

Der bedingte Tötungsvorsatz als Klausurproblem*

Von Wiss. Mitarbeiterin **Rita Vavra**, Wiss. Mitarbeiter **Sascha Holznagel**, Berlin

I. Problemaufriss – Berliner Autoraser-Fall

In letzter Zeit stehen das Rechtsinstitut des bedingten Vorsatzes (*dolus eventualis*) und seine Abgrenzung von der bewussten Fahrlässigkeit wieder vermehrt im öffentlichen und wissenschaftlichen Interesse. Die neue Debatte wurde durch den sogenannten Berliner Autoraser-Fall ausgelöst,¹ in dem sich die beiden Angeklagten auf dem Berliner Kurfürstendamm ein Autorennen lieferten, bei dem ein unbeteiligter Verkehrsteilnehmer zu Tode kam. Die Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes durch das LG Berlin führte erstinstanzlich zu einer Verurteilung wegen Mordes.² Zwar wurde das Urteil nach einer Revision der Angeklagten vom BGH aufgehoben,³ die erneute Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes durch eine andere Strafkammer des LG bleibt aber möglich,⁴ womit für die Angeklagten weiterhin eine Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe wegen Mordes bzw. einer langjährigen Freiheitsstrafe wegen Totschlags⁵ im Raum steht. Bei einer Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung droht hingegen nur eine Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren.⁶ Zwi-

* Für die Behandlung des Eventualvorsatzes aus revisionsrechtlicher Sicht, siehe auch den Beitrag der Bearbeitenden *Vavra/Holznagel*, HRRS 2018, 467–475.

¹ Vgl. zum Sachverhalt LG Berlin NStZ 2017, 471 ff. (1. Instanz) und BGH NJW 2018, 1621 ff. (Revision).

² LG Berlin NStZ 2017, 471 ff.: Bejahung des Mordmerkmals der gemeingefährlichen Mittel.

³ BGH NJW 2018, 1621 ff. Der BGH stellt in seiner Entscheidung darauf ab, dass das LG rechtsfehlerhaft einen *dolus subsequens* angenommen habe, da die Angeklagten nach den Feststellungen des LG den bedingten Tötungsvorsatz erst fassten, als sie bereits nicht mehr in den Kausalverlauf eingreifen konnten. Somit habe keine vorsätzliche, ursächliche Tathandlung oder Unterlassung der Angeklagten vorgelegen, da diese nicht mehr fähig waren, auf die Situation zu reagieren.

⁴ Im Falle der erneuten Bejahung des Tötungsvorsatzes kommt den Mordmerkmalen entscheidende Bedeutung zu. Vgl. die Ausführungen des BGH zu den Mordmerkmalen in BGH NJW 2018, 1624. Siehe auch *Hörnle*, NJW 2018, 1576 (1578). Die erneute Verhandlung vor dem LG Berlin gegen die beiden „Berliner Autoraser“ wurde inzwischen aufgrund eines erfolgreichen Befangenheitsantrags der Verteidigung ausgesetzt, siehe

<https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-08/landgericht-berlin-autorennen-kurfuerstendamm-mordprozess> (27.10.2018), und wird nun vor einer anderen Kammer des LG Berlin fortgesetzt.

⁵ § 212 Abs. 1 StGB: Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren.

⁶ § 315d StGB (Verbotene Kraftfahrzeugrennen) wurde erst durch das 56. Strafrechtsänderungsgesetz – Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr vom 30.9.2017, BGBl. I 2017, S. 3532 ff. eingeführt und trat am 13.10.2017 in Kraft.

schen den in Frage kommenden Rechtsfolgen klafft daher „eine gewaltige Lücke“.⁷

Der Berliner Autoraser-Fall bedingte eine Fülle an wissenschaftlichen Beiträgen zur Bestimmung des bedingten Tötungsvorsatzes und zu dessen Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit.⁸ Teils wurde sogar angeregt, die Differenzierung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit aufzuheben und/oder neue Kategorien der subjektiven Zurechnung zu schaffen.⁹ Auch jenseits abstrakter wissenschaftlicher Debatten lohnt sich für Studierende eine Auseinandersetzung mit dem bedingten Vorsatz, stellt er doch ein beliebtes Problem in strafrechtlichen Klausuren dar. Dabei zeigen sich bei der Bearbeitung mehr Schwierigkeiten als erwartet: Zwar beherrschen die meisten Studierenden die bekannten Abgrenzungstheorien, doch werden diese ohne wirkliches Problembewusstsein und ohne sorgfältige Subsumtion „abgespult“.¹⁰ Fälle wie der Berliner Autoraser-Fall zeigen aber, dass die Subsumtion des konkreten Sachverhalts häufig der wahre Knackpunkt bei der Bestimmung des bedingten Vorsatzes ist. Der folgende Beitrag schult Studierende insbesondere für diejenigen Klausuren, in denen der Schwerpunkt auf der Subsumtion des Sachverhalts unter die bekannten Abgrenzungstheorien liegt. Dazu wird Bezug auf klassische sowie aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum bedingten Tötungsvorsatz genommen.

II. Der bedingte Vorsatz und die Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit

Nach allgemeiner Grunddefinition liegt Vorsatz vor, wenn der Täter den Willen zur Verwirklichung des Straftatbestandes in Kenntnis all seiner objektiven Tatbestandsmerkmale hat: Vorsatz ist Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung.¹¹ Je nach dem Gewicht von Wissens- oder Wollens-

⁷ *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439 (439).

⁸ Exemplarisch *Grünwald*, JZ 2017, 1069 ff.; *Hörnle*, NJW 2018, 1576 ff.; *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439 ff.; *Preuß*, NZV 2017, 303; *Walter*, NJW 2017, 1350 ff.

⁹ Vgl. *Grünwald*, JZ 2017, 1069 (1072: Einführung eines qualifizierten Fahrlässigkeitstatbestands für Tötungen); *Hörnle*, NJW 2018, 1576 (1578).

¹⁰ *Verrel*, NJW 2004, 309, fragt im Namen der Studierenden zu Recht nach dem Sinn solch „fruchtloser Theorienabspulung“.

¹¹ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 293; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 5 Rn. 6; *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992; § 22 Rn. 14; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 14 Rn. 5; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 4; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 15 Rn. 9. Kritisch und einen „Allgemeinbegriff des Vorsatzes“ ablehnend *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 15 Rn. 75 ff.;

seite sind drei Vorsatzformen zu unterscheiden: Absicht (dolus directus 1. Grades), Wissentlichkeit (dolus directus 2. Grades) und Eventualvorsatz (dolus eventualis).¹² Ein Handeln mit dolus eventualis genügt überall dort, wo das Gesetz nicht eine gesteigerte Vorsatzform voraussetzt (z.B. Wissentlichkeit in §§ 145d, 164 StGB oder Absicht in § 226 Abs. 2 StGB).¹³ Ein Teil der Lehre sieht den Eventualvorsatz deshalb sogar als „Grundform des Vorsatzes“ an.¹⁴ Absichtliches Handeln liegt vor, wenn es dem Täter im Sinne eines zielgerichteten Wollens darauf ankommt, den Tatbestand zu erfüllen (starkes voluntatives Element), wobei er die Erfüllung des Tatbestands zumindest für möglich hält (schwaches kognitives Element).¹⁵ Beim wissentlichen Handeln sieht der Täter sicher voraus, dass er den Tatbestand erfüllen wird (starkes kognitives Element) und findet sich damit ab (schwaches voluntatives Element).¹⁶ Beim Eventualvorsatz sind sowohl kognitives als auch voluntatives Element nur schwach ausgeprägt; damit überschneidet sich dessen potentieller Anwendungsbereich mit dem der bewussten Fahrlässigkeit.¹⁷ In beiden Konstellationen ist sich der Täter bewusst, ein Rechtsgut durch sein Handeln schädigen zu können. Deutlich wird dies im Berliner Autoraser-Fall: Weder wollten die Fahrer zielgerichtet andere Verkehrsteilnehmer töten, noch sahen sie deren Tod als sicher voraus – ihnen könnte aber zumindest bewusst gewesen sein, aufgrund ihrer extrem gefährlichen Fahrweise im Falle eines Unfalls andere Personen in die Gefahr des Todes zu bringen. Wann handelt ein Täter bei einem solchen Bewusstsein noch fahrlässig und wann bereits vorsätzlich?

Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, Rn. 306.

¹² *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), S. 297 ff.; *Kühl* (Fn. 11), § 5 Rn. 29; *Maurach/Zipf* (Fn. 11), § 22 Rn. 23; *Rengier* (Fn. 11), § 14 Rn. 6; *Roxin* (Fn. 11), § 12 Rn. 2 ff. Kritisch hierzu *Vogel* (Fn. 11), § 15 Rn. 76 f. insoweit, als dass er die verschiedenen Vorsatzformen nicht aus einer unterschiedlichen Graduierung der Wissens- oder Wollenseite eines Allgemeinbegriffs vom Vorsatz gewinnen, sondern den Vorsatzbegriff für jede Form „gesondert“, also eigenständig entwickeln will.

¹³ *Vogel* (Fn. 11), § 15 Rn. 96; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 11), Rn. 338.

¹⁴ *Freund*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 70; *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 496; *Vogel* (Fn. 11), § 15 Rn. 99.

¹⁵ *Geppert*, Jura 1986, 610 (610); *ders.*, Jura 2001, 55 (56); *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), S. 297 f.; *Kühl* (Fn. 11), § 5 Rn. 33 f.; *Rengier* (Fn. 11), § 14 Rn. 7; *Roxin* (Fn. 11), § 12 Rn. 7; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 2012, 976 (977); *Vogel* (Fn. 11), § 15 Rn. 79.

¹⁶ *Geppert*, Jura 1986, 610; *ders.*, Jura 2001, 55 (56); *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), S. 298 f.; *Kühl* (Fn. 11), § 5 Rn. 38 ff.; *Rengier* (Fn. 11), § 14 Rn. 8; *Roxin* (Fn. 11), § 12 Rn. 18; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 2012, 976 (977); *Vogel* (Fn. 11), § 15 Rn. 91.

¹⁷ *Roxin* (Fn. 11), § 12 Rn. 4 („Verkürzung des intellektuellen wie des voluntativen Elements“, „kaum noch unterscheidbar“).

Die Abgrenzung ist von entscheidender Bedeutung für die Strafbarkeit des Täters: So kann die Annahme von Fahrlässigkeit zur Straflosigkeit des Täters führen, sofern kein expliziter Fahrlässigkeitsstrafatbestand besteht. Wenn fahrlässiges Verhalten strafbar ist, so liegt im Vergleich zu vorsätzlichem Verhalten ein erheblich niedrigerer Strafraum vor.¹⁸ Besonders dramatisch zeigt sich das bei Tötungsdelikten: Der Strafraum der fahrlässigen Tötung endet bereits dort, wo der Strafraum des Totschlags erst beginnt. Verwirklicht der vorsätzlich handelnde Täter zugleich Mordmerkmale, droht ihm sogar eine lebenslange Freiheitsstrafe, während er für eine fahrlässige Tötung sogar nur mit einer Geldstrafe „davon kommen“ könnte. Trotz dieser entscheidenden Bedeutung des dolus eventualis für die Strafbarkeit des Täters ist im wissenschaftlichen Diskurs bis heute keine Einigung über die Kriterien der Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit erzielt worden.¹⁹ Die Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz gehört vielmehr weiterhin zu den umstrittensten Problemen des Allgemeinen Teils.²⁰

Zieht man die eingangs eingeführte Grunddefinition für den Vorsatz heran, so ergibt sich daraus ohne Weiteres das Erfordernis einer sowohl kognitiven als auch voluntativen Komponente für alle Vorsatzarten.²¹ Allerdings ist die Definition selbst nicht zwingend, denn sie ist nicht durch das Gesetz vorgegeben: Der Begriff des Vorsatzes wird im Strafgesetzbuch vielmehr überhaupt nicht definiert.²² Einzig § 16 Abs. 1 StGB stellt klar, dass vorsätzliches Verhalten ausgeschlossen ist, wenn der Täter einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Daraus lässt sich im Umkehrschluss folgern: Wenn Unkenntnis zum Ausschluss des Vorsatzes führt, dann erfordert umgekehrt das Vorliegen von Vorsatz positive Kenntnis. Immerhin lässt sich damit die kognitive Komponente des Vorsatzes aus dem Gesetz ableiten.²³ Nicht zwingend ist jedoch der Schluss, dass Gesetz beschränke durch die explizite Nennung der Kenntnis die Vorsatzbestimmung auf rein kognitive Komponenten. Eine solche Auslegung lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen.

Vielmehr widerspräche ein solch verkürztes Verständnis vom Vorsatz als bloßes „Wissen der Tatbestandsverwirklichung“ einerseits dem Wesen des Vorsatzes: Nach dem deutschen Strafrechtsverständnis ist Vorsatz notwendig, um Un-

¹⁸ *Leitmeier*, NJW 2012, 2850 (2851); *Murmann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, § 24 Rn. 21; *Rengier* (Fn. 11), § 14 Rn. 17.

¹⁹ Übersicht zum Streitstand *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), S. 302 f.; *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2017, S. 1 ff.

²⁰ *Grünewald*, JZ 2017, 1069 (1070); *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439 (439); *Roxin* (Fn. 11), § 12 Rn. 21.

²¹ *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), S. 293; *Geppert*, Jura 2001, 55 (56).

²² *Grünewald*, JZ 2017, 1069 (1070); *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), S. 292; *Kühl* (Fn. 11), § 5 Rn. 6; *Maurach/Zipf* (Fn. 11), § 22 Rn. 23; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 11), § 15 Rn. 6; *Vogel* (Fn. 11), § 15 Rn. 73.

²³ *Grünewald*, JZ 2017, 1069 (1070); *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), S. 293.

recht zu umbeschreiben, genauer: das Handlungsunrecht.²⁴ Verkürzt man diese Umschreibung auf die bloße Feststellung, der Täter habe Kenntnis von allen Umständen seiner Tat genommen, blendet man einen wesentlichen Teil dessen aus, was den Kerngehalt von Unrecht darstellt: Die Entscheidung des Täters, durch sein Verhalten in ein bestimmtes Rechtsgut einzugreifen und dieses zu verletzen. Weil sich zu entscheiden nun aber mehr heißt, als bloß von etwas Kenntnis zu nehmen, muss sich das im Vorsatzverständnis niederschlagen: Die voluntative Komponente im Vorsatz spiegelt insoweit genau jenes Entscheidungsmoment wider.²⁵

Andererseits widerspräche ein verkürzt-kognitives Vorsatzverständnis den Anforderungen von § 15 StGB. Da diese Norm vorsätzliches und fahrlässiges Handeln kontrastiert, ergibt sich aus ihr das Erfordernis, für die Abgrenzung beider Formen sinnvolle Kriterien zu entwickeln.²⁶ Denn anderenfalls ginge die vom Gesetz vorausgesetzte Gegenüberstellung ins Leere. Beschränkt man jedoch von vornherein den Kriterienkatalog auf eine bloß kognitive Komponente, die im Falle des Eventualvorsatzes zudem nur sehr „verkümmert“ ausgeprägt ist, so gefährdet man die gesetzlich vorgesehene Abgrenzung. Die Heranziehung einer voluntativen Vorsatzkomponente trägt dem insofern Rechnung. Eine andere, noch zu klärende Frage bleibt natürlich, welcher Inhalt einer solchen Komponente beizumessen ist.

