zahlen angeben, könne aber – so insbesondere die moderne Lehre von der Vorsatzgefahr – dahingehend umschrieben werden, dass der Täter eine taugliche Methode zur Herbeiführung des jeweiligen tatbestandlichen Geschehens angewendet haben müsse.¹⁹

In welchem Verhältnis eine solche Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu dem traditionellen Vorsatzverständnis steht, hängt maßgeblich davon ab, ob das Erfordernis einer über das bloße Für-möglich-Halten hinausgehenden

¹⁷ *Lacmann*, GA 58 (1911), 109; *Grossmann*, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1924, S. 32 ff.; *Sauer*, Grundlagen des Strafrechts, 1921, S. 609; innerhalb des Lagers der Vertreter der Wahrscheinlichkeitstheorie war allerdings umstritten, ob Vorsatz auch durch die absichtliche Erfolgsherbeiführung begründet werden kann, wenn sich der Täter einen nur geringfügigen Grad an Erfolgswahrscheinlichkeit vorstellt (dafür: *Lacmann*, GA 58 [1911], 109 [121]; *Grossmann*, ebenda, S. 32 ff.; dagegen: *Bünger*, ZStW 6 [1886], 291 [340]; *Sauer*, ebenda, S. 617 f.).

¹⁸ Ungeachtet der inhaltlichen und terminologischen Differenzen: *Herzberg*, JuS 1986, 249 (260 ff.); *ders.*, JZ 1988, 635 (639 ff.); *Puppe* (Fn. 7), § 15 Rn. 64 ff.; *dies.*, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 35 ff.; *dies.*, ZStW 103 (1991), 1 (18 ff.); aus einer dezidiert praktischen Perspektive mit ähnlichen Ergebnissen wie *Puppe*: *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 212 Rn. 18 ff., 58 ff.; *Velten*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Lfg., Stand: Juni 2013, § 75 Rn. 29 ff.

¹⁹ *Puppe* (Fn. 18 – Vorsatz und Zurechnung), S. 39; *dies.* (Fn. 7), § 15 Rn. 64; *Velten* (Fn. 18), § 75 Rn. 34.

¹⁵ Allein mit dem Erfassen des Sachverhalts und der Kenntnis der zu dessen rechtlichen Beurteilung heranzuziehender Rechtssätze ist ein juristischer Fall bekanntlich noch nicht gelöst. Die Rechtssätze müssen auch noch auf den erfassten Sachverhalt angewendet werden, was in der juristischen Ausbildung insbesondere Anfängern oft sogar besonders schwer fällt.

¹⁶ BGHSt 7, 363, 368 f.; BGH NStZ 1984, 19; BGH NStZ 1988, 175.

Wahrscheinlichkeitsvorstellung den traditionell als selbständiges Willenselement erfassten Subsumtionsvorgang ersetzen oder ergänzen soll. Wenn ich richtig sehe, wird beides in der Literatur vertreten.

Insbesondere *Petra Velten* formuliert die über das bloße Für-möglich-Halten hinausgehende Wahrscheinlichkeitsvorstellung als eine zusätzliche Vorsatzvoraussetzung, mit der die Anforderungen gegenüber dem traditionellen Vorsatzverständnis lediglich verschärft und in keiner Weise vermindert werden sollen.²⁰ Sie kombiniert also die traditionellen Vorsatzanforderungen mit dem Erfordernis einer Vorsatzgefahr. Alle bereits nach dem traditionellen Vorsatzverständnis der Fahrlässigkeit zuzuordnenden Fälle sind nach ihrer Lehre ebenfalls als Fahrlässigkeitsfälle zu bewerten.

