

Entscheidungsanmerkung

Tötungs- und Gefährdungsvorsatz

Gefährdungsvorsatz und Schädigungsvorsatz haben zwar unterschiedliche Bezugspunkte. Da die Gefahr begrifflich aber nichts anderes beschreibt als die naheliegende Möglichkeit einer Schädigung, bleibt beim Vorliegen eines auf die Gefahr des Todes bezogenen Vorsatzes kein Raum mehr für die Verneinung des kognitiven Elements eines bedingten Tötungsvorsatzes. (Leitsatz des Verf.)

StGB §§ 306b Abs. 2 Nr. 1, 212, 16 Abs. 1, 22, 23

BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18 (LG Münster)¹

I. Einführung

Die Entscheidung spricht anhand eines Brandstiftungsfalles das auch in der universitären Fallbearbeitung oft relevante und diffizile Thema der Abgrenzung des konkreten Gefährdungsvorsatzes vom Tötungsvorsatz an. Es taucht regelmäßig dort auf, wo konkrete Gefährdungsdelikte (wie etwa die §§ 221 Abs. 1, 306a Abs. 2, 306b Abs. 2 Nr. 1, 315c, 315b StGB) begangen werden, sofern die Annahme eines Vorsatzes naheliegt und die gedanklichen Vorstellungen des Täters nicht bereits vom Sachverhalt unzweideutig beschrieben werden. Während uns diese Konstellation bei den gewöhnlichen Fallgestaltungen des § 315c StGB kaum einmal begegnet,² dürfte § 315b Abs. 1 StGB ein typisches Beispiel liefern, etwa beim Zufahren auf einen im Wege stehenden Polizeibeamten. Den dabei gerne gewählten Mittelweg (Annahme eines Lebensgefährdungs-, aber Verneinung eines Tötungsvorsatzes) hatte auch die Strafkammer in dem hier zu besprechenden Brandstiftungsfall gewählt und deshalb die Strafbestimmung des § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB bejaht, aber kein versuchtes Tötungsdelikt angenommen. Die darauf ergangene Entscheidung des *Senats* stellt nun freilich in Frage, ob es vor dem Hintergrund des in der Rspr. gängigen Vorsatzverständnisses überhaupt möglich ist, in einer solchen Weise zu differenzieren, was zu Ende gedacht sogar die grundsätzliche Existenzberechtigung vorsätzlicher Lebensgefährdungsdelikte in Zweifel zieht.

II. Sachverhalt

Der zur Tatzeit 18 Jahre alte (und damit Heranwachsende), depressive Angeklagte hatte, um einen Wohnungsumzug mit seiner Mutter in eine andere Stadt und die damit verbundenen

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=09f8cfab207b9dfc27e5454401b153f9&nr=92561&pos=0&anz=1> (5.7.2019).

² Die Annahme, jemand fahre betrunken und nehme dabei eine konkrete Fremdgefährdung, d.h. einen Unfall mit zwangsläufig eigener Gefährdung billigend in Kauf, erscheint nicht unbedingt lebensnah.

psychischen Belastungen zu verhindern, die dort bereits in einem viergeschossigen Mehrfamilienwohnhaus im zweiten Obergeschoss angemietete Wohnung in Brand gesetzt.³ Dazu hatte er großflächig Benzin in der Wohnung verteilt und angezündet, was unerwartet zu einer Explosion führte, wodurch sich der Brand überaus schnell entwickelte und dem Angeklagten selbst zeitweilig den Fluchtweg versperrte. Er konnte jedoch letztlich dem Feuer entkommen, zog sich dabei aber Verbrennungen zweiten Grades an Gesicht und Händen zu.⁴ Infolge des Brandes wurden Dachgeschoss und Dachstuhl des Hauses vollkommen zerstört; es entstand ein Gesamtschaden von 620.000 €.⁵

Während einer der weiteren im Hause wohnenden Mieter unverletzt ins Freie gelangen konnte, waren vier Personen, darunter eine 69 Jahre alte lungenkranke und pflegebedürftige Frau, wegen der Hitze und Rauchentwicklung nicht mehr in der Lage, durch das Treppenhaus zu entkommen. Sie flohen auf einen Balkon im zweiten Obergeschoss, wo sie sich mit nassen Waschlappen notdürftig vor dem Rauch schützten, bis sie schließlich von der Feuerwehr geborgen werden konnten. Die genannte 69-Jährige trug jedoch eine Rauchgasvergiftung sowie psychische Störungen davon.⁶