Die wissenschaftliche Diskussion sollte sich daher nicht darauf beschränken, kognitive und voluntative Komponenten „gegeneinander auszuspielen“²⁷, sondern vielmehr deren Gewicht und Gehalt bestimmen. In Klausuren ist es hingegen weiterhin ratsam, zwei große Theorienblöcke zur Bestimmung

des *dolus eventualis* einander gegenüberzustellen.²⁸ Zum einen Block gehören die Theorien, die ein kognitives Element genügen lassen (Wissenstheorien),²⁹ und zum anderen solche Theorien, die darüber hinaus auch ein voluntatives Element fordern (Willenstheorien).³⁰ Die für Studierende relevanten Wissenstheorien sind dabei die Möglichkeits-theorie und die Wahrscheinlichkeitstheorie.

Nach der Wahrscheinlichkeitstheorie ist ein bedingter Vorsatz des Täters zu bejahen, sofern dieser die Tatbestandsverwirklichung für wahrscheinlich hält.³¹ *Hellmuth Mayer*, ein Vertreter der Wahrscheinlichkeitstheorie, definierte den zentralen Begriff wie folgt: „Wahrscheinlichkeit bedeutet mehr als bloße Möglichkeit und weniger als überwiegende Wahrscheinlichkeit.“³² Die Definition legt die Problematik der Theorie offen: Ihr zentraler Begriff der Wahrscheinlichkeit ist unbestimmt,³³ ihre praktische Anwendung „besonders unsicher und unpraktikabel“³⁴, wenn nicht sogar „notwendig willkürlich“³⁵. Es ist unmöglich festzustellen, was der Täter subjektiv für wie wahrscheinlich hielt.³⁶ Es widerspricht zudem menschlichem Verhalten, zunächst statistische Berechnungen zur Wahrscheinlichkeit durchzuführen, anhand derer dann Entscheidungen getroffen werden.³⁷

Die Möglichkeitstheorie verlangt hingegen nur, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält.³⁸ Dabei muss der Täter die Tatbestandsverwirklichung in der Tat-situation konkret für möglich halten, eine nur generelle Annahme der Möglichkeit reicht nicht.³⁹ Gegen die Möglichkeitstheorie spricht aber, dass sie den Bereich der Strafbarkeit

²⁴ *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), Vor § 13 Rn. 54; *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), S. 241 f.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 11), Rn. 199.

²⁵ Vgl. zur Argumentation mit dem Topos „Entscheidung gegen das Rechtsgut“: *Hassemer*, in: Philipps/Frommel (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, S. 289 (295 ff.); *Henn*, JA 2008, 699 (702); *Kühl* (Fn. 11), § 5 Rn. 11 f., 28; *Roxin* (Fn. 11), § 12 Rn. 6 m. Fn. 4, Rn. 21 ff.; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 11), § 15 Rn. 7. Kritisch dazu u.a. *Frisch* (Fn. 14), S. 112; *Herzberg*, JuS 2008, 385 (390).

²⁶ Vgl. dazu *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), S. 294. Zudem ergibt sich aus § 15 StGB, dass eine Zusammenlegung von bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz *de lege lata* ausgeschlossen ist, siehe dazu *Vogel* (Fn. 11), § 15 Rn. 73. Eine andere, in der modernen Lehre, vgl. etwa *Hörnle*, NJW 2018, 1576 (1578), immer häufiger erhobene Frage ist jedoch, ob *de lege ferenda* die Unterscheidung nicht eingeebnet werden sollte. So weist *Vogel* (Fn. 11), § 15 Rn. 127, zu Recht darauf hin, dass trotz intensiver wissenschaftlicher Beschäftigung über ein ganzes Jahrhundert das Problem der Abgrenzung nicht gelöst worden ist, sodass Zweifel daran bestehen, ob es überhaupt lösbar ist. *Leitmeier*, NJW 2012, 2850 (2851), legt sich sogar fest: „Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit lassen sich begrifflich nicht definieren“.

²⁷ So auch die Warnung bei *Maurach/Zipf* (Fn. 11), § 22 Rn. 14.

²⁸ So auch die Empfehlung bei *Hillenkamp/Cornelius* (Fn. 19), S. 1 ff. und *Kühl* (Fn. 11), § 5 Rn. 46.

²⁹ In aktuellen Beiträgen lässt sich häufig die Einschätzung finden, die kognitiven Theorien wären herrschend in der Literatur, vgl. etwa *Grünwald*, JZ 2017, 1069 (1071). Das ist jedoch, Stand jetzt, so nicht absehbar, vgl. dazu *Roxin* (Fn. 11), § 12 Rn. 29 und *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 11), § 15 Rn. 80.

³⁰ *Rengier* (Fn. 11), § 14 Rn. 18; *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 14 Rn. 14.

³¹ Ausführlich zur Wahrscheinlichkeitstheorie *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 15 Rn. 58 ff.

³² *H. Mayer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 251.

³³ *Murmann* (Fn. 18), § 24 Rn. 30; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 13), Rn. 327.

³⁴ *Rengier* (Fn. 11), § 14 Rn. 20.

³⁵ *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1 (18).

³⁶ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 13), Rn. 327; *Geppert*, Jura 1986, 610 (611).

³⁷ Vgl. dazu auch *Murmann* (Fn. 18), § 24 Rn. 30; *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1 (18).

³⁸ *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, 11/24 f.; *Schmidhäuser*, JuS 1980, 243 ff.; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 7 Rn. 37.

³⁹ *Rengier* (Fn. 11), § 14 Rn. 21; *Kindhäuser* (Fn. 29), § 14 Rn. 16.

für vorsätzliches Handeln sehr weit ausdehnt⁴⁰ und auch Fälle großer Leichtsinngigkeit erfasst, die gemeinhin eher zum Bereich der Fahrlässigkeit zählen.⁴¹

Im Unterschied zu den Wissenstheorien fordern die Willenstheorien auch das Vorliegen eines voluntativen Vorsatzelements. Neben der herrschenden Billigungs- bzw. Ernstnahmetheorie ist auch die Gleichgültigkeitstheorie klausurrelevant. Letztere bejaht den Vorsatz, wenn dem Täter die Verwirklichung des Tatbestands gleichgültig ist, anderenfalls nimmt sie nur Fahrlässigkeit an.⁴² Gegen ein Abstellen auf Gleichgültigkeit spricht aber, dass sich ein Täter von den bewusst einkalkulierten Folgen seiner Handlungen nicht nur dadurch entlasten darf, dass er darauf hofft, dass diese nicht eintreten. Entscheidend sollte sein, dass sich auch der nichtgleichgültige Täter im Ernstfall für die Tatbestandsverwirklichung entschieden hat.⁴³ Die Vorsatzfeststellung sollte überdies nicht von der (schwer zu ergründenden) emotionalen Einstellung des Täters abhängen.⁴⁴

Rechtsprechung und h.L. vertreten die Billigungs- bzw. Ernstnahmetheorie. Beide Theorien decken sich sowohl in ihren praktischen Ergebnissen als auch in ihren theoretischen Voraussetzungen.⁴⁵ Die Unterschiede erschöpfen sich lediglich in terminologischen Details. Es ist daher wissenschaftlich wünschenswert, sie zu einer Theorie zu vereinheitlichen,⁴⁶ und klausurpraktisch ratsam, sie als eine Theorie darzustellen. Nach der Billigungs- bzw. Ernstnahmetheorie handelt mit Eventualvorsatz, wer die Tatbestandsverwirklichung ernsthaft für möglich hält und diese billigend in Kauf nimmt bzw. sich mit ihr abfindet, mag sie ihm auch an sich unerwünscht sein. Hingegen handelt bewusst fahrlässig, wer die Tatbestandsverwirklichung zwar für möglich hält, aber ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, sie werde nicht eintreten.⁴⁷

Die terminologischen Differenzen der Theorien erwachsen aus dem Begriff des „Billigens“.⁴⁸ Dieser Begriff wurde vom BGH in seiner Lederriemen-Entscheidung definiert:⁴⁹

⁴⁰ *Geppert*, Jura 1986, 610 (611); *ders.*, Jura 2001, 55 (57); *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), S. 302; *Kühl* (Fn. 11), § 5 Rn. 53; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 11), Rn. 326.

