

Entscheidungsanmerkung

Dolus alternativus bei Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter

Zur rechtlichen Bewertung eines Alternativvorsatzes, wenn sich dieser auf die Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter verschiedener Rechtsgutsträger bezieht. (Amtlicher Leitsatz)

StGB §§ 15, 16, 224

BGH, Urt. v. 14.1.2021 – 4 StR 95/20¹

I. Einleitung

Der dolus alternativus gehört aus studentischer Sicht zu den notorisch unbeliebtesten Themen in einer Strafrechtsklausur. Dies mag an den mit ihm verbundenen logischen (Liegen wirklich zwei Vorsätze oder liegt möglicherweise doch nur ein Vorsatz vor?), aber auch praktischen Schwierigkeiten (Wie geht man mit einer Mehrheit sich ausschließender Vorstellungsinhalte um?) liegen. Umso mehr besteht Anlass, sich mit der hier besprochenen Entscheidung des BGH auseinanderzusetzen, in der dieser sich erstmals ausführlich zu dieser Problematik äußert, die in keinem Lehrbuch des Allgemeinen Teils fehlt.

II. Sachverhalt

Der Angeklagte schlug am 11.3.2019 mit einem Hammer in Richtung der B und ihres unmittelbar hinter ihr stehenden Bruders A. Dabei hielt er es für möglich, dass der Hammer eine der beiden Personen treffen und verletzen könnte und nahm dies billigend in Kauf. Allerdings konnten B und A den Schlag so weit ablenken, dass A lediglich leicht am Kopf getroffen wurde. Das erstinstanzlich entscheidende Gericht ging davon aus, der Angeklagte habe sowohl im Hinblick auf A als auch im Hinblick auf B eine vorsätzliche gefährliche Körperverletzung begangen. Im Hinblick auf A erkannte das Landgericht auf eine vollendete (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB) und im Hinblick auf B auf eine versuchte Körperverletzung (§§ 224 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 22, 23 StGB), die zueinander im Verhältnis der Tateinheit stünden (§ 52).

III. Rechtliche Würdigung

1. Dass ein Täter durch sein Verhalten mehrere Tatbestände verwirklicht und eine hierauf bezogene Vorstellung hat, ist grundsätzlich unproblematisch. Unabhängig von der Art des Rechtsguts ist bei Vorliegen eines solchen dolus cumulativus Idealkonkurrenz zwischen den vom Vorsatz umfassten Tatbe-

ständen anzunehmen.² Zu denken ist etwa an das Verhältnis zwischen Totschlag und Körperverletzung, für das mittlerweile einhellig davon ausgegangen wird, dass der Körperverletzungs- im Tötungsvorsatz als notwendiges Durchgangsstadium enthalten ist.³ Im Falle der Vollendung oder des Versuchs beider Delikte tritt die Körperverletzung im Wege der Subsidiarität hinter dem Totschlag zurück.⁴ Wenn die Körperverletzung im Gegensatz zum Totschlag vollendet wurde, soll dies freilich nicht der Fall sein, weil anderenfalls im Schuldpruch nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht würde, dass diese immerhin vollendet wurde.⁵

2. Demgegenüber zeichnet sich der dolus alternativus dadurch aus, dass sich die Vorstellung des Täters (zumindest) zwei gesetzlichen Tatbeständen zuordnen lässt, die sich im Gegensatz zum dolus cumulativus wechselseitig ausschließen. Der BGH hebt gleich zu Beginn hervor, dass er noch keine Entscheidung dazu getroffen habe, „wie miteinander verbundene, auf sich ausschließende Erfolge bei verschiedenen Opfern gerichtete, bedingte Vorsätze zu behandeln sind“.⁶ Das stimmt zwar, bedeutet aber nicht, dass er nicht längst über Sachverhalte zu entscheiden hatte, in denen die Annahme eines dolus alternativus zumindest nahe lag:

So zitiert der BGH selbst ein Urteil aus dem Jahre 2005, das ein Geschehen betraf, in dem der Täter zweimal auf ein Ehepaar schoss: den Mann wollte er mit Absicht töten, während er die tatsächlich herbeigeführte Tötung der Frau immerhin für möglich hielt und in Kauf nahm.⁷ Angesichts der konkreten Tatsituation – der Tatort war dunkel und die Opfer waren lediglich umrisshaft erkennbar bzw. nicht genau unterscheidbar, zudem zitterten dem Täter vor Aufregung die Hände – hätte wohl bereits damals ein Anlass für eine Äußerung zu dieser Vorsatzkonstellation bestanden, zumal man die beiden Schüsse als natürliche Handlungseinheit zusammenfassen muss.⁸ Der BGH interpretiert den damals zu entscheidenden Sachverhalt jedoch in der Weise, dass sich die Vorsätze nicht gegenseitig ausgeschlossen, sondern nach Vorstellung des Täters nebeneinander hätten verwirklicht werden können.⁹

² Eisele, JuS 2021, 366 (367); Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 5 Rn. 27a; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 91.

³ BGHSt 16, 122 = BGH NJW 1961, 1179 (1179); BGHSt 21, 265 (267); BGH NSTz 1995, 282 (283); BGH NJW 1991, 990 (990); anders die frühere sog. Gegensatztheorie, siehe dazu RGSt 61, 375.

⁴ Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 212 Rn. 18, 22.

⁵ BGHSt 44, 196 = BGH NJW 1999, 69; Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 4), § 212 Rn. 23.

⁶ BGH NJW 2021, 795 (795).

⁷ BGH NSTz-RR 2006, 168 (169); siehe hierzu auch Eisele, JuS 2021, 366 (367).

⁸ In diesem Sinne Bosch, JA 2006, 330.

⁹ BGH NJW 2021, 795 (796).

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=41c8e83f345cde579aff678702a48c90&nr=114007&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> sowie abgedruckt in NJW 2021, 795 ff.

Erst recht hätte sich in einem im Jahre 2008 entschiedenen Fall die Erörterung des *dolus alternativus* aufgedrängt:¹⁰ Der Täter erwischte seine Ehefrau in flagranti mit seinem besten Freund und schlug mit einem Beil in Richtung dessen Kopfes; er nahm dabei in Kauf, seine Ehefrau tödlich zu verletzen, die dann auch zu Tode kam, weil der Beilhieb sein Ziel – den Kopf des Freundes – verfehlte. Der BGH deutete das Geschehen als *aberratio ictus*, was wenig überzeugend ist,¹¹ weil diese sich gerade dadurch auszeichnet, dass der Handelnde die Verletzung des tatsächlich getroffenen Opfers nicht einmal für möglich hielt. Auch hier hätten Ausführungen zum *dolus alternativus* nahegelegen, da der Schlag nach Lage der Dinge allein entweder den Freund oder die Ehefrau treffen konnte, zumal die Schneide des Beils bei Ausführung der Tat abbrach. Eine mögliche Erklärung mag man darin sehen, dass der Täter im Hinblick auf seinen Freund mit *dolus directus* ersten Grades handelte. Hierin liegt jedoch keine die *aberratio ictus* kennzeichnende, ausschließlich auf ihn bezogene innere Festlegung,¹² was durch den gleichzeitig angenommenen *dolus eventualis* im Hinblick auf die Ehefrau nur bestätigt wird. Womöglich verkannte der BGH diesen Gesichtspunkt auch deswegen, weil der Hieb den Kopf des Freundes „verfehlte“,¹³ was die Referenz auf ein Fehlgehen des Schlages – und nichts anderes bedeutet „*aberratio ictus*“ wörtlich übersetzt – erklären mag.

3. Im aktuell zur Entscheidung stehenden Sachverhalt bewertet der BGH die Vorstellung des Täters jedoch völlig zu Recht als *dolus alternativus*. Denn der Angeklagte hielt es für möglich und nahm billigend in Kauf, dass der von ihm geführte Schlag mit dem Hammer entweder die B oder den A treffen bzw. verletzen konnte.