Die beim AG Bocholt angesiedelte auswärtige Jugendkammer des LG Münster (vgl. § 78 GVG⁷) hatte den Angeklagten daraufhin wegen besonders schwerer Brandstiftung (§ 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB) in Tateinheit mit fahrlässiger Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion (§ 308 Abs. 1 und 6 StGB) sowie fahrlässiger Körperverletzung (§ 229 StGB) zu einer Jugendstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt.⁸ Sie war davon ausgegangen, der auf Grund seiner Depression vermindert schuldfähige Angeklagte hätte erkannt, dass Hausbewohner infolge der Brandlegung und insb. der Rauchentwicklung in Lebensgefahr geraten könnten, dies aber in Kauf genommen, um sein Tatziel zu erreichen. Hingegen hat sie bei ihm keine billigende Inkaufnahme des tatsächlichen Eintretens körperlicher Schäden oder gar des Todes festzustellen vermocht.⁹

III. Die Entscheidung des Senats

Gegen die Entscheidung hatten sowohl der Angeklagte als auch zu seinen Ungunsten die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt, die beide auf die Sachrüge hin zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung an eine andere Strafkammer des LG Münster führten.¹⁰ Im Kern rügt der *Senat* die Widersprüchlichkeit der oben wiedergegebenen Sach-

³ BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18, Rn. 3.

⁴ BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18, Rn. 5.

⁵ BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18, Rn. 6.

⁶ BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18, Rn. 6.

⁷ Auf Grund der Verordnungsermächtigung in § 78 Abs. 1 S. 1 GVG hat das Land NRW durch die VO über die Bildung auswärtiger Strafkammern v. 28.10.2008 (GV NRW 2008, 685) auswärtige Strafkammern des LG Münster beim AG Bocholt sowie des LG Kleve beim AG Moers eingerichtet.

⁸ BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18, Rn. 1.

⁹ BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18, Rn. 4, 7.

¹⁰ BGH, Urt. v. 26.6.2018 – 1 StR 79/18, Rn. 1.

verhaltensfeststellungen zur subjektiven Tatseite.¹¹ Die Verneinung eines Tötungs- und Verletzungsvorsatzes vertrage sich im konkreten Fall nicht mit der Bejahung eines Lebensgefährdungsvorsatzes. Im Ergebnis musste daher die Revision der Staatsanwaltschaft Erfolg haben, weil sie angesichts des bejahten Gefährdungsvorsatzes zu Recht rügen konnte, dass dann richtigerweise auch ein Tötungsvorsatz hätte angenommen werden müssen. Die Revision des Angeklagten musste folgerichtig mit dem spiegelbildlichen Argument durchdringen, umgekehrt hätte angesichts der Verneinung eines Tötungsvorsatzes nicht ohne weiteres ein Lebensgefährdungsvorsatz festgestellt und wegen § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB verurteilt werden dürfen.

1. Die getrennte Behandlung der beiden Revisionen

Beide Rechtsmittel steuerten mithin auf die gleiche Frage zu; dennoch behandelt der *Senat* sie separat und an verschiedenen Stellen seiner Entscheidung.¹² Dies hat mehrere Gründe: Zunächst stellt die in dieser Entscheidung vorzufindende Konstellation von Revisionsrügen, die auf denselben Teilaspekt eines Urteils zielen, eher eine Ausnahme dar; oft rügt beispielsweise die eine Seite den Schuldspruch, die andere aber das Strafmaß. Oder es werden unterschiedliche prozessuale Rügen erhoben. Im Regelfall ist deren getrennte Behandlung daher schon sachlogisch angezeigt. Das ist nun hier nicht so. Dennoch behält der *Senat* selbst in unserem Fall die separate Behandlung der beiden Revisionen zu Recht bei. Ein Grund hierfür findet sich in den potenziell unterschiedlichen Wirkungen eingelegter Revisionen. Nur auf eine Revision der Staatsanwaltschaft zu Ungunsten des Angeklagten kann es im Ergebnis zu einer Strafverschärfung kommen, während für die Revisionseinlegung durch den Angeklagten das Verbot der *reformatio in peius* gilt (§ 358 Abs. 2 StPO). Erwiese sich die Revision der Staatsanwaltschaft also als erfolglos, so begründete dies eine insoweit sichere Situation für den Angeklagten: Es kann für ihn jedenfalls nicht noch schlimmer kommen! Vor diesem Hintergrund spielen zudem die strengen formalen Anforderungen an Revisionseinlegung und -begründung eine Rolle (§§ 341, 344 f. StPO), deren Missachtung zur Unzulässigkeit einer der beiden Revisionen oder einzelner ihrer Revisionsrügen führen kann. Schlussendlich bleibt noch die Kostenfrage zu bedenken, weil § 473 StPO insoweit auf Erfolg oder Misserfolg der einzelnen Rechtsmittel abhebt. Daher werden im Revisionsverfahren¹³ die Rügen verschiedener Revisionsführer, obwohl sie in einer einzigen Entscheidung abgehandelt werden, stets getrennt voneinander behandelt und beschieden. So geschieht es auch im Urteil des *Senats*; allerdings erschöpfen sich wegen der letztlich identischen sachlichen Begründung der Entscheidung die Ausführungen zur Revision des Angeklagten weitgehend in Verwei-

