

Rechtsvergleichende Untersuchung zur Unterscheidung von Vorsatz und
Fahrlässigkeit in Spanien, Mexiko, Argentinien, Kolumbien und
Deutschland

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors
der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
Bonn

vorgelegt von Cliff Gatzweiler
aus Aachen
2007

Dekan: Prof. Dr. Erik Theissen
Erstreferentin: Prof. Dr. Ingeborg Puppe
Zweitreferent: Prof. Dr. Urs Kindhäuser

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Dezember 2007

Erscheinungsjahr: 2008

Meinen herzlichen Dank für den freien und unbürokratischen Zugang zur Nutzung der Bibliotheken (ohne die dieses Werk niemals zustande gekommen wäre) und für die freundliche Hilfe möchte ich an folgende ausländische Universitäten richten:

Universitat Pompeu Fabra (UPF), Barcelona

Universitat de Barcelona (UB), Barcelona

Universitat Autònoma de Barcelona (UAB), Barcelona

Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Mexiko Stadt

Gliederung:

	<i>Seite</i>
Abkürzungsverzeichnis.....	V
Vorwort.....	1
Aufbau.....	3
Einleitung.....	3
Erster Teil (Länderberichte).....	6
Erster Abschnitt (Spanien).....	6
A. Gesetzestext.....	6
B. Höchststrichterliche Rechtsprechung.....	11
I. Billigungstheorie.....	11
1. Billigung wegen Kenntnis der hohen Gefahr des Erfolgseintritts.....	13
2. Billigung wegen „schlechten Charakters“ des Täters.....	19
3. Betätigter Vermeidewille als Ausdruck der Nichtbilligung.....	19
4. Nichtbilligung des Erfolgs bei erhöhten Unfallgefahren.....	22
II. <i>Frank'sche</i> Formeln.....	26
III. Ernstnahmethorie.....	27
IV. Vereinigungstheorie.....	27
V. Wahrscheinlichkeitstheorie.....	31
1. Unterlassungsdelikte.....	31
2. Begehungsdelikte.....	34
VI. Vorsatzindizien.....	43
C. Lehre.....	48
I. Klassische Vorsatzformen (<i>Carrara</i>).....	48
II. Billigungstheorie.....	50
1. Heranziehung des Risiko- und Gefahrbegriffs.....	55
a) Die Auffassung von <i>Mir Puig</i>	56
b) Die Auffassung von <i>Díaz Pita</i>	59
2. Anwendung von Kriterien der Vernunft.....	59
III. Vereinigungstheorie.....	63
IV. Rein kognitive Ansätze (Vorstellungstheorien).....	65

1. Möglichkeitstheorie.....	67
2. Wahrscheinlichkeitstheorie.....	69
a) Vorsatz als Wissen von einer konkreten Gefahr.....	71
b) Anwendung von Kriterien der Vernunft.....	78
V. Weitere Auffassungen.....	82
1. Dolus eventualis als Fall der bewussten Fahrlässigkeit.....	82
2. „Recklessness“ als Zwischenform.....	85
VI. Der dolus eventualis bei der Strafbarkeit des Versuchs.....	86
D. Zusammenfassung Länderbericht Spanien.....	88
I. Gesetzestext.....	88
II. Höchststrichterliche Rechtsprechung.....	88
III. Lehre.....	89
Zweiter Abschnitt (Mexiko).....	92
A. Gesetzestext.....	92
B. Höchststrichterliche Rechtsprechung.....	94
I. Billigungstheorie.....	94
II. Vorsatzindizien.....	99
C. Lehre.....	101
I. Billigungstheorie.....	101
II. Anwendung von Kriterien der Vernunft.....	103
III. Abstellen auf das äußere Erscheinungsbild.....	105
D. Zusammenfassung Länderbericht Mexiko.....	106
I. Gesetzestext.....	106
II. Höchststrichterliche Rechtsprechung.....	106
III. Lehre.....	107
Dritter Abschnitt (Argentinien).....	109
A. Gesetzestext.....	109
B. Höchststrichterliche Rechtsprechung.....	109