⁴¹ *Rengier* (Fn. 11), § 14 Rn. 22, hinsichtlich leichtsinniger Verhaltensweisen im Straßenverkehr.

⁴² *Engisch*, NJW 1955, 1688, 1690; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 11), § 15 Rn. 84.

⁴³ Vgl. *Roxin* (Fn. 11), § 12 Rn. 40.

⁴⁴ *Kühl* (Fn. 11), § 5 Rn. 54; *Rengier* (Fn. 11), § 14 Rn. 25.

⁴⁵ *Murmann* (Fn. 18), § 24 Rn. 25; *Rengier* (Fn. 11), § 14 Rn. 27; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 11), Rn. 333.

⁴⁶ So auch die Forderung von *Rengier* (Fn. 11), § 14 Rn. 27.

⁴⁷ BGHSt 7, 363 (368 f.) = BGH NJW 1955, 1688 (1690); BGHSt 36, 1 (9) = BGH NJW 1989, 781 (783); BGH NJW 2018, 1621 (1622); *Geppert*, Jura 1986, 610 (612); *Kindhäuser* (Fn. 29), § 14 Rn. 25; *Rengier* (Fn. 11), § 14 Rn. 26; *Roxin* (Fn. 11), § 12 Rn. 27; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 2012, 976 (978).

⁴⁸ *Frister* (Fn. 37), 11/21 f.; *Murmann* (Fn. 18), § 24 Rn. 24 f.

⁴⁹ Das Besondere der Lederriemen-Entscheidung liegt in der Bestimmung des „Billigens“. Der BGH löste sich von der

„Billigen“ bedeute nicht, dass der Erfolg den Wünschen des Täters entsprechen müsse. Bedingter Vorsatz könne auch dann gegeben sein, wenn dem Täter der Eintritt des Erfolges unerwünscht sei. Den Erfolg im Rechtssinne billige der Täter, wenn er sich, um des erstrebten Zieles willen, damit abfinde, dass seine Handlung den an sich unerwünschten Erfolg herbeiführe.⁵⁰ Um solche Klarstellungen zu vermeiden und begrifflichen Missverständnissen vorzubeugen, meidet die h.L. den Begriff des „Billigens“ und ersetzt ihn durch andere Umschreibungen, wie etwa „Sich-Abfinden“ oder „In-Kauf-Nehmen“.⁵¹

Entscheidende Bedeutung kommt der Frage zu, ob der Täter auf einen guten Ausgang vertraut hat. Ein vages Hoffen genügt nicht, vielmehr soll nach dem BGH „in der Regel das Vertrauen auf ein Ausbleiben des tödlichen Erfolges dann zu verneinen sein, wenn der vorgestellte Ablauf eines Geschehens einem tödlichen Ausgang so nahe ist, dass nur noch ein glücklicher Zufall diesen verhindern kann“.⁵² Ob ein entsprechendes Vertrauen des Täters auf einen guten Ausgang vorlag, ist dann anhand des konkreten Sachverhalts zu klären.

Die Ernstnahme- bzw. Billigungstheorie ist den rein kognitiven Theorien vorzuziehen. Das voluntative Element eröffnet die Möglichkeit eines zusätzlichen und potentiell restriktiven Wertungsspielraums.⁵³ Zudem berücksichtigt es, dass es nur in diesen Fällen zu einer bewussten Entscheidung des Täters gegen das Rechtsgut gekommen ist. Der Täter, der auf einen guten Ausgang ernsthaft vertraut, hat sich hingegen noch nicht gegen das Rechtsgut entschieden, auch wenn er die Möglichkeit der Rechtsgutsverletzung erkannt hat.⁵⁴ Die schärfere Bestrafung des vorsätzlichen Handelns findet ihre Begründung auch in der Einstellung des Täters zum betroffenen Rechtsgut: Diese Einstellung des Täters kann nur durch das Wissenselement nicht angemessen beurteilt werden, es bedarf vielmehr auch einer Berücksichtigung seines Willens.⁵⁵

In der Klausur – wie in der Realität – werden die voluntativen Theorien häufig zu gleichen Ergebnissen führen.⁵⁶ So zieht der BGH die Gleichgültigkeit als eine Art *erst recht*-Kriterium bei der Vorsatzbestimmung heran: Der dem möglichen Taterfolg gleichgültig gegenüberstehende Täter hat sich mit diesem auch im Sinne der Ernstnahme- bzw. Billigungstheorie abgefunden.⁵⁷ Kommen nach der Subsumtion des

Rechtsprechung des Reichsgerichts, das noch eine positive emotionale Beziehung des Täters zur Tatbestandsverwirklichung verlangte, vgl. RGSt 33, 4 (6); 72, 36 (44). Kritisch zu dem Begriffsverständnis des „Billigens“ durch den BGH: *Frisch* (Fn. 14), S. 6, 310 m. Fn. 23, 318 f.; *Otto* (Fn. 37), § 7 Rn. 40 („dubios“); *Schmidhäuser*, JuS 1980, 243 (245 f.).

⁵⁰ BGHSt 7, 363 (369) = NJW 1955, 1688 (1690).

⁵¹ Vgl. dazu auch *Murmann* (Fn. 18), § 24 Rn. 22.

⁵² BGH NStZ 2007, 150 (151). Als Beispiel wird in der Entscheidung der „Stich ins Herz“ angeführt.

⁵³ *Rengier* (Fn. 11), § 14 Rn. 30.

⁵⁴ *Roxin* (Fn. 11), § 12 Rn. 23, 26.

⁵⁵ *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 2012, 976 (976).

⁵⁶ *Geppert*, Jura 2001, 55 (57); *Kühl* (Fn. 11), § 5 Rn. 47.

⁵⁷ Vgl. BGHSt 50, 1 (6 f.) = BGH NJW 2005, 996; BGH NStZ-RR 2007, 43 (44).

Sachverhalts auch die kognitiven Theorien zum gleichen Ergebnis, so muss der Abgrenzungstreit in der Klausur nicht entschieden werden.

III. Die Vorsatzbestimmung in der Rechtsprechung des BGH

Im Weiteren werden einige der Grundsätze vorgestellt, die der BGH zur Bestimmung des bedingten Vorsatzes aufgestellt hat. Im Kern betreffen diese Grundsätze zwar zunächst nur die Abgrenzung des bedingten Tötungsvorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit. Dennoch sind sie als grundlegende Prinzipien auch auf andere *dolus-eventualis*-Situationen anwendbar. Zu beachten ist weiterhin der eingeschränkte revisionsrechtliche Prüfungsmaßstab: Da nach § 261 StPO die Beweiswürdigung den Tatgerichten übertragen ist, kann der BGH als Revisionsgericht selbst keine Beweiswürdigung vornehmen. Seine Prüfung beschränkt sich vielmehr auf die Frage, ob die Beweiswürdigung des Tatgerichts rechtsfehlerhaft war.⁵⁸ Liegen keine solchen Rechtsfehler vor, so muss der BGH das Urteil hinnehmen, selbst wenn ein anderes Ergebnis „möglich oder sogar näherliegend gewesen wäre“.⁵⁹ Den Vorsatz selbst kann der BGH also nicht feststellen, bei seiner Prüfung auf Rechtsfehler hat er aber Grundsätze entwickelt, die als rechtliche Leitlinien zur Vorsatzbestimmung heranzuziehen sind. Die Würdigung der tatsächlichen Umstände anhand dieser vom BGH vorgegebenen Kriterien ist den Tatgerichten – bzw. in der Klausur den Studierenden – vorbehalten.