sen auf die Ausführungen zur Revision der Staatsanwaltschaft.¹⁴

2. Gefährdungs- und Tötungsvorsatz

a) Differenzierung auf kognitiver Ebene

Der *Senat* beginnt seine Ausführungen zum (Tötungs-)Vorsatz mit der in der Rspr. üblichen Definition des *dolus eventualis* und ihrer Unterscheidung zwischen kognitivem und voluntativem Element: Der Täter müsse den Tod (der Hausbewohner) als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seiner Brandlegung erkannt und diese gebilligt oder sich zumindest um des erstrebten Zieles willen (der Vernichtung der Wohnung und damit der Verhinderung des Umzugs) mit einem Todeseintritt abgefunden haben.¹⁵ Die sachverständig beratene Jugendkammer hatte vor dem Hintergrund einer kognitiven Verengung bei dem Angeklagten, hervorgerufen durch eine schwere depressive Episode, angenommen, der Angeklagte habe zum Tatzeitpunkt die Möglichkeit einer Verletzung oder gar Tötung anderer Personen nicht erkannt. Wohl aber sei ihm bewusst gewesen, Feuer und Rauch könnten zu einer Lebensgefahr für die übrigen Hausbewohner führen, was er billigend in Kauf genommen hätte.¹⁶ Diese differenzierte Betrachtung auf kognitiver Ebene hält der *Senat* für logisch nicht tragfähig, denn eine Gefahr beschreibe begrifflich nichts anderes als die Möglichkeit einer Schädigung. Wer Gefährdungsvorsatz bejahe, könne daher schlechterdings das kognitive Element des bedingten Tötungsvorsatzes nicht mehr verneinen.¹⁷ Diese Argumentation überzeugt. Tatsächlich wird die (konkrete) Gefahr – bei Abweichungen im Detail – heute überwiegend als eine Situation beschrieben, in welcher die Sicherheit einer bestimmten Person so stark beeinträchtigt erscheint, dass es nur noch vom Zufall abhängt, ob es zu einer Verletzung kommt oder nicht.¹⁸ Im Vergleich dazu bezieht sich das kognitive Element eines korrespondierenden Erfolgsdeliktes auf die Möglichkeit einer Verletzung.¹⁹ Wenn aber *ex ante* betrachtet in einer Gefahrensituation der Eintritt einer Verletzung nur noch von unkalkulierbaren Umständen abhängt, so kann dies zwanglos mit der Möglichkeit einer Verletzung gleichgesetzt werden.²⁰ Wer folglich die konkrete Gefährdung erkennt, hat notgedrungen auch das andere, nämlich die Schadensmöglichkeit erkannt. Da zudem der bedingte Tötungsvorsatz nicht das Bewusstsein von einer besonders hohen Gefahr für das Rechtsgut verlangt, sondern

¹⁴ BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18, Rn. 16.

¹⁵ BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18, Rn. 10; insoweit ständige Rspr. seit BGHSt 7, 363 (368 f.); vgl. BGH NSTZ 2008, 93; BGH NSTZ-RR 2016, 204.

¹⁶ BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18, Rn. 12.

¹⁷ BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18, Rn. 13.

¹⁸ BGH NJW 1995, 3131; BGH NSTZ 2013, 167; Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315c Rn. 33; eingehend Küper/Zopfs, Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2018, Rn. 249 ff.

¹⁹ Die höhere Anforderungen stellende sog. Wahrscheinlichkeitstheorie von Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 250 ff., kann heute als überwunden gelten.

²⁰ Radtke, NSTZ 2000, 88 (89).

¹¹ BGH, Urt. v. 26.6.2018 – 1 StR 79/18, Rn. 10.