Ingeborg Puppe und die meisten anderen Verfechter der Lehre von der Vorsatzgefahr stehen dagegen auf einem anderen Standpunkt. Nach ihrer Auffassung führt das von dem traditionellen Vorsatzverständnis postulierte selbständige Willenselement zur unangemessenen Privilegierung auf „tiefster Gleichgültigkeit gegenüber dem fremden“ Rechtsgut beruhenden Unverstands.²¹ Sie wollen das Willenselement deshalb nicht mit gesteigerten Anforderungen an den Grad der Gefahr kombinieren, sondern durch solche Anforderungen ersetzen. Daraus können sich gegenüber dem traditionellen Vorsatzverständnis Verschiebungen in beide Richtungen ergeben. Traditionell dem Vorsatz zuzuordnende Fälle können der Fahrlässigkeit, aber auch traditionell der Fahrlässigkeit zuzuordnende Fälle dem Vorsatz zuzuordnen sein.

2. Alleinige Anwendung des Kriteriums der Vorsatzgefahr

Da die Ersetzung eines selbständigen Willenselements durch gesteigerte Anforderungen an den Grad der vom Täter erkannten Gefahr nur möglich ist, wenn es solch ein selbständiges Willenselement überhaupt gibt, muss die zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit allein auf die Kenntnis einer Vorsatzgefahr abstellende Lehre – ebenso wie das traditionelle Vorsatzverständnis – davon ausgehen, dass sich das Willenselement des Vorsatzes in den für den Vorsatz erforderlichen Wahrnehmungen und dem zur Beurteilung dieser Wahrnehmungen erforderlichen Erfahrungswissen erschöpft.

Wenn diese Lehre davon spricht, dass der Täter eine für den Vorsatz ausreichend große Gefahr erkannt habe, dann meint sie damit – anders als *Petra Velten* – nicht, dass er sich eine ausreichend große, sogenannte Vorsatzgefahr durch die Subsumtion seiner Wahrnehmungen unter sein Erfahrungswissen für den konkreten Fall bewusst gemacht, sondern dass er den eine Vorsatzgefahr begründenden Sachverhalt vollständig wahrgenommen und über das zur Beurteilung von dessen Gefährlichkeit erforderliche Erfahrungswissen verfügt hat. Ein ungeachtet von Sachverhaltskenntnis und Erfahrungswissen bestehendes ernsthaftes Vertrauen auf das Ausbleiben der Tatbestandsverwirklichung sei mit den Maßstäben allgemeiner Vernunft nicht zu vereinbaren und deshalb dem Täter nicht zugute zu halten.²²

²⁰ *Velten* (Fn. 18), § 75 Rn. 34 m.w.N.

²¹ So die Formulierung bei *Puppe* (Fn. 7), § 15 Rn. 68.

²² *Puppe* (Fn. 7), § 15 Rn. 68.

Den für jede konkrete Möglichkeits- und damit natürlich auch für eine konkrete Wahrscheinlichkeitsvorstellung erforderlichen Vorgang der Subsumtion lässt die allein auf die Vorsatzgefahr abstellende Lehre bei den Anforderungen an das Willenselement des Vorsatzes damit ebenso unberücksichtigt wie das traditionelle Vorsatzverständnis. Während aber das traditionelle Vorsatzverständnis die Subsumtion unter die dem Täter bekannten Erfahrungssätze unter dem Etikett des selbständigen Willenselements im Ergebnis doch noch verlangt, fällt dieser Vorgang bei der allein auf die Vorsatzgefahr abstellenden Lehre weg. Nach dieser Lehre kann der Täter damit vorsätzlich handeln, ohne sich das Risiko des tatbestandsmäßigen Geschehens für den konkreten Fall bewusst zu machen.

Ich habe Zweifel, ob dieses Ergebnis der gesetzlichen Regelung des § 16 StGB entspricht. Die dort für den Vorsatz vorausgesetzte Kenntnis der den Tatbestand verwirklichenden Umstände hat der Täter m.E. nur, wenn er einen das Risiko der Tatbestandsverwirklichung begründenden Sachverhalt unter einen dazugehörigen Erfahrungssatz subsumiert hat. Ist dies nicht geschehen, so ändert das Vorhandensein der für den unterbliebenen Subsumtionsvorgang erforderlichen Wahrnehmungen und des zu deren Beurteilung erforderlichen Erfahrungswissens nichts daran, dass der Täter die nach § 16 StGB notwendige Kenntnis des Risikos im Ergebnis nicht erlangt hat. Und auf die Gründe für das Nichterlangen dieser Kenntnis kommt es nach dem Gesetz nicht an.