1. Ausgangslage

Seit dem Lederriemen-Fall⁶⁰ betont der BGH, dass der Täter die Folgen seines Handelns als möglich⁶¹ erkennen und diese billigend in Kauf nehmen muss, damit der *dolus eventualis* bejaht werden kann.⁶² Das kognitive und das voluntative Element stellen für den BGH somit zwei selbstständige Voraussetzungen des bedingten Vorsatzes dar.⁶³ Beide Elemente müssen in jedem Einzelfall besonders geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden.⁶⁴ Der BGH verlangt eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände des Einzelfalls, in welche vor allem die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung, die konkrete Angriffsweise des Täters, seine psychische Verfassung bei der Tat-

begehung und seine Motivationslage einzubeziehen sind,⁶⁵ vereinzelt erwähnt er auch die Persönlichkeit des Täters.⁶⁶ Die Vorsatzprüfung hat stets einzelfallbezogen stattzufinden, ein Rückgriff auf generalisierende Ansichten (z.B. „Alle Auto-raser blenden die Gefahren für Passanten aus.“) ist nicht erlaubt.⁶⁷ Einige der objektiven und subjektiven Tatumstände, denen nach Ansicht des BGH für die Vorsatzbestimmung Relevanz zukommen, werden im Folgenden dargestellt. Wichtig ist aber: Es gibt keinen „Numerus Clausus“ an Vorsatzindikatoren.⁶⁸ Das bedeutet: Die nachfolgend dargestellten tat- und täterbezogenen Indikatoren sind keine abschließende Aufzählung, sondern die jeweiligen Umstände des Einzelfalls sind prinzipiell beliebig erweiterbar.

2. Tatbezogene Indikatoren

a) Gefährlichkeit der Gewalthandlung

Der BGH sieht „die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende objektive Gefährlichkeit der Tathandlung als wesentlichen Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Vorsatzes“ an und bezeichnet „bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen das Vorliegen beider Elemente als naheliegend“.⁶⁹ So etwa bei Hammerschlägen auf den Hinterkopf und der Zertrümmerung der Schädeldecke,⁷⁰ bei kraftvollem Würgen,⁷¹ bei mehrfachem Eintreten mit festem Schuhwerk auf Kopf, Gesicht und Bauchgegend eines wehrlosen Opfers,⁷² und allgemein bei hemmungslos-systematisch lebensbedrohenden Misshandlungen⁷³. Zugleich weist der BGH aber darauf hin, dass in die Erwägung stets auch vorsatzkritische Umstände einbezogen werden müssen, sofern sie im konkreten Einzelfall in Betracht kommen.⁷⁴

⁵⁸ Vgl. BGH NStZ 2016, 670 (671); BGH NStZ 2017, 342 (344); BGH NStZ 2018, 37 (39).

⁵⁹ Vgl. auch BGH NStZ 2009, 629 (630); BGH NStZ 2013, 159 (161); BGH NStZ 2013, 581 (582); BGH NStZ 2016, 668 (669); BGH NStZ 2016, 670 (671); BGH NStZ 2018, 37 (39).

⁶⁰ BGHSt 7, 363 ff. = BGH NJW 1955, 1688 ff.

⁶¹ Es reicht, dass der Täter den Erfolgseintritt als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt, BGH NStZ-RR 2007, 43 (44).

⁶² BGHSt 7, 363 (369 f.) = BGH NJW 1955, 1688 (1690); BGH NJW 1989, 781 (783); BGH NJW 2018, 1621 (1622).

⁶³ BGHSt 7, 363 (368 f.) = BGH NJW 1955, 1688 (1690).

⁶⁴ BGH NJW 1989, 781 (783).

⁶⁵ BGH NJW 1989, 781 (784); BGH NJW 2018, 1621 (1623); BGH NStZ 2013, 581 (582); BGH NStZ 2018, 37 (38); BGH NStZ 2014, 84; BGH NStZ 2015, 266 (267); BGH NStZ 2016, 668 (669); BGH NStZ 2017, 22 (23); BGH NStZ 2017, 342 (344).

⁶⁶ BGH NStZ 2013, 159 (160); BGH NStZ 2013, 581 (583); BGH NStZ 2017, 22 (23).

⁶⁷ BGH NJW 2018, 1621 (1624). Kritisch hinsichtlich der praktischen Umsetzung Hörnle, NJW 2018, 1576 (1577); auch Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 439 (440). Ein Rückgriff auf generalisierende Erkenntnisse („evolutionsbiologische Gründe“) findet sich z.B. bei Walter, NJW 2017, 1350 (1350).

⁶⁸ Siehe dazu: Hoven, NStZ 2015, 216 (217); Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2017, § 9 Rn. 8.

⁶⁹ BGH NStZ 2016, 25 (26); BGH NStZ 2016, 668 (669).

⁷⁰ BGH NStZ 2007, 150 f.

⁷¹ BGH NStZ 2005, 90.

⁷² BGH NStZ 2007, 639.

⁷³ BGH NJW 2006, 386 (Fall Karolina).

⁷⁴ BGH NStZ 2014, 35; BGH NStZ 2015, 266 (267); BGH NStZ 2015, 516 (517); BGH NStZ 2016, 25 (26); BGH NStZ 2016, 341 (342); BGH NStZ 2016, 668 (669).

b) Angriffsweise

Eng mit der Gefährlichkeit der Gewalthandlung ist die Angriffsweise des Täters verbunden. Mit diesem Indikator werden mehr die Modalitäten der Tathandlung als deren potentielle Auswirkungen in den Blick genommen. Ein übergeordneter Gesichtspunkt ist in der Rechtsprechung immer wieder die Frage, inwieweit der Täter seinen Angriff dosieren und kontrollieren kann. Damit hängen auch Indikatoren zusammen, die persönliche Fähigkeiten und Erfahrungen des Täters betreffen. Je nach Einzelfall kann das ein vorsatzkritischer oder vorsatzbefürwortender Umstand sein: So ließe sich argumentieren, dass die Tritte eines Fußballspielers⁷⁵ oder die Schläge eines Kampfboxers⁷⁶ einerseits aufgrund ihrer potentiellen Intensität von erhöhter Gefährlichkeit, andererseits aufgrund ihrer potentiellen Dosierbarkeit von geringerer Gefährlichkeit wären. Beim Einsatz eines Messers soll es nach dem BGH wiederum darauf ankommen, ob der Täter dieses zum Stechen oder zum Schneiden oder im Rahmen eines dynamischen Geschehens einsetzt.⁷⁷ Im Fall sadomasochistischer Sexualpraktiken, konkret der Atemwegskontrolle, bei der die Atemwege zur sexuellen Erregung blockiert werden, stellt der BGH ebenfalls auf die mangelnde Kontrollierbarkeit des Angriffs ab; insbesondere wenn eine, im Vergleich zu vorherigen Ausübungen, intensivere und damit nochmals gefährlichere Angriffsweise vorliegt.⁷⁸ Schließlich kann in Fällen, in denen der Täter seinen Angriff abbrechen musste, der Anlass für einen Angriffsabbruch ein wichtiger Indikator sein, etwa wenn der Täter nicht freiwillig, sondern nur aufgrund des Eingreifens Dritter von seinem Opfer abgesehen hat.⁷⁹

c) Vermeideverhalten und Rettungsaktivitäten

Wichtig ist, weiterhin zu prüfen, ob der Täter Maßnahmen ergriffen hat, um den Eintritt des Erfolges zu vermeiden, oder

ob sein Rettungswille dokumentiert ist.⁸⁰ Ein solches Vermeideverhalten spricht selbst dann gegen einen Eventualvorsatz, wenn es objektiv untauglich ist. So etwa in einem Fall, in dem der Täter das nur mit einem T-Shirt bekleidete Opfer über acht Stunden bei minus elf Grad Celsius in seinem Auto liegen ließ, das Opfer aber immerhin mit einer leichten Wolldecke zudeckte.⁸¹ Zu berücksichtigen ist auch das Nachtatverhalten, etwa wenn der Täter sich bemüht, das zuvor durch einen Messerstich verletzte Opfer dadurch zu retten, dass er die Blutung stillt,⁸² oder wenn die Täter versuchen, das in Brand gesetzte Opfer zu löschen⁸³.