C. Lehre	114
I. Willenstheorien.....	114
II. Wahrscheinlichkeitstheorie.....	116
III. Der dolus eventualis bei der Strafbarkeit des Versuchs.....	119
D. Zusammenfassung Länderbericht Argentinien	120
I. Gesetzestext.....	120
II. Höchststrichterliche Rechtsprechung.....	120
III. Lehre.....	120
Vierter Abschnitt (Kolumbien)	122
A. Gesetzestext	122
B. Höchststrichterliche Rechtsprechung	123
C. Lehre	129
D. Zusammenfassung Länderbericht Kolumbien	131
I. Gesetzestext.....	131
II. Höchststrichterliche Rechtsprechung.....	132
III. Lehre.....	133
Fünfter Abschnitt (Deutschland)	134
A. Gesetzestext	134
B. Höchststrichterliche Rechtsprechung	135
I. Billigungstheorie.....	135
1. Tötungsdelikte.....	135
a) Rein subjektivistischer Ansatz.....	136
b) Anwendung von Kriterien der Vernunft.....	143
2. Andere Delikte als Tötungsdelikte.....	144
II. Vorsatzindizien.....	148
C. Lehre	150

I.	Rein subjektivistische Ansätze.....	150
1.	Billigungstheorie.....	150
2.	Ernstnahmetheorie.....	151
3.	Verdrängungstheorien.....	152
4.	Vorsatzindizien.....	157
II.	Anwendung von Kriterien der Vernunft.....	158
III.	Rein kognitive Ansätze.....	163
1.	Die Auffassung von <i>Herzberg</i>	163
2.	Die Auffassung von <i>Puppe</i>	164
3.	Kritik an den Auffassungen von <i>Puppe</i> und <i>Herzberg</i>	165
IV.	Weitere Auffassungen.....	168
1.	„Recklessness“ als Zwischenform.....	168
2.	Vorsatz bei erhöhten Unfallgefahren.....	169
D.	Zusammenfassung Länderbericht Deutschland	172
I.	Gesetzestext.....	172
II.	Höchststrichterliche Rechtsprechung.....	172
III.	Lehre.....	173
	Zweiter Teil (Vergleichung der unterschiedlichen Ansätze)	175
	Erster Abschnitt (Gesetzestext)	175
	Zweiter Abschnitt (Höchststrichterliche Rechtsprechung)	176
	Dritter Abschnitt (Lehre)	182
	<u>Literaturverzeichnis:</u>	
A.	Spanien.....	187
B.	Mexiko.....	194
C.	Argentinien.....	196
D.	Kolumbien.....	197
E.	Deutschland.....	198
F.	Andere Staaten.....	205
	<u>Lebenslauf des Verfassers:</u>	209

Abkürzungsverzeichnis:

A.A.	Andere(r) Ansicht
Abs.	Absatz
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (spanische Zeitschrift)
a.F.	alte Fassung
AN	Audiencia Nacional (Gericht in Spanien)
Anm.	Anmerkung
AP	Actualidad Penal (spanische Zeitschrift)
APr	Audiencia Provincial (Gericht in Spanien)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof (Revisionsgericht in Deutschland)
BGHR	BGH-Rechtsprechung - Strafsachen
BGHSt	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofs in Strafsachen
Cám. Penal	Cámara Penal (argentinisches Gericht in Strafsachen)
CGPJ	Cuadernos de Derecho judicial
CNCrim. y Corr.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal (Berufungsgericht in Argentinien)
CP	Código Penal (Strafgesetzbuch)
CPC	Cuadernos de Política Criminal (spanische Zeitschrift)
CPF	Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal (maßgebliches mexikanisches Strafgesetzbuch)
C.S.J.	Corte Suprema de Justicia (Revisionsgericht in vielen Staaten Lateinamerikas)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DJ	Digesto Jurídico, Buenos Aires (argentinische Zeitschrift)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Exp.	Expediente (Rechtssache)
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote

FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GJ	Gaceta Judicial (kolumbianische Zeitschrift mit veröffentlichten Urteilen)
GS	Gedächtnisschrift
Harv. L. Rev. Hrsg.	Harvard Law Review (US-amerikanische Zeitschrift) Herausgeber
JA	Juristische Arbeitsblätter
JA	Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires (argentinische Zeitschrift)
JD	Revista Jurisprudencia y Doctrina (kolumbianische Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LL	Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires (argentinische Zeitschrift)
La Ley (LL)	Revista Jurídica Española La Ley (spanische Zeitschrift)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
M.E.	Meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStE	Neue Entscheidungssammlung für Strafrecht
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
PE	Parte Especial (Besonderer Teil)
PG	Parte General (Allgemeiner Teil)
PJ	Poder Judicial = Consejo General del Poder Judicial (spanische Zeitschrift)
R.	N° de Recurso (Nummer des eingelegten Rechtsmittels)
RDCir	Revista de Derecho de la Circulación (spanische Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