Vor allem aber scheint mir der Verzicht auf den für eine tatsächliche Kenntnis des Risikos erforderlichen Subsumtionsvorgang mit dem Grundgedanken der Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht vereinbar zu sein. Wenn der Täter sich das Risiko des tatbestandsmäßigen Geschehens nicht für den konkreten Fall bewusstgemacht hat, dann hat er durch seine Handlung auch nicht die Entscheidung getroffen, der Vermeidung des tatbestandsmäßigen Geschehens nicht den Vorrang zu geben. Ihm fehlt damit gerade das eingangs beschriebene Willens- oder Einstellungselement, aus dem sich die höhere Strafwürdigkeit des Vorsatzes gegenüber der Fahrlässigkeit ergibt.

Das Fehlen einer Entscheidung, der Vermeidung des tatbestandsmäßigen Geschehens nicht den Vorrang einzuräumen, lässt sich auch nicht mit der Überlegung kompensieren, das Unterbleiben des Subsumtionsvorgangs sei nur damit zu erklären, dass dem Täter die Vermeidung des tatbestandsmäßigen Geschehens zutiefst gleichgültig sei, und er sich deshalb – wenn er sich das Risiko eines solchen Geschehens bewusstgemacht hätte – dafür entschieden hätte, dieses Geschehen nicht zu vermeiden. Eine derartige Argumentation kann schon deshalb nicht überzeugen, weil in einem Tatstrafrecht eine lediglich hypothetische Entscheidung die tatsächlich fehlende Entscheidung gegen die Vermeidung des tatbestandsmäßigen Geschehens nicht zu ersetzen vermag.

Davon abgesehen ist es aber auch nicht richtig, dass in Fällen, in denen der Täter den eine Vorsatzgefahr begründenden Sachverhalt vollständig wahrgenommen und über das zur Beurteilung von dessen Gefährlichkeit erforderliche Erfahrungswissen verfügt hat, das Unterbleiben des Subsumtionsvorgangs nur auf „tiefster Gleichgültigkeit“ gegenüber der

Vermeidung des tatbestandsmäßigen Geschehens beruhen kann. Die Alltagserfahrung zeigt, dass es immer wieder Situationen gibt, in denen auch durchschnittlich intelligente Menschen begriffsstutzig sind und auf der Hand liegende Schlüsse nicht ziehen. Besonders naheliegend ist dies bei Affekt- oder Rauschzuständen, weshalb der Bundesgerichtshof in solchen Fällen zu Recht zu besonderer Vorsicht bei der Feststellung des Vorsatzes mahnt.²³

3. Ergänzende Anwendung des Kriteriums der Vorsatzgefahr

Die bisher genannten, nach meiner Überzeugung durchschlagenden Einwände gegen eine Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit allein mit dem Kriterium der Vorsatzgefahr sprechen allesamt nicht dagegen, die Erkenntnis einer Vorsatzgefahr als zusätzliche Voraussetzung für vorsätzliches Unrecht zu fordern. Auch wenn sich für solch eine zusätzliche Voraussetzung aus der Regelung des § 16 StGB keine Anhaltspunkte ergeben, lässt sich die Auffassung vertreten, dass das in der Entscheidung gegen die Vermeidung des tatbestandsmäßigen Geschehens liegende Unrecht ohne die Erkenntnis einer Vorsatzgefahr nicht groß genug ist, um eine Bestrafung wegen einer Vorsatztat zu rechtfertigen.