d) Eigengefährdung des Täters

Beinhaltet die gefährliche Handlung des Täters dessen Eigengefährdung, wie etwa in den Autoraser-Fällen, in denen der Täter und sein Eigentum in Mitleidenschaft gezogen werden, so kann die Gefahr für das eigene Leben und Eigentum dafür sprechen, dass der Täter auf einen guten Ausgang vertraut.⁸⁴ Diesem Indikator maß der BGH etwa auch in einem Fall entscheidende Bedeutung zu, in welchem die Täterin das Opfer mit Benzin übergoss und bei dessen Entzünden selbst von einem Feuerball erfasst wurde.⁸⁵ Der Schluss von der Eigengefährdung auf ein bloß bewusst fahrlässiges Handeln ist aber nicht zwingend.⁸⁶ Entscheidend ist wieder die Beurteilung des Einzelfalls.

e) Spontantaten

In der Rechtsprechung des BGH spielt weiterhin die Frage eine Rolle, ob die Tat spontan, unüberlegt und/oder in affektiver Erregung begangen wurde.⁸⁷ Liegt eine Spontantat vor, so ist dies ein vorsatzkritischer Umstand, der den Eventualvorsatz eher ausschließt.⁸⁸ Wichtig für Tatrichter und Klausurbearbeitende gleichermaßen ist, dass die Spontanität – wie alle Vorsatz-Indikatoren – auf konkrete Feststellungen im Sachverhalt gestützt werden muss.⁸⁹

⁷⁵ So hielt der BGH in NStZ 2013, 581, (583) die Schlussfolgerung des LG Hildesheim, dass die „fußballerisch erfahrenen“ Täter trotz heftiger Tritte gegen den Kopf des Opfers „nicht mit der ihnen möglichen Wucht auf den Kopf des Opfers eintraten“, für „revisionsrechtlich nicht zu beanstanden“.

⁷⁶ Das LB Berlin nahm im Berliner Neptunbrunnen-Fall an, die Täter hätten aufgrund „mehrjähriger Erfahrung als Kickboxer [...] beziehungsweise aufgrund verschiedener Schlägereien als Fußballfan [...] möglicherweise ihre Kräfte besser [...] einschätzen können“; dem widerspricht jedoch der BGH in der Revision, denn nach Vornahme einer lebensgefährdenden Handlung bleibt es „dem Zufall anheim gegeben [...], ob die Lebensgefahr sich konkretisiert“, BGH NStZ 2015, 216 f. Diese Entscheidung steht in Widerspruch zu BGH NStZ 2013, 581 (583), nimmt der 5. Strafsenat doch eine eigene Beweiswürdigung vor (obgleich diese wohl i.E. zutreffend ist).

⁷⁷ BGH NStZ 2014, 84 f.

⁷⁸ BGH NStZ 2014, 398 ff.

⁷⁹ BGH NStZ 2007, 639 (640) und BGH NStZ 2015, 216 (217): „Das gewollte weitere Tun kann den Schluss nahelegen, dass ihnen die Folgen ihrer Tat [...] gleichgültig waren“.

*2. Täterbezogene Indikatoren**a) Persönlichkeit des Täters und dessen Motivation*

Während in BGH-Entscheidungen die Persönlichkeit des Täters vereinzelt allgemeine Erwähnung findet, ohne jedoch explizit geprüft zu werden, nimmt die Motivation, aus der heraus ein Täter agiert, eine hervorgehobene Stellung bei der

⁸⁰ BGH NStZ 2017, 22 (23).

⁸¹ BGH NJW 1993, 2628 ff.

⁸² BGH NStZ 2007, 331 (332).

⁸³ BGH NStZ 2013, 159 (160).

⁸⁴ BGH NJW 2018, 1621 (1623).

⁸⁵ BGH NStZ 2000, 583 (584).

⁸⁶ BGH NJW 2018, 1621 (1623).

⁸⁷ BGH NStZ 2014, 35; BGH NStZ 2015, 266 (267); BGH NStZ 2016, 25 (26); BGH NStZ 2016, 668 (670); BGH NStZ 2016, 670 (672); BGH NStZ 2017, 281 (282).

⁸⁸ BGH NStZ 2014, 35 (dort berücksichtigte das LG die Spontanität nur bei der Strafzumessung).

⁸⁹ Hieran fehlt es etwa dem BGH vorgelegten Urteil des LG Berlin aus BGH NStZ 2015, 216 (217).

Vorsatzprüfung ein. So hat der BGH die Schlussfolgerung zugelassen, dass die Zufügung besonderer, fast folterähnlicher Qualen – im konkreten Fall zündeten die Täter ihr Opfer mit Hilfe eines Brandbeschleunigers an – gegen einen dolus eventualis spräche: Die Täter hätten ihr Opfer „nur“ in Todesangst versetzen, nicht jedoch töten wollen.⁹⁰ In einem aktuellen Fall des LG Regensburg, in dem der Täter unter der Bekundung, er wolle Ausländer abschlachten, in einem Asylbewerberheim mit einer Machete auf einen dortigen Bewohner einschlug, billigte der BGH die Argumentation, dass die Annahme eines Tötungsvorsatzes einen radikalen Bruch in der Täterpersönlichkeit bedeuten würde, da dessen Vorleben, Wesen und politische Gesinnung keine Anzeichen für ein fremdenfeindliches Motiv erkennen ließen – trotz explizit entgegenstehender Tatäußerung des Täters.⁹¹ In dieser Entscheidung kam somit eine Kombination der Indikatoren von Täterpersönlichkeit und Tatmotiv zum Tragen, weshalb sie besonders lehrreich ist, verdeutlicht sie doch, dass die Indikatoren zur Vorsatzfeststellung nicht isoliert voneinander betrachtet werden dürfen, sondern in ihrem Zusammenwirken gesehen werden müssen.

b) Alkoholisierung des Täters

Handelt der Täter in einem Zustand erheblicher Alkoholisierung, so ist auch dies bei der Bestimmung des Vorsatzes zu berücksichtigen.⁹² Die Alkoholisierung des Täters kann dabei einerseits dafür sprechen, dass der Täter in einem Zustand alkoholbedingter Enthemmung eine verminderte Hemmung hinsichtlich der Tötung eines anderen Menschen entwickelte (voluntatives Element).⁹³ Andererseits kann eine hohe Alkoholisierung auch bedeuten, dass der Täter die naheliegenden tödlichen Folgen seines gefährlichen Handelns nicht erkannt hat (kognitives Element).⁹⁴ Entscheidend ist wiederum eine Bestimmung des bedingten Vorsatzes im Rahmen einer individuellen Gesamtschau.⁹⁵ Gleiches gilt für ein Handeln des Täters in einer emotionalen Ausnahmesituation bzw. in einem Affektzustand. Auch hier kann z.B. das Wissenselement verneint werden, wenn der Affekt dem Täter die Einsicht in die Lebensgefährlichkeit seines Tuns nimmt.⁹⁶ Entscheidend

ist wieder eine Gesamtbewertung aller subjektiven und objektiven Umstände.⁹⁷

c) Äußerungen des Täters

Äußerungen des Täters vor oder während – und sogar nach⁹⁸ – der Tatbegehung können ein weiterer Indikator für oder gegen einen bedingten Vorsatz sein. So können Ausrufe des Täters, er werde das Opfer „abschlachten“ oder „fertig machen“,⁹⁹ Anzeichen dafür sein, dass er den Tod des Opfers nicht nur für möglich hielt, sondern auch billigte. Ein solcher Schluss ist aber nicht zwingend: Ausrufe wie „Verreck“, du Hurensohn“¹⁰⁰ müssen nicht immer wörtlich gemeint¹⁰¹ und können auch bloßer Ausdruck „verbaler Kraftmeierei“¹⁰² sein. Entscheidend ist wieder der Einzelfall, wobei entsprechende Ausrufe des Täters in der Klausur einen deutlichen Hinweis auf das Vorliegen eines bedingten Vorsatzes darstellen dürften.