VI

RJ	Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia (Sammlung der Urteile des spanischen TS nach Urteilsentscheidungsdatum und Randnummer)
RJCat	Revista Jurídica de Cataluña (katalanische Zeitschrift)
Rspr.	Rechtsprechung
R.T.Const.	Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional (Sammlung der Urteile des spanischen Verfassungsgerichts nach Urteilse Entscheidungsdatum und Randnummer)
S.C.J.N.	Suprema Corte de Justicia de la Nación (Revisionsgericht in Mexiko)
SSTS	Sentencias Tribunal Supremo (Urteile des Kassationsgerichts in Spanien)
STC	Sentencia Tribunal Constitucional (Urteil des Verfassungsgerichts in Spanien)
StGB	Strafgesetzbuch in Deutschland
S.T.J.	Superior Tribunal de Justicia (Revisionsgericht in Argentinien)
StPO	Strafprozessordnung
STS	Sentencia Tribunal Supremo (Urteil des Kassationsgerichts in Spanien)
StV	Strafverteidiger
TC	Tribunal Constitucional (Verfassungsgericht in Spanien)
TS	Tribunal Supremo (Revisionsgericht in Spanien)
T.S.J.	Tribunal Supremo de Justicia (Revisionsgericht in Venezuela)
u.a.	und andere
vgl.	vergleiche
z.Bsp.	zum Beispiel
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil

Vorwort

In der Strafrechtspraxis ist die schwierige Unterscheidung zwischen Vorsatz¹ und Fahrlässigkeit² äußerst bedeutsam. Ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit des vermeintlichen Täters gibt es keine Strafbarkeit (§ 15 StGB),³ ohne Vorsatz keine Versuchsstrafbarkeit (§ 22 StGB) und ohne vorsätzliche Haupttat keine Teilnahmestrafbarkeit (§§ 26 f. StGB). Dies zeigt, dass in jedem praktischen Fall diese Rechtsbegriffe eine Rolle spielen.

Eine praxisfähige Unterscheidung zwischen dem *dolus eventualis* und der Fahrlässigkeit ist sehr schwierig. Es ist von Natur aus nicht einfach herauszufinden, was sich im Inneren des Täters abgespielt hat. Schließlich sind seine Gedanken von außen nicht sinnlich wahrnehmbar. Bejaht man den Vorsatz des Täters, so handelt es sich immer (abgesehen vom glaubhaften Geständnis des Täters) um eine aus äußeren Daten und Indizien abgeleitete Schlussfolgerung.

Zumeist ist lediglich die vorsätzliche Tat unter Strafe gestellt und wenn dies nicht so ist, dann ist der Strafraum der fahrlässigen Tat regelmäßig erheblich niedriger. Derselbe Strafraum bei Vorsatz- und Fahrlässigkeit findet sich nur in wenigen, ohnehin im unteren Bereich liegender Strafdrohungen⁴, als auch im Nebenstrafrecht⁵.

Zwar lässt sich schwerlich behaupten, dass - wie viele meinen - von außen betrachtet der Fahrlässigkeitstäter den allgemeinen Rechtsfrieden grundsätzlich weniger stört. Schließlich kann gerade im heutigen täglichen Umgang mit gefährlichen Maschinen (Verkehrsfahrzeuge, -flugzeuge, Produktionsanlagen etc.) eine Fahrlässigkeit äußerst gefährlich für eine Vielzahl von Menschen sein. Doch liegt der berechtigte Grund der niedrigeren subjektiven Vorwerfbarkeit im Inneren des Täters. Der Fahrlässigkeitstäter hat mental eine weniger enge Beziehung zum Tatunrecht aufgebaut als der Vorsatztäter.