Systematisch beträfe solch eine zusätzliche Voraussetzung allerdings nicht den Begriff des Vorsatzes, sondern den objektiven Tatbestand der vorsätzlichen Erfolgsdelikte. Dieser würde dann eine Erfolgsverursachung durch Handlungen voraussetzen, die mit einem gesteigerten, über das für die rechtliche Missbilligung erforderliche Maß hinausgehenden Risiko des Erfolgseintritts verbunden sind. Es gibt für eine derartige, der geringeren Strafwürdigkeit weniger erfolgstauglicher Handlungen²⁴ Rechnung tragende Einschränkung des objektiven Tatbestands der vorsätzlichen Erfolgsdelikte sogar einen möglichen Anhaltspunkt im Wortlaut des Gesetzes, weil die Tathandlung der Vorsatzdelikte insbesondere bei der Tötung und der Körperverletzung anders umschrieben wird als die der Fahrlässigkeitsdelikte.

Während die fahrlässige Tötung und die fahrlässige Körperverletzung als Tathandlung explizit jede (fahrlässige) Verursachung des jeweiligen Erfolgs ausreichen lassen (§§ 222, 229 StGB), wird bei den entsprechenden Vorsatzdelikten keine (vorsätzliche) Erfolgsverursachung, sondern ein „töten“ (§§ 211, 212 StGB) bzw. ein „körperlich misshandeln oder an der Gesundheit schädigen“ (§ 223 StGB) verlangt.²⁵ Dieser bisher vor allem in der Diskussion über die *actio libera*

in causa diskutierte²⁶ Formulierungsunterschied ist zwar sicherlich kein zwingendes Argument für die Notwendigkeit einer spezifischen Vorsatzgefahr, kann aber zumindest als ein gewisses Indiz dafür gedeutet werden, dass das Gesetz für die vorsätzlichen Erfolgsdelikte ein über eine rechtlich missbilligte Verursachung hinausgehendes, gesteigertes Risiko des Erfolgseintritts, d.h. die Anwendung einer tauglichen Tötungs- bzw. Körperverletzungsmethode verlangt.

Wenn man den objektiven Tatbestand vorsätzlicher Erfolgsdelikte in dieser Weise einschränkt, hätte dies natürlich auch Auswirkungen auf den Inhalt des Vorsatzes, weil der Täter dann das gesteigerte Risiko kennen, d.h. wissen müsste, dass er eine taugliche Tötungs- bzw. Körperverletzungsmethode anwendet. Aber dies wäre dann keine zusätzliche Vorsatzanforderung, sondern lediglich die Konsequenz daraus, dass sich der Vorsatz gemäß § 16 StGB auf alle den objektiven Tatbestand verwirklichenden Umstände beziehen muss. Bei Tätigkeitsdelikten wie z.B. der Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB) lässt sich eine entsprechende Einschränkung des objektiven Tatbestands nicht formulieren und dementsprechend ergibt hier auch der Begriff der Vorsatzgefahr keinen Sinn. Nach alledem ist das Erfordernis einer solchen Gefahr nicht als Voraussetzung des Vorsatzes, sondern allenfalls als Einschränkung des objektiven Tatbestands der vorsätzlichen Erfolgsdelikte zu begründen.

Zu der Frage, ob eine solche Begründung im Ergebnis tragfähig wäre, soll im vorliegenden Zusammenhang nicht abschließend Stellung genommen werden. Angemerkt sei aber, dass der Abhängigkeit der Größe des Unrechts von dem Ausmaß des Risikos des Erfolgseintritts in der Regel auch innerhalb der für die Vorsatzdelikte vorgesehenen Strafrahmen Rechnung getragen werden kann. Problematisch ist die Berücksichtigung dieser Abhängigkeit nur bei absoluten Strafdrohungen und damit insbesondere beim Tatbestand des Mordes. Aber gerade in diesem Fall erscheint es mir fragwürdig, bei einer bewussten Entscheidung gegen die Vermeidung eines rechtlichen missbilligten Tötungsrisikos lediglich eine Fahrlässigkeitstat anzunehmen. Insbesondere wenn die Tötung sogar absichtlich erfolgt, wird die nach dem Gesetz für die fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) vorgesehene Höchststrafe von fünf Jahren dem Unrecht einer solchen Tat schwerlich gerecht.²⁷

4. Radikalisierung der Lehre von der Vorsatzgefahr

Bevor ich zum Schluss komme, möchte ich noch kurz auf die von *Günther Jakobs* erhobene Forderung eingehen, in den Fällen einer offensichtlichen, besonders leicht erkennbaren Gefahr der Verwirklichung eines tatbestandsmäßigen Geschehens Vorsatz selbst dann anzunehmen, wenn der Täter nicht einmal den die Gefahr begründenden Sachverhalt er-

²³ BGH NStZ 1988, 175; BGH NStZ 2003, 603 (604); BGH NStZ 2009, 629; BGH NStZ 2012, 151; BGH NStZ-RR 2013, 341.