3. Bedeutung(slosigkeit) der „Hemmschwellentheorie“

Als vorsatzkritischer Gesichtspunkt wurde in der Vergangenheit auch die sogenannte „Hemmschwellentheorie“ bei Tötungsdelikten herangezogen. Kernaussage dieser „Theorie“¹⁰³ war, dass vor dem Tötungsvorsatz eine „viel höhere Hemmschwelle“ als vor einem bloßen Gefährdungs- oder Verletzungsvorsatz stünde.¹⁰⁴ Der BGH entwickelte diesen Argumentationstopos in den 1980er Jahren vor dem Hintergrund, dass die Gefährlichkeit der Gewaltanwendung in den Entscheidungen der Tatgerichte häufig eine besondere Dominanz als Vorsatzindikator besaß. Die „Hemmschwellentheorie“ sollte dem eine Art Gegengewicht entgegensetzen, um den vorschnellen Schluss von einer lebensgefährlichen Handlung auf einen Tötungsvorsatz zu verhindern.¹⁰⁵ In der Praxis verkehrte sich jedoch das Ziel ins Gegenteil:¹⁰⁶ Zwar schlossen die Tatgerichte nicht mehr vorschnell aufgrund der Tatgefährlichkeit auf einen Tötungsvorsatz, dafür lehnten sie

⁹⁰ BGH NStZ 2013, 159 (160 f.).

⁹¹ BGH NStZ 2018, 37 (38 f.).

⁹² Kritisch *Fahl*, JuS 2013, 499 (501), der den richtigen Ansatzpunkt für Alkoholisierungs- und Affektsituationen auf der Schuldebene (§§ 20, 21 StGB) sieht.

⁹³ BGH NStZ-RR 2013, 75 (77).

⁹⁴ BGH NStZ-RR 2013, 75 (77). *Puppe*, NStZ 2014, 183 (185), weist zurecht darauf hin, dass auch denkbar ist, dass ein stark alkoholisiert und emotional erregter Täter sich in einem Zustand befindet, in dem er innerlich gar keine Stellung mehr zu seinen objektiv als lebensgefährlich erkannten Handlungen nimmt.

⁹⁵ BGH NStZ-RR 2013, 75 (77).

⁹⁶ *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439 (441); *Sternberg-Lieben*, JuS 2012, 976 (979). Auch das voluntative Vorsatzelement kann verneint werden, siehe BGH NStZ 2011, 338 (339).

⁹⁷ BGH NStZ 2011, 338 (339).

⁹⁸ BGH NStZ 2015, 216 (217).

⁹⁹ Beide Beispiele stammen aus BGH NStZ 2018, 37 (38).

¹⁰⁰ BGHSt 57, 183 (185 f.) = BGH NStZ 2012, 384 (385).

¹⁰¹ *Hegmanns*, ZJS 2012, 826 (828).

¹⁰² BGH NStZ 2018, 37 (40).

¹⁰³ Kritisch zur Deklaration als „Theorie“ *Leitmeier*, NJW 2012, 2850 (2851: „leicht ironisch“).

¹⁰⁴ Zum früheren Verständnis der „Hemmschwellentheorie“ BGH NJW 1989, 781 (785); *Müller*, JA 2013, 584 (585); *Puppe*, NStZ 2014, 183 (183); *Steinberg/Stam*, NStZ 2011, 177 (179). Kritisch zur Frage der höheren Tötungshemmschwelle *Fahl*, JuS 2013, 499 (500) und *Schneider*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 212 Rn. 60.

¹⁰⁵ *Fahl*, JuS 2013, 499 (500); *Verrel*, NStZ 2004, 309.

¹⁰⁶ *Verrel*, NStZ 2004, 309 f. („geradezu kontraproduktives Eigenleben“). *Leitmeier*, NJW 2012, 2850 (2851), meint, die Hemmschwellentheorie hätte „mehr Schaden angerichtet als Nutzen gestiftet“; dem sich anschließend *Fahl*, JuS 2013, 499 (502).

nun aber vermehrt unter pauschalem Bezug auf die vermeintliche Tötungshemmschwelle einen Tötungsvorsatz ab. Deshalb sah sich der BGH im Jahr 2012 gezwungen, sich wieder von der „Hemmschwellentheorie“ zu distanzieren bzw. sein Verständnis klarzustellen. Er konstatierte, dass die „[d]ie bloße Erwähnung dieses Schlagworts [...] mit Recht als ‚pauschal‘ bzw. ‚formelhaft‘ bezeichnet“ wurde.¹⁰⁷ Es sei – auch im Falle eines Tötungsdelikts – eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände erforderlich.¹⁰⁸ Die „Hemmschwellentheorie“ erschöpfe sich insoweit in einem Hinweis auf die Bedeutung des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 261 StPO.¹⁰⁹

Der Trichter ist hierbei zwar frei, die aus der Hauptverhandlung gewonnenen Beweise zu würdigen, aber er ist eben auch dazu verpflichtet, die Beweise wirklich zu würdigen. Setzt sich sein Urteil nicht mit allen Umständen des Einzelfalls auseinander, sondern erschöpft es sich in pauschalen, floskelhaften Feststellungen, so liegt dem Urteil ein Rechtsfehler zugrunde, der in der Revision zur Aufhebung führen kann. Dass nun aber ein Strafurteil sich nicht mit Floskeln begnügen darf, sondern alle Umstände des Einzelfalls ausführlich darzustellen hat, sollte selbstverständlich sein; einer Theorie bedarf es dafür nicht.¹¹⁰ Den Hemmschwellentopos dürfte der BGH, jedenfalls soweit es um dessen Zielrichtung geht, wieder vom Kopf auf die Füße gestellt haben. Für die Praxis bedeutet das eine Art „Beweisumkehr“¹¹¹: Liegt eine besonders gefährliche Gewaltanwendung vor, so müssen Umstände benannt und bewertet werden, die begründen, warum dennoch kein bedingter Tötungsvorsatz vorliegt.¹¹² Dabei ist die vermeintliche Hemmschwelle selbst kein solch vorsatzkritischer Umstand.

Was gilt damit für die Klausursituation? Die Studierenden können die „Hemmschwellentheorie“ als Schlagwort erwähnen, müssen es aber nicht.¹¹³ In keinem Fall ersetzt sie eine ausführliche und sorgfältige Auseinandersetzung mit sämtlichen im Sachverhalt angelegten Tatumständen – und eigentlich hilft dabei der Terminus nicht weiter, weshalb man genauso gut auf ihn verzichten kann.¹¹⁴ Eine Sonderstellung für

den Tötungsvorsatz gibt es jedenfalls nicht.¹¹⁵ Es gilt, wie auch sonst in einer Strafrechtsklausur: Nur eine genaue Arbeit am Sachverhalt zahlt sich aus!

IV. Der *dolus eventualis* in der Klausur

Spielt der bedingte Vorsatz in der Klausur eine Rolle, haben Studierende erfahrungsgemäß mit zwei Schwierigkeiten zu kämpfen: Erstens zu erkennen, wann die Vorsatzdiskussion ein zentraler Schwerpunkt der Klausur ist und wann nicht. Zweitens setzen Studierende, selbst wenn sie zutreffend den *dolus eventualis* als Klausurproblem erkennen, oft den falschen Schwerpunkt in ihrer Vorsatzdiskussion. Die zweite Schwierigkeit lässt sich schnell in den Griff bekommen: Nicht der abstrakte Theorienstreit, sondern die sorgfältige Subsumtion des Sachverhalts unter die einzelnen Theorien, insbesondere unter die Billigungs- bzw. Ernstnahmetheorie, muss den Schwerpunkt in der Darstellung bilden! Die klausurrelevanten Theorien sind meist allen Studierenden bekannt, ihre Anwendung auf den konkreten Sachverhalt gelingt jedoch nur wenigen, sodass sich an dieser Stelle „die Spreu vom Weizen trennt“.