¹ Span.: „dolo“ oder „intención“, wobei letzteres in der neueren Rechtsdogmatik nur für den Absichtsvorsatz steht. Die Rspr. benutzt für den Tötungsvorsatz zumeist auch den Fachterminus „animus necandi“ und für den Verletzungsvorsatz „animus laedendi“.

² Span.: „imprudencia“ oder „culpa“.

³ Ähnliche Vorschriften gibt es auch in allen hier behandelten ausländischen Staaten, wobei in vielen lateinamerikanischen Staaten das Gesetz noch als weitere subjektive Unrechtsform die Präterintention vorsieht, die Fälle des Eintretens von tatbestandlichen Erfolgen, die über den eigentlichen Tatvorsatz hinausgehen (bei uns als erfolgsqualifizierte Delikte bekannt) regelt.

⁴ Beispielsweise in § 316 StGB oder § 323 a) StGB.

⁵ Wobei bei Geldbußen § 17 Abs. 2 OWiG zu beachten ist.

Die deutsche Strafrechtswissenschaft kann es sich bei den vielfältigen eigenen Schwierigkeiten bei der Vorsatzbestimmung nicht leisten, international als bloße Vorbildfunktion aufzutreten. Nach Meinung des Verfassers ist es nicht übertrieben zu sagen, dass die deutsche Rechtswissenschaft und auch gerade die inländische Rechtspraxis bei der Bestimmung des *dolus eventualis* - bis auf wenige Autoren in der Literatur - weitgehend in eine Sackgasse geraten sind. Es wird mehr um einzelne unklare Begriffe und *termini technici* gestritten, als dass wirklich neue Lösungen angeboten werden. Im Rahmen des internationalen Austauschs mit den ausländischen Rechtswissenschaften, insbesondere mit der spanischen, innerhalb eines sich immer mehr vereinheitlichenden Europas, ist es wichtig, dass wir auch dort nach neuen Ansätzen, Ideen und Lösungen suchen. Gerade die großen Schwierigkeiten, die in der Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit liegen, machen es notwendig, über das inländische Lösungsmaterial hinaus auf das ausländische zu blicken, um zu einem besseren Lösungskonzept zu gelangen.⁶

Der Sinn der (internationalen) Strafrechtsvergleichung im Allgemeinen liegt gerade darin, ein breites Spektrum an Diskussionsmaterial und Vorrat an Lösungen aufzuzeigen, das über das der nationalen Wissenschaft hinausgeht.⁷

Dabei bietet sich gerade die Recherche im spanischen/ lateinamerikanischen Rechtsraum an.

Denn einerseits ist das dortige Strafrecht von seinen Strukturen dem deutschen ähnlich (es gibt auch hier den *dolus eventualis*), was einen fruchtbaren Rechtsvergleich erst möglich macht. Traditionell lässt sich der hier behandelte Rechtsraum einheitlich als kontinental-europäisch bezeichnen.⁸ Mit der spanischen Kolonialzeit in Iberoamerika ist - wie vieles andere - auch das rechtliche Gedankengut aus Europa auf die neu entdeckten Länder übergegangen. Diese Wurzeln haben sich bis heute erhalten.

Andererseits gibt es aber auch neue und interessante ausländische Entwicklungen und Tendenzen, die sich hierzulande noch nicht durchsetzen konnten. Kurz erwähnt sei hier die wichtige

⁶ *Roxin*, Vorwort, in: Díaz-Aranda, *Dolo*, S. X, weist auch darauf hin, dass eine internationale Diskussion und Untersuchung zur Erarbeitung von richtigen Lösungen bzgl. des Vorsatzes unerlässlich ist. Siehe auch jüngst, *Roxin*, AT/1, Vorwort zur vierten Auflage, S. VII. Vgl. zur allgemeinen Notwendigkeit der Strafrechtsvergleichung, insbesondere in Europa, *Perron*, Nishihara-FS, 1998, S. 145 ff., der den Anfang des strafrechtsvergleichenden Forschungsprojektes des Freiburger Max-Planck-Instituts für Strafrecht im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit macht

⁷ Vgl. hierzu *Zweigert/ Kötz*, Einführung, S. 14 ff.

⁸ Eine Ausnahme bietet beispielsweise der Inselstaat Puerto Rico, wo zurzeit eine Art Mischform zwischen dem kontinental-europäischen und dem angloamerikanischen [Common Law] Rechtssystem besteht.