Damit ist die Frage gestellt, wie mit einer solchen Konstellation umzugehen ist: Es überzeugt nicht, unabhängig davon, ob es vollendet oder nur versucht wurde, allein wegen des schwereren Delikts – konkret also: § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB – zu bestrafen.¹⁴ Dies wird gerade dann deutlich, wenn es nicht um ein und denselben, sondern um unterschiedliche Tatbestände geht. Man denke nur an das bekannte Schulbeispiel, in dem der nur noch über eine Patrone verfügende Dieb einen Schuss auf den ihn verfolgenden Polizisten sowie dessen Diensthund abgibt: Soll hier das weniger gravierende, aber doch immerhin vollendete Delikt des § 303 Abs. 1 StGB nicht im Schuldspruch erscheinen, sofern der Diensthund getroffen und der Polizist verfehlt wird?¹⁵ Ebenso wenig über-

zeugt es, allein aus dem vollendeten Delikt zu bestrafen,¹⁶ was abermals anhand dieses „Klassikers“ klar wird, da dann allein eine Strafbarkeit wegen vollendeten § 303 Abs. 1 StGB verbliebe. Dies erscheint eigenartig, wenn gerade das schwerere Delikt lediglich als Versuch vorliegt: Soll hier das Versuchsunrecht wirklich „verbraucht“ sein?¹⁷ Dementsprechend leuchtet es ein, wenn der BGH mit der wohl nach wie vor überwiegenden Auffassung in der Literatur annimmt, der Angeklagte habe mit zwei ihm zurechenbaren bedingten Körperverletzungsvorsätzen gehandelt.¹⁸

4. Die Annahme des Vorliegens zweier Vorsätze muss sich jedoch mit dem Einwand auseinandersetzen, ob denkgesetzlich nicht von vornherein nur ein Vorsatz vorliegen kann. Hierfür könnte sprechen, dass der Vorsatz stets auf die Vollendung der Tat gerichtet sein muss, während ein lediglich auf ein unmittelbares Ansetzen i.S.d. § 22 StGB gerichteter Vorstellungsinhalt keinen Vorsatz begründen kann, was gerade in der Teilnahmelehre hervorgehoben wird und dort zur Straflosigkeit des *agent provocateurs* führt.¹⁹ Der BGH begegnet einem solchen Einwand dadurch, dass ein Verstoß gegen Denkgesetze jedenfalls solange nicht angenommen werden könne, wie die auf sich wechselseitig ausschließenden Erfolge gerichteten Vorstellungsinhalte nicht den sicheren Eintritt eines der Erfolge zum Gegenstand haben.²⁰ Dies leuchtet ein, denn in dem Moment, wo der Täter einen Erfolg als sicher eintretend ansieht, kann er den Eintritt eines anderen Erfolges nicht mehr für möglich halten, wenn die Herbeiführung zweier Erfolge nach den konkreten Umständen auszuschließen ist. Jenseits dieser Konstellation ist die Koexistenz zweier sich ausschließender Vorsätze indes nicht logisch ausgeschlossen, selbst wenn nur einer dieser Vorsätze zur Tatvollendung führen kann. Vor diesem Hintergrund kommt die Problematik des *dolus alternativus* nur zum Tragen, wenn der Täter mit *dolus directus* ersten Grades oder mit *dolus eventualis* handelt, wobei diese Vorsatzformen in der Form auftreten können, dass der Eventualvorsatz doppelt bzw. eine Kombination von Absicht und Eventualvorsatz vorliegt.

Auch in dem aktuellen Fall handelte der Angeklagte mit *dolus eventualis* sowohl im Hinblick auf A als auch im Hinblick auf B. Hierbei war seine Vorstellung jeweils auf die Vollendung der Tat gerichtet, nur dass eben nicht klar war, ob diese am einen oder anderen Opfer realisiert würde. Der jeweils auf A und B bezogene Vorsatz zur gefährlichen Körperverletzung stand nicht mehr unter einer inneren Bedin-

¹⁰ BGH NStZ 2009, 210 (210 ff.); treffend *Böhm*, FD-StrafR 2021, 436217.