Die erste Schwierigkeit jedoch, die Rolle des bedingten Vorsatzes in der Klausur zu erkennen, ist nicht ganz so einfach zu entschärfen. Die Problematik des *dolus eventualis* und seiner Abgrenzung von der bewussten Fahrlässigkeit kann in Klausuren auf unterschiedliche Weise relevant werden.¹¹⁶ Nach unserem Dafürhalten sind grob drei Klausurtypen zu unterscheiden, die eine unterschiedliche Bearbeitung des Eventualvorsatzes verlangen. Zunächst liegen häufig Klausuren vor, in denen ohne weitere Diskussion von *dolus eventualis* ausgegangen werden kann. Entsprechende Sachverhalte verwenden Formulierungen, die die herrschende Definition der Billigungs- bzw. Ernstnahmetheorie nachzeichnen, und verzichten auf die Nennung vorsatzkritischer Umstände:

„T erkennt die Möglichkeit, O zu töten, und nimmt dessen Tod billigend in Kauf.“ Oder: „T erkennt, dass er O tödlich verletzen kann, und entschließt sich dennoch, zu handeln.“

Liegen solche Formulierungen vor, so wäre es verfehlt, in der Klausur ausführlich Stellung zum Eventualvorsatz zu beziehen. Entsprechende Sachverhalte machen deutlich, dass der bedingte Vorsatz kein Problemschwerpunkt darstellen soll. Die Studierenden müssen daher an dieser Stelle der Versuchung widerstehen, ausführlich abstraktes Wissen darzustellen, da die Verfehlung des Klausurschwerpunkts droht. Ist der *dolus eventualis* nach den Sachverhaltsformulierungen nicht fraglich, so genügt eine knappe Subsumtion unter die herrschende Definition der Billigungs- bzw. Ernstnahmetheorie.

Ein zweiter Klausurtyp legt einen erkennbaren Schwerpunkt auf die Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, ohne dass der Sachverhalt viele Indizien für eine ausführliche Subsumtion unter die einzelnen Vorsatztheorien gibt. Denkbar sind hier Formulierungen, die

¹⁰⁷ BGHSt 57, 183 (189) = BGH NStZ 2012, 384 (386).

¹⁰⁸ BGHSt 57, 183 (186 f.) = BGH NStZ 2012, 384 (385); BGH NStZ 2018, 206 (207).

¹⁰⁹ BGHSt 57, 183 (191) = BGH NStZ 2012, 384 (386); bestätigt in BGH NStZ 2018, 206 (207).

¹¹⁰ So auch *Leitmeier*, NJW 2012, 2850 (2851): „kein besonders spektakuläres Ergebnis“.

¹¹¹ *Puppe*, JR 2012, 477 (479), wohlgermerkt: nicht Beweislastumkehr.

¹¹² So auch *Fahl*, JuS 2013, 499 (501).

¹¹³ Während *Jäger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, Rn. 82b, ihre Erwähnung empfiehlt, mahnt *Heghmanns*, ZJS 2012, 826 (830), zu ihrem Verzicht.

¹¹⁴ Während sich *Autoren* über die Notwendigkeit der Nennung des Hemmschwellen-Terminus uneinig sind (Nachweise in Fn. 113), besteht bezüglich des Erfordernisses sorgfältiger Sachverhaltsarbeit klare Einigkeit: *Heghmanns*, ZJS 2012, 826 (830); *Jäger* (Fn. 113), Rn. 82b.

¹¹⁵ Vgl. *Heghmanns*, ZJS 2012, 826 (829).

¹¹⁶ Vgl. zu Nachfolgendem auch die Darstellung bei *Rengier* (Fn. 11), § 14 Rn. 32 ff.

auf eine der Abgrenzungstheorien Bezug nehmen oder Hinweise auf bewusste Fahrlässigkeit des Täters enthalten:

„T fährt mit seinem Wagen auf O zu. Dabei hält T eine Verletzung des O für möglich, vertraut allerdings darauf, dass O sich rechtzeitig retten kann.“ Oder: „T fährt mit seinem Wagen auf O zu. Dabei hält er eine Verletzung bei O für wahrscheinlich, hofft aber, dass O sich noch rechtzeitig retten kann.“

In diesen Fällen liegen nur wenige Anknüpfungspunkte für eine tatsächliche Subsumtion des Sachverhalts vor. Die Nennung bestimmter Schlagworte wie „vertrauen“, „hoffen“, „wahrscheinlich“ oder „gleichgültig“ macht aber deutlich, dass Stellung zum Problem des Eventualvorsatz bezogen werden muss. In entsprechenden Klausuren ist es ratsam, in gebotener Kürze den abstrakten Theorienstreit zu eröffnen, wobei die jeweiligen (zuweilen spärlichen) Informationen des konkreten Sachverhalts dennoch sorgfältig unter die entsprechenden Theorien zu subsumieren sind. Die Theorien sollten zur besseren Übersichtlichkeit in zwei Blöcke unterteilt werden, wobei den rein kognitiven Theorien die Theorien mit einer zusätzlichen voluntativen Komponente gegenüberzustellen sind. Formulierungen wie „vertraut auf“ deuten dabei in Richtung der Annahme bewusster Fahrlässigkeit, während Formulierungen wie „hofft“ oder „gleichgültig“ eher für die Annahme von *dolus eventualis* sprechen.¹¹⁷

Zuletzt sind Klausuren denkbar, in denen die Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit ein zentraler Problemschwerpunkt ist, wobei der Sachverhalt viele Anknüpfungspunkte für eine intensive Subsumtion liefert. Typisch für solche Sachverhalte ist, dass sie eine Vielzahl an Informationen enthalten, aus denen sowohl auf das kognitive als auch auf das voluntative Vorsatzelement geschlossen werden kann: z.B. Informationen zur Gefährlichkeit des Verhaltens, zur persönlichen Motivation des Täters und zu einer denkbaren Eigengefährdung des Täters. In diesen Klausuren ist es wichtig, sorgfältig mit dem Sachverhalt zu arbeiten und die Indizien für die Vorsatzfeststellung umfassend auszuwerten. Das ist um ein Vielfaches wichtiger als der abstrakte Theorienentscheid, der äußerst knapp ausfallen darf. Entscheidend ist die umfängliche Subsumtion des konkreten Sachverhalts unter die herrschende Billigungs- bzw. Ernstnahmetheorie. Vertretbar wäre es in diesen Klausuren auch, direkt mit der herrschenden Definition des bedingten Vorsatzes nach der Billigungs- bzw. Ernstnahmetheorie zu beginnen und den Schwerpunkt ausdrücklich nur auf die Subsumtion des konkreten Sachverhalts zu legen. Dabei ist zu beachten, dass die Subsumtion sowohl das Wissens- als auch das Willenselement des *dolus eventualis* belegen muss. Die entsprechenden Faktoren (objektive Gefährlichkeit der Handlung, Vermeidungsverhalten, Nachtatverhalten, Motivation des Täters, Eigengefährdung, Beziehung zwischen Opfer und Täter,

Persönlichkeit des Täters, Handeln im Affekt, etc.)¹¹⁸ sind dabei umfassend auszuwerten.

¹¹⁷ Müller, JA 2013, 584, 586; Rengier (Fn. 11), § 14 Rn. 34. Vgl. auch BGH-NStZ-RR 2007, 43 (44): Bei einer gleichgültigen Haltung des Täters gegenüber dem Opfer liegt die Bejahung des Tötungsvorsatzes nahe.

¹¹⁸ Vgl. Müller, JA 2013, 585 (586).