¹² BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18, Rn. 8 ff., 15 f.

¹³ Im Berufungsverfahren, in welchem i.d.R. ohnehin eine komplette Überprüfung stattfindet, wird die Trennung weniger streng durchgeführt; im Tenor allerdings werden auch dort die einzelnen Berufungen – schon wegen der Kostenfolgen – getrennt abgehandelt.

es bereits genügt, wenn eine „mögliche, nicht ganz fernliegende Folge“²¹ im Raum steht, so lassen sich Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz auch nicht nach dem Grade einer Schadenswahrscheinlichkeit abschichten. Vielmehr genügt für einen Verletzungsvorsatz bereits eine vorgestellte Schadenswahrscheinlichkeit, die sogar niedriger als das liegen kann, was gemeinhin zur objektiven Annahme konkreter Gefahr gefordert wäre.

b) Differenzierung auf voluntativer Ebene

Wenn sich folglich die Annahme eines Gefährdungsvorsatzes bei gleichzeitiger Verneinung eines Tötungsvorsatzes nicht auf kognitiver Ebene begründen lässt, so stünde auf der Basis der Vorsatzdefinition der Rspr. allein noch die voluntative Ebene zu einer solchen Differenzierung zur Verfügung. Es bliebe also zu fragen, ob das Billigen einer Gefährdung bei gleichzeitiger Nichtbilligung des Erfolgseintritts vorstellbar erscheint. Diese Thematik brauchte der *Senat* nicht mehr anzuschneiden; sie wird sich aber der zur neuen Entscheidung berufenen Jugendkammer stellen. Zunächst ließen sich die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte von Gefährdung und Erfolg ins Feld führen. Die Billigung einer Gefährdung, so ließe sich argumentieren, brauche nicht mit einer Billigung eines tatsächlichen Erfolgseintrittes einherzugehen und der Täter könne daher zwar die Gefährdung akzeptieren und zugleich auf den tatsächlichen Nichteintritt der unerwünschten Folge vertrauen. Bei näherem Hinsehen allerdings stellen sich auch insoweit Bedenken ein. So wäre Gegenstand des voluntativen Aspekts eines Gefährdungsvorsatzes das Sichabfinden mit der Rechtsgutsgefährdung. Nach den obigen Überlegungen zur kognitiven Seite bedeutete dies indessen ebenfalls das Sichabfinden mit einer Situation, in der eine Rechtsgutsverletzung ebensogut möglich erscheint wie ihr Ausbleiben und in der dem Täter vor allem keine aus seiner Sicht verlässliche Erfolgsvermeidungshandlung zur Verfügung steht. Wer aber eine für ihn unvermeidbare Möglichkeit eines Erfolgseintrittes akzeptiert und in Kauf nimmt, der muss logischerweise auch den Fall in Kauf nehmen, dass sich diese Möglichkeit in einem Erfolgseintritt realisiert. Das bloße Hoffen auf ein Ausbleiben des Erfolges kann der Täter jedenfalls dann auch nicht mehr als Argument für sich reklamieren. Denn wenn es nur noch vom Zufall abhängt, ob es zum Schaden kommt oder nicht, dann ist ein ernsthaftes, nicht nur vages *Vertrauen* auf das Ausbleiben des Erfolges (wie es stets in diesem Zusammenhang für die Ablehnung des Vorsatzes verlangt wird²²) schon begrifflich nicht mehr möglich. Damit aber wäre zwangsläufig bereits die Schwelle zur Inkaufnahme des Erfolges selbst überschritten. Folglich führt die Argumentation des *Senates* letztlich dazu, auch auf voluntativer Ebene nicht mehr sinnvoll zwischen der Billigung einer Gefahr und einer Billigung des Erfolges unterscheiden zu können.

²¹ BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18, Rn. 10.

²² Vgl. BGH NJW 2018, 1621 (1623); BGH NSTZ-RR 2016, 79 (80); ebenso *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 23.

3. Folgerungen

Es ergeben sich weitreichende Konsequenzen. Auf der Basis der bisherigen Vorsatzrechtsprechung besäßen konkrete (Lebens-)Gefährdungsdelikte in der Variante vorsätzlicher Gefährdung (z.B. § 315b Abs. 1 StGB) neben entsprechenden versuchten Erfolgsdelikten (z.B. nach den §§ 212, 22, 23 StGB) keinen eigenständigen Anwendungsbereich und damit auch keine Existenzberechtigung mehr, weil ihre Verwirklichung stets mit der Verwirklichung dieser schwereren Straftaten zusammenfiel; lediglich entsprechende Fahrlässigkeitsvarianten solcher Gefährdungsdelikte (etwa § 315c Abs. 4 StGB) blieben überhaupt noch isoliert anwendbar. Zugleich erweist sich damit, wie fragwürdig die Vorsatz-/Fahrlässigkeitsabgrenzung anhand identischer kognitiver Elemente und angesichts der offenbar ebenfalls untauglichen voluntativen Kriterien ist.