Rapsölentscheidung⁹ des spanischen Tribunal Supremo (TS) vom 23.4.1992. Danach soll im Sinne einer normativen Grenze nur ein vernünftiges Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolgs den Vorsatzausschluss herbeiführen können.

Aufbau

Im ersten Teil werden die Länderberichte von Spanien, Mexiko, Argentinien, Kolumbien und Deutschland dargestellt.

Im Ausland wird bei der Abgrenzungsfrage zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit der älteren und neueren deutschen Rechtswissenschaft immer noch eine große Bedeutung zuerkannt. Deswegen ist es unvermeidlich, schon bei den ausländischen Länderberichten zum Teil auf deutsche Theorien einzugehen.

Die einzelnen Länderberichte sind nach Gesetz, Rechtsprechung und Lehre gegliedert.

Der zweite Teil behandelt den eigentlichen Vergleich aller Länderberichte hinsichtlich der Vorsatzbestimmung.

Einleitung

Die hier behandelten außereuropäischen Staaten Mexiko, Argentinien und Kolumbien sind Länder Lateinamerikas.¹⁰

Während der Kolonialzeit, geprägt durch den Katholizismus, beherrschte Spanien fast alle Regionen Lateinamerikas (Nueva España) und verdrängte die Rechtskultur der Einheimischen weit-

⁹ STS vom 23.4.92 (RJ 1992, 6783) [Rapsölfall] = Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial (Sonderband), S. 69-306, Madrid 1992, Auszüge des Urteils in deutscher Übersetzung: NSTZ 1994, S. 37 ff. In dieser Arbeit wird das Urteil ausführlich bei der spanischen höchstrichterlichen Rspr. abgehandelt.

¹⁰ Lateinamerika ist gleichbedeutend mit Iberoamerika. Dies sind alle Staaten Mittel- und Südamerikas (gemeinsam mit den karibischen Inselstaaten) nördlich beginnend mit Mexiko, das geographisch noch zu Nordamerika zählt. Gegenbegriff ist Angloamerika, worunter die nordamerikanischen Staaten (Kanada und die Vereinigten Staaten von Amerika) verstanden werden. Vgl. näher hierzu, *De la Rúa*, La codificación, S. 9 f.

gehend. Die Kultur der Einheimischen war den Spaniern fremd. Nach ihrer Auffassung war diese von irrationalen und magischem Gedankengut (Blutopfer), aber auch von dem Prinzip der unmittelbaren tödlichen Rache geprägt.¹¹ Nur soweit die Rechtspraktiken der Einheimischen in den Dörfern nicht konträr zu denen Spaniens waren, durften sie teilweise beibehalten werden. Dies schon aus dem praktischen Grunde, dass die Spanier nicht jedes einzelne Dorf kontrollieren konnten. Tatsächlich war den Spaniern auch eine einigermaßen stabile, wenn auch von ihren Wertungen abweichende, traditionelle Selbstverwaltung im Sinne von internen Hierarchiestufen lieber, als das schlichte Chaos.

Als maßgebliches Recht galten jedoch das kontinental-europäische Spanische aus der Heimat und das explizit mit vielen Verordnungen für die lateinamerikanischen Kolonien Geschaffene. *Antonio de León Pinelo* stellte eine Zusammenstellung dieser speziell für die iberamerikanischen Kolonien erlassenen Gesetze (*Leyes de Indias*) auf. Diese Zusammenstellung vom Jahre 1680 umfasst ganze 6371 Normen und macht neun Bücher aus.

Nach der Unabhängigkeit der einzelnen Staaten Lateinamerikas in den Jahren 1810 bis 1826 wurden dort schon früh die ersten nationalen Strafgesetzbücher erlassen, die maßgeblich weiterhin auf spanischem, aber auch auf dem damals als liberal geltenden französischem Recht basierten. Bis heute bestehen darüber hinaus starke italienische und speziell auch deutsche Einflüsse.