¹¹ *Böhm*, FD-StrafR 2021, 436217; siehe auch v. *Heintschel-Heinegg*, JA 2009, 149.

¹² Treffend *Böhm*, FD-StrafR 2021, 436217.

¹³ BGH NStZ 2009, 210 (210).

¹⁴ *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (589 ff.); *Kühl* (Fn. 2), § 5 Rn. 27b, § 15 Rn. 29; *Vogel/Bülte*, in: *Cirener u.a.* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 15 Rn. 136; *Lampe*, NJW 1958, 332 (333).

¹⁵ In diesem Sinne *Kudlich*, JA 2021, 339 (340).

¹⁶ *Mezger*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 1957, § 59 Rn. 21c; *Zaczyk*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 22 Rn. 20.

¹⁷ Vgl. *Mezger* (Fn. 16), § 59 Rn. 21c; *Zaczyk* (Fn. 16), § 22 Rn. 20 m.w.N.

¹⁸ BGH NJW 2021, 795 (796).

¹⁹ In diesem Sinne *Mitsch*, NStZ 2021, 795 (799).

²⁰ BGH NJW 2021, 795 (796); siehe auch *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 8/33; v. *Heintschel-Heinegg*, JA 2009, 149 (150); *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 94.

gung, sondern die Vorstellung umfasste kognitiv und voluntativ die zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstände (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Hierin unterscheidet sich der mit *dolus alternativus* Handelnde vom Agent provocateur, der erst gar nicht die Vollendung der Tat will, so dass sein Vorsatz nicht mit dem Strafgrund der Teilnahme korrespondiert.²¹ Somit lässt sich von einer Entscheidung des Täters für die Rechtsgutsverletzung bzw. gegen zwei Rechtsgutsträger sprechen, die letztlich die Grundlage für die Vorsatzhaftung bildet.²²

Insofern hätte sich sogar noch eine weitere Analogie angeboten, die der BGH in einem anderen Zusammenhang erst bei den späteren Ausführungen zum Strafausspruch vollzieht:²³ Auch für den untauglichen Versuch, der von vornherein nicht zur Vollendung führen kann, wird nicht in Abrede gestellt, dass ein Tatentschluss gegeben ist, obwohl die Tat von vornherein aus objektiven Gründen nicht vollendet werden kann. Dann aber spricht wenig dafür, dass derjenige, der die Verwirklichung von zwei sich ausschließenden Erfolgen für möglich hält, nicht zwei Vorsätze haben können soll.

5. Hiermit ist jedoch ein Konkurrenzproblem aufgeworfen, da die Frage beantwortet werden muss, wie der Täter denn nun konkret bestraft werden soll. Der BGH geht von gleichartiger Idealkonkurrenz aus, was im Ergebnis zu einer Strafbarkeit wegen § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB zum Nachteil des B und wegen §§ 224 Abs. 1 Nr. 22, 23 Abs. 1 StGB zum Nachteil der A führt.²⁴ Er argumentiert, anderenfalls käme im Schuldspruch nicht zum Ausdruck, dass der Täter gleich zwei Vorsätze betätigt und damit größere Schuld auf sich geladen hat als derjenige, der nur einen einfachen Vorsatz hat.²⁵ Bemerkenswert erscheinen die Ausführungen des BGH auch wegen ihrer deutlichen normtheoretischen Anleihe, indem die größere Schuld des mit *dolus alternativus* handelnden Angeklagten darauf zurückgeführt wird, dass er sowohl die zum Schutz der körperlichen Integrität des B als auch der A aufgestellten Verhaltensnorm verletzt, nach der die körperliche Integrität anderer zu achten ist.²⁶