²⁴ Vgl. zur Bedeutung des Ausmaßes des eingegangenen Risikos der Tatbestandsverwirklichung für das Gewicht des Unrechts *Velten*, Normkenntnis und Normverständnis, 2002, S. 223 f. und 235.

²⁵ Im öStGB gibt es bei den Tötungsdelikten eine entsprechende Differenzierung (vgl. die unterschiedlichen Formulierungen in den §§ 75–79 öStGB einerseits und § 80 öStGB andererseits), bei den Körperverletzungsdelikten jedoch nicht (vgl. die gleichlautende Formulierung in den §§ 83 und 88 öStGB).

²⁶ *Hettinger*, Die „actio libera in causa“: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldlosigkeit?, 1988, S. 423, 439; *ders.*, in: Hecker/Weißer/Brand (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag, 2018, S. 39 Fn. 25.

²⁷ *Roxin* (Fn. 3), § 12 Rn. 51; *ders.*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 249 (251).

kannt hat.²⁸ *Jakobs* Auffassung, eine solche – wie er es nennt – „Tatsachenblindheit“ verdiene ebenfalls die Vorsatzstrafe,²⁹ beruht auf einer Radikalisierung des Gedankens, dem Täter einen auf Gleichgültigkeit gegenüber dem fremden Rechtsgut zurückgeführten Unverstand nicht zugutekommen zu lassen.

Da ich diesen Gedanken bereits bei der Erörterung der Lehre von der Vorsatzgefahr zurückgewiesen habe, wird es Sie nicht verwundern, dass ich der Auffassung von *Jakobs* erst recht ablehnend gegenüberstehe. Sie ist nicht nur mit der gesetzlichen Regelung des § 16 StGB unvereinbar, sondern auch sachlich verfehlt.³⁰ Wenn ein Täter keine Kenntnis des gefahrbezüglichen Sachverhalts hat, trifft er keine Entscheidung gegen die Vermeidung des tatbestandsmäßigen Geschehens und darf deshalb nicht wegen eines Vorsatzdelikts verurteilt werden. Dass er eine solche Entscheidung bei Kenntnis des Sachverhalts möglicherweise getroffen hätte, ist auch in den Fällen sogenannter Tatsachenblindheit nicht mehr als eine Hypothese, die die Bestrafung aus einem Vorsatzdelikt nicht zu rechtfertigen vermag.

IV. Fazit

Das Ergebnis meiner Überlegungen ist rasch zusammengefasst. Der Vorsatz unterscheidet sich von der Fahrlässigkeit durch die vom Täter getroffene Entscheidung gegen die Vermeidung des tatbestandsmäßigen Geschehens. Eine solche Entscheidung trifft der Täter immer dann, wenn er handelt, obwohl er sich das damit verbundene rechtlich missbilligte Risiko des tatbestandsmäßigen Geschehens für den konkreten Fall bewusstgemacht hat.