In den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts wurde als Vorbild für die jeweiligen nationalen Gesetzgeber zur Rechtsangleichung und gemeinsamen effizienten grenzüberschreitenden Kriminalitätsbekämpfung ein (zum Teil als „streng“ kritisiertes) Strafgesetzbuchmodell bezüglich des Allgemeinen Teils für Lateinamerika („Código Penal Tipo latinoamericano“) geschaffen, worauf die heutigen Strafgesetzbücher vieler Staaten Zentralamerikas, aber auch indirekt einiger Südamerikas (Bolivien, Kolumbien) beruhen.¹² Das Strafgesetzbuchmodell ist stark von der damaligen Rechtsdoktrin und Gesetzesreform Deutschlands geprägt. Zu dieser Zeit galt die deutsche Billigungstheorie international als am weitesten entwickelt.

In Art. 24 dieses - von den führenden Rechtsgelehrten und Praktikern der meisten Länder Iberoamerikas über mehrere Jahre gemeinsam erarbeiteten Gesetzesmodells - ist geregelt, dass nur vorsätzliches Handeln bestraft wird und fahrlässiges, wenn dies ausdrücklich vom Gesetz bestimmt ist. Art. 25 besagt, dass derjenige vorsätzlich handelt, „*der die Verwirklichung des gesetz-*

¹¹ Vgl. beispielsweise für die Inkakultur in Peru, *Villa Stein*, *Derecho penal*, PG, S. 78 ff.

¹² Vgl. *Velásquez Velásquez*, *Derecho penal*, PG, S. 239 f.

lich bestimmten Erfolgs will, genauso wie derjenige, der diese akzeptiert und diese wenigstens als möglich vorhersieht.“

Dabei wurde offiziell angemerkt, dass das „Akzeptieren“ wenigstens als Gleichgültigkeit des Täters bezüglich des möglichen Erfolgseintritts zu begreifen sei.¹³

Art. 26 regelt unter anderem die bewusste Fahrlässigkeit, die vorliegen soll, wenn der Täter sich den Erfolgseintritt als möglich vorstellt und darauf vertraut, diesen vermeiden zu können.

Trotz der damals durchgeführten gemeinsamen Gesetzesinitiative gleichen sich heute nicht die einzelnen nationalen Strafgesetzbücher¹⁴. Jedoch ist das kontinental-europäische romanische Recht überall Vorbild gewesen und hat immer noch starke Einflüsse auf die Rechtsentwicklung in Lateinamerika. Ein Rechtsvergleich bietet sich daher besonders an.

Nebenbei sei angemerkt, dass auf dem Gebiet des Zivilrechts mit der Unabhängigkeit der einzelnen Staaten vielfach auch der französische Code Civil (Code Napoleón) Vorbild gewesen ist. Dies war Ausdruck der geistigen Lösung von der früheren spanischen Herrschafts- und Kolonialzeit (Conquista).¹⁵

¹³ *Grisolia*, Código penal para Latinoamérica, I, S. 349.

¹⁴ Auflistung der wichtigsten lateinamerikanischen Strafgesetzbücher bei *Rodríguez Devesa/ Serrano Gómez*, Derecho penal, PG, S. 303 ff.

¹⁵ Einen guten Überblick über die Rechtsentwicklung in Lateinamerika (Zeitstapen: vor Kolumbus - Entdeckung - Kolonialzeit - Unabhängigkeit) bieten *Aymerich Ojea/ Blasco Díaz/ Górriz Royo/ Grifo Bendicto/ Soler Vilar/ Viguri Perea*, Lecciones de Derecho Comparado, S. 381 ff.; *De la Rúa*, La codificación, S. 9 ff.; *Quintano Ripollés*, La influencia, S. 1 ff.

Erster Teil (Länderberichte)

Erster Abschnitt (Spanien)

A. Gesetzestext¹⁶

Bis heute gibt es in Spanien keine Legaldefinition des Vorsatzes. Es bleibt der spanischen Rechtsprechung und Lehre überlassen, diesen komplexen und schwierigen Rechtsbegriff näher zu bestimmen.

Ein Vorentwurf¹⁷ über die Grundlagen des Allgemeinen Teils des spanischen Strafgesetzbuches von 1972, der die Definition des Vorsatzes nach Wille (dolus directus I), Voraussehen des Erfolgs (dolus directus II) und dessen billigend-in-Kaufnehmens (dolus eventualis) bestimmte, konnte sich nicht durchsetzen.

Das spanische Strafgesetzbuch (Código penal) von 1848/50 und 1870 regelte vor seiner bedeutenden Teilreform vom 25. Juni 1983 nicht ausdrücklich den Vorsatz.