Die Entscheidung des *Senats* leitet daher zu geradezu existenziellen Fragen über: Kann und sollte man nun die konkreten Gefährdungsdelikte mit vorsätzlicher (insb. Leib- oder Lebens-)Gefährdungskomponente de lege ferenda verabschieden? Oder ist es stattdessen an der Zeit, sich auf andere Methoden zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit zu besinnen? Nun ist hier kein Raum, derartige Grundfragen des Strafrechts erschöpfend zu erörtern. Es soll aber immerhin angedeutet werden, dass Tendenzen zu einem normativen Verständnis des Vorsatzes, „welche die lähmende Alternative von kognitiven und volitiven Ausrichtungen der Vorsatzlehre hinter sich gelassen haben“²³, möglicherweise einen Ausweg böten. Solche Tendenzen sind im Übrigen auch in der Rspr. zu beobachten. Beispielsweise hat derselbe 4. *Strafsenat* in seiner bekannten Entscheidung zum Berliner Raser-Fall ausdrücklich darauf abgestellt, „die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung [sei] wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Vorsatzes.“²⁴ Richtete man nämlich unter Würdigung der äußeren Umstände des Einzelfalls, insb. der Risikohöhe und der Fähigkeiten des Täters zur Beherrschung der Situation, die Entscheidung über Vorsatz oder Fahrlässigkeit wertend daran aus, ob es plausibel erscheint, der Täter habe sich für (oder gegen) das Rechtsgut entschieden, weil er noch auf einen glücklichen Ausgang vertrauen *durfte*²⁵ (oder eben nicht), so ließen sich möglicherweise derartige Ungereimtheiten vermeiden, wie sie die Entscheidung der Jugendkammer prägen. Soweit ersichtlich, deuten die Tatumstände auf der Basis einer solchen normativen Betrachtung eher auf eine Vorsatzannahme hin: Wer in einem von etlichen Menschen bewohnten Haus mit einer größeren Menge eines Brandbeschleunigers wie Benzin einen Brand mit dem Ziel legt, eine Wohnung unbewohnbar zu machen, der kann kaum noch mit der Einlassung Gehör finden, er habe damit nicht zu-

²³ *Hassmer*, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 289 (295).

²⁴ BGH NJW 2018, 1621 (1623); ähnlich zudem in der vorliegenden Entscheidung, vgl. BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18, Rn. 10.

²⁵ *Roxin* (Fn. 22), § 12 Rn. 31.

gleich die Tötung eines anderen Bewohners, zumal in darüber liegenden Wohnungen, in Kauf genommen.

IV. Bewertung

Der *Senat* selbst hat seine Entscheidung weder zur Aufnahme in die amtliche Entscheidungssammlung noch zur Veröffentlichung vorgesehen – zu Unrecht, wie ich finde, denn sie bietet Anlass, zu Grundsatzfragen der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit vorzudringen. Entwickelt man die Gedanken des *Senates* konsequent weiter, so erweist sich nämlich, wie künstlich und zudem wenig tauglich die Differenzierung der Tätervorstellungen in kognitive und voluntative Elemente ist, wenn es zu entscheiden gilt, ob noch (bewusst) fahrlässig oder schon (bedingt) vorsätzlich gehandelt wurde. Da sich zudem die Vorstellungen des Täters in der Tatsituation nicht empirisch feststellen lassen, er selbst aber als Beschuldigter kaum wirklich verlässliche Angaben dazu machen wird, läuft die Vorsatzfeststellung ohnehin auf eine subjektive Wertung seitens des Richters hinaus. Daher ist es – auch für die Fallbearbeitung – am Ende nur konsequent, den Vorsatz normativ anhand der Gefahrenhöhe zu bestimmen. „Wer also einem anderen aus kurzer Entfernung ein Messer durch die Brust stößt, wird mit dem Einwand, er habe auf einen glücklichen Ausgang vertraut, nicht gehört.“²⁶

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

²⁶ Roxin (Fn. 22), § 12 Rn. 32.