Ich gebe zu, dieses Ergebnis ist alles andere als originell und gibt – was die Sache noch enttäuschender macht – der Praxis Steine statt Brot. Wenn Sie mich etwa fragen, ob die beiden jungen Männer, die auf dem Berliner Kurfürstendamm ein Rennen gefahren und dabei mit 150 km/h über mehrere rote Ampeln gerast sind,³¹ mit Tötungsvorsatz gehandelt haben, so muss ich freimütig bekennen, dass ich das nicht weiß. Der Tötungsvorsatz hängt davon ab, ob sich die beiden das mit ihrem Handeln verbundene tödliche Risiko für den konkreten Fall bewusstgemacht haben. Ob das so war, muss das zuständige Tatgericht aus dem Inbegriff der aus der

Hauptverhandlung geschöpften Überzeugung in freier Beweiswürdigung entscheiden.³²

Diese Antwort dürften viele unbefriedigend finden, weil sie sich fragen, wie das Gericht so etwas feststellen soll. Es könne ja schließlich den Angeklagten „nicht in den Kopf schauen“. Das ist einerseits unbestreitbar richtig, andererseits aber insofern zu kurz gedacht, als unsere gesamte Gerichtsbarkeit auf der Prämisse beruht, dass die Richter innere Tatsachen feststellen, den Menschen also auf irgendeine Weise doch „in den Kopf schauen“ können. Diese Fähigkeit ist nicht nur zur Feststellung des Vorsatzes oder sonstiger subjektiver Tatbestandsmerkmale, sondern bereits zur Feststellung des objektiven Geschehens notwendig, weil Richter dieses Geschehen in der Regel nur aus den Aussagen anderer Personen erschließen können und sich solche Aussagen ohne die Berücksichtigung der Motive der Aussagenden, also inneren Tatsachen, nicht auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfen lassen.

Die Frage, ob und gegebenenfalls wie die gerichtliche Feststellung innerer Tatsachen – und damit auch die Feststellung einer Entscheidung gegen die Vermeidung des tatbestandsmäßigen Geschehens – im Einzelnen funktioniert, ist für die Praxis sicherlich bedeutsamer, aber leider auch erheblich schwieriger zu beantworten³³ als die Frage nach dem Begriff des Vorsatzes. Es ist durchaus denkbar, dass sich innere Tatsachen im Ergebnis gar nicht zuverlässig feststellen lassen, die für die Wahrheitserforschung unerlässliche Fähigkeit der Richter, den Menschen „in den Kopf zu schauen“ also lediglich eine justiznotwendige Fiktion ist. Aber dies zu klären, ist – glücklicherweise! – nicht mehr die Aufgabe dieses Beitrags.

²⁸ *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 8. Abschn. Rn. 5b.

²⁹ *Jakobs* (Fn. 28), 8. Abschn. Rn. 5a; *Jakobs*' Auffassung zu der Frage, ob die Zurechnung der Tatbestandsverwirklichung zum Vorsatz in den Fällen der Tatsachenblindheit mit dem geltenden Recht vereinbar ist, hat sich wohl im Laufe der Zeit verändert. Während er in seinem Lehrbuch noch konstatiert, dass der Wortlaut von § 16 StGB der Vorsatzstrafbarkeit entgegenstehe (*ders.*, ebenda, 8. Abschn. Rn. 5b), nimmt er in späteren Beiträgen wohl das Gegenteil an (*ders.*, ZStW 114 [2002], 584 [597]; *ders.*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 56 f.; dazu auch *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg [Hrsg.], Strafrecht und Gesellschaft, 2019, S. 419 [421 ff.]).

³⁰ Vgl. für eine eingehendere Kritik *Gaede*, ZStW 121 (2009), 239 (255 ff.).

³¹ Vgl. BGHSt 63, 88.

³² Das LG Berlin hat die ursprüngliche Verurteilung wegen Mordes (LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – 535 Ks 8/17), nachdem diese vom BGH wegen mangelhafter Begründung des Vorsatzes aufgehoben worden war (BGHSt 63, 88), jüngst bestätigt (LG Berlin, Urt. v. 26.3.2019 – 532 Ks 9/18). Ob die erneut eingelegte Revision auch dieses Mal erfolgreich ist, bleibt abzuwarten.

³³ Allzu forsche und selbstgewisse Leser seien darauf hingewiesen, dass mit der Formulierung, es handle sich bei der Feststellung innerer Tatsachen um eine „Zuschreibung“, diese Frage erst dann beantwortet ist, wenn man zugleich die Regeln angibt, nach denen die „Zuschreibung“ erfolgt.