Art. 1 CP a.F. lautete lediglich:

„Delikte¹⁸ oder Übertretungen¹⁹ sind willentliche Handlungen und Unterlassungen, welche durch das Gesetz mit Strafe bedroht werden.

Handlungen und Unterlassungen, die das Gesetz unter Strafe stellt, werden stets als willentlich vermutet, falls nicht das Gegenteil feststeht.

Wer willentlich ein Delikt oder eine Übertretung begeht, ist strafrechtlich verantwortlich, auch wenn der eingetretene Erfolg dem beabsichtigten nicht entspricht.“

¹⁶ Viele ausländische Strafgesetzbücher (Spanien, Länder Lateinamerikas) in aktueller Fassung sind unter der Webseite der Universität Freiburg (Schweiz), <http://www.unifr.ch/derechopenal> - Stand: 21.3.2004 - und unter der der Anwaltsvereinigung Torres y Torres Lara (Peru), <http://www.teleley.com> - Stand: 21.3.2004 - zu finden.

¹⁷ Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Cuadernos Informativos del Ministerio de Justicia, Nr. 11, Dezember 1972.

¹⁸ Dies sind Verbrechen und Vergehen.

¹⁹ Dies sind rechtswidrige Taten, die mit sehr geringer Strafe bedroht sind, Art. 13 Abs. 3 CP.

Unter den Begriff „willentliche Handlung“ wurde der Vorsatz verstanden. Der Absatz 2 sprach eine Vorsatzvermutung (praesumptio doli) mit Umkehr der Beweislast auf den Angeklagten aus.

In weiteren Vorschriften wurde die Fahrlässigkeit geregelt, die für alle Tatbestände des Besonderen Teils gelten sollte (sog. offene Fahrlässigkeitstatbestände). Diese Vorschriften hatten im Umkehrschluss wesentliche Auswirkungen auf die damalige Vorsatzbestimmung.

Art. 586 Abs. 1 Nr. 3 CP a.F.:

"Mit Geldstrafe [...] werden bestraft:

diejenigen, welche aus einfacher Fahrlässigkeit oder Nachlässigkeit, ohne gegen die gesetzlichen Vorschriften zu verstoßen, anderen Personen ein Übel zufügen, so dass, wenn Böswilligkeit vorläge, dies ein Delikt darstellt, und wer unbeachtlich welche Art von Fahrlässigkeit, anderen Personen ein Übel zufügt, so dass, wenn Böswilligkeit vorläge, dies eine Übertretung darstellt."

Art. 565 Abs. 1 CP a.F.:

„Wer mit tollkühner Fahrlässigkeit handelt, so dass wenn Böswilligkeit vorläge, dies ein Delikt darstellt, wird mit geringerer Freiheitsstrafe bestraft.“

Als Umkehrschluss wurde aus diesen Vorschriften hergeleitet, dass Voraussetzung einer (Vorsatz-)Strafbarkeit i.S.d. Art. 1 CP a.F. die Böswilligkeit (malicia) wäre. Böswillig würde einer handeln, wenn dieser mit Absicht Straftatbestandsmerkmale verwirklichen wollte, dabei wissend vom Verstoßen eben gegen diese Norm (damals herrschende dolus-malus-Lehre).

Im Zuge der Gesetzesänderungen des CP ist der Begriff "malicia" durch "dolo" ("vorsätzlich") ersetzt worden. Mit der letzten Reform von 1995 sind die Vorschriften allesamt aufgehoben worden und es ist ein geschlossenes Fahrlässigkeitssystem eingeführt worden, d.h. Fahrlässigkeitstaten sind nur noch dann strafbar, wenn dies das Gesetz speziell bestimmt.

Die Teilreform von 1983 befasste sich entscheidend mit dem Vorsatz.

Art. 1 CP a.F. (1983) lautete danach:

„Delikte oder Übertretungen sind vorsätzliche (dolosas) oder fahrlässige (culposas) Handlungen oder Unterlassungen, welche durch das Gesetz mit Strafe bedroht werden.

Es gibt keine Strafe ohne Vorsatz (dolo) oder Fahrlässigkeit (culpa). Wird die Strafe durch die Herbeiführung einer weiteren schwereren Folge bestimmt, ist man für diese nur verantwortlich, wenn sie wenigstens fahrlässig verursacht wurde.“

Mit der Reform von 1995 (Ley Orgánica 10/1995 vom 23. November) ist der Vorschrifteninhalt des Art. 1 Abs. 1 CP a.F nun mit minimalen Abweichungen in Art. 10 CP geregelt:

„Delikte oder Übertretungen sind vorsätzliche (dolosas) und fahrlässige (imprudentes) Handlungen oder Unterlassungen, welche durch das Gesetz mit Strafe bedroht werden.“

Dabei wird gesetzlich nicht mehr bei der Fahrlässigkeit der terminus technicus „culpa“ benutzt, sondern „imprudencia“. Der Grund liegt darin, dass der Begriff „culpa“ allgemein als Schuld verstanden wird und es so unweigerlich zu einer Verwechslung zwischen der Fahrlässigkeit als subjektiver Unrechtsform und der allgemeinen Schuldfrage (bei uns §§ 20 f. StGB) kam.

Art. 1 Abs. 2 S. 1 CP a.F. ist nun mit gleichem Wortlaut in Art. 5 CP geregelt.

In Art. 14 CP ist der Irrtum geregelt, der im Ergebnis weitgehend den §§ 16, 17 StGB entspricht.

Das Tribunal Supremo als höchstes Strafgericht Spaniens forderte früher in manchen Entscheidungen wegen der großen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen dem dolus eventualis und der bewussten Fahrlässigkeit *de lege ferenda* eine Definition des dolus eventualis im Allgemeinen Teil des Código Penal.²⁰

Der subjektive Tatbestand sollte so dreigeteilt werden (1. dolus directus, 2. dolus eventualis, 3. Fahrlässigkeit).

²⁰ SSTs vom 24.10.89 (RJ 1989, 7744); 5.11.90 (RJ 1990, 8667); 25.10.91 (RJ 1991, 7375); 24.10.98 (RJ 1998, 8300). Genauso im spanischen Schrifttum *Bello Landrove*, in: *Jueces para la Democracia*, Nr. 32 (Juli 1998), S. 15 f.

Dem hat der spanische Gesetzgeber mit der Reform im Jahre 1995 jedoch nicht entsprochen. Damit hat sich diese Auffassung in der spanischen höchstrichterlichen Rechtsprechung auch weitgehend erledigt.²¹

In einigen spanischen Straftatbeständen des Besonderen Teils, die als Vorsatzdelikte behandelt werden, wird von (tollkühner oder bewusster) Verachtung gesprochen.

So macht sich der Täter nach Art. 205 CP nur wegen Verleumdung strafbar, wenn dies mit Wissen oder tollkühner Verachtung der Wahrheit geschieht.

Unter den gleichen Voraussetzungen stellt nach Art. 208 CP die Zuschreibung von Taten eine Beleidigung dar.

Gem. Art. 381 CP wird die manifeste, tollkühne und konkrete Gefährdung anderer im Straßenverkehr unter Strafe gestellt. Gemeinhin wird hierunter die grobe Fahrlässigkeit verstanden. Nach Art. 384 CP ist der Strafraum doppelt so hoch (u.a. ein bis vier Jahre Freiheitsstrafe), falls der Fahrer die Tat mit bewusster Verachtung bezüglich des Lebens anderer gehandelt hat. Nach Meinung vieler sollen dies die Fälle des bedingten Vorsatzes sein. Gedacht wurde hier vor allem an die Suizidgeisterfahrer, die Ende der achtziger Jahre in Spanien vermehrt in Erscheinung getreten sind oder an Fahrer, die bei hoher Geschwindigkeit zum Gewinn einer Wette in Gegenrichtung fahren.²²

Es wird vom Schrifttum angemerkt, dass die Verfasser dieser Gesetzesregelungen mit den Begriffen der (tollkühnen oder bewussten) Verachtung des angegriffenen Rechtsguts die Schwierigkeiten beim Umgang mit den Vorsatztheorien (Billigungs-, Wahrscheinlichkeitstheorie) bei der Bestimmung des *dolus eventualis* umgehen wollten und das Ergebnis sehr an die Gleichgültigkeitstheorie des deutschen Autors *Engisch* erinnere. An sich seien in diesen Fällen nämlich die Verletzungen der anderen vom Fahrer nicht