Allerdings lässt sich einwenden, dass hierdurch das vom Täter verwirklichte Unrecht im Schuldspruch „überbordend“ zum Ausdruck gebracht würde,²⁷ was dann auch zu dem Vorschlag führt, nur aus dem schwersten oder aus dem vollendeten Delikt zu bestrafen (siehe III. 3.). Indes ergibt sich das Unrecht eben nicht nur aus dem Erfolgs-, sondern auch aus dem Handlungsunrecht, welches im Falle des *dolus alterna-*

tivus notwendig dadurch herabgesetzt ist, dass – anders als beim *dolus cumulativus* – von vornherein nur ein Tatbestand vollendet werden kann.²⁸ Dies freilich muss in der konkreten Strafzumessung Ausdruck finden: Dementsprechend hob der BGH das erstinstanzliche Urteil im Strafausspruch auf, weil das Landgericht bei der Bemessung der Einzelstrafe aus dem Regelstrafrahmen des § 224 Abs. 1 StGB für die zum Nachteil des B begangene vollendete gefährliche Körperverletzung die in Tateinheit stehende versuchte gefährliche Körperverletzung zum Nachteil der A uneingeschränkt strafschärfend gewichtet hatte.²⁹ Jedenfalls insoweit lässt sich dann auch der Kritik begegnen, aus Alternativität werde letztlich doch Kumulation.³⁰

6. Die in diesem Zusammenhang vom BGH angedeutete Analogie zum untauglichen Versuch könnte den Einwand provozieren, dass der Gesetzgeber beim untauglichen Versuch gerade nicht von einem geminderten Handlungsunwert ausgeht: Nur deswegen wird der untaugliche genauso wie der taugliche Versuch bestraft, so dass allenfalls unter den engen Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 StGB ein Absehen von Strafe oder eine Strafmilderung in Betracht kommt. Der zentrale Unterschied besteht jedoch darin, dass der Täter beim untauglichen Versuch immerhin die Möglichkeitsvorstellung hat, der Erfolg werde eintreten, woran es beim *dolus alternativus* zumindest im Hinblick auf eine der im Raum stehenden Tatbestandsverwirklichungen fehlt. Daher versieht der BGH die angedeutete Analogie auch zu Recht mit einer Einschränkung („[...] ähnlich einem untauglichen Versuch [...]“).³¹

7. Der BGH lässt offen, ob die hier propagierte Lösung – idealkonkurrierende Bestrafung wegen aller in Betracht kommender Delikte – für Fälle eines Alternativvorsatzes generell gilt oder in bestimmten Konstellationen das versuchte Delikt im Wege der Gesetzeinheit konsumiert wird.³² Gedacht ist möglicherweise an Tatbestände, die höchstpersönliche Rechtsgüter ein und derselben Person betreffen oder bei denen das versuchte Delikt im Unrechtsgehalt weniger schwer wiegt.³³ Ausgehend von der Prämisse, dass der Schuldspruch das verwirklichte Unrecht vollständig zum Ausdruck bringen soll, erscheint dies freilich nicht zwingend, zumal einer überbordenden Unrechtsattribution – wie der BGH in der ihm vorliegenden Fallgestaltung überzeugend demonstriert – auch auf andere Weise begegnet werden kann.

Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Universität Konstanz

²¹ Vgl. BGH NStZ 2008, 41; eingehend *Rönnau*, JuS 2015, 19 (19 f.); *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 26 Rn. 21.

²² *Hassemer*, in: Dornseifer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 289 (295); *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 2), § 15 Rn. 3 f., 7.

²³ BGH NJW 2021, 795 (797).

²⁴ BGH NJW 2021, 795 (796 f.). Vgl. auch *Böhm/Stürmer*, JA 2017, 272 (276).

²⁵ BGH NJW 2021, 795 (796). Vgl. auch *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 2), § 15 Rn. 91.

²⁶ BGH NJW 2021, 795 (796).

²⁷ In diesem Sinne *Kudlich*, JA 2021, 339 (341).

²⁸ Treffend BGH NJW 2021, 795 (797).

²⁹ BGH NJW 2021, 795 (797).

³⁰ In diesem Sinne *Mitsch*, NJW 2021, 795 (799). Siehe auch *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (589 ff.).

³¹ BGH NJW 2021, 795 (797).

³² BGH NJW 2021, 795 (796 f.).

³³ In diesem Sinne *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, Rn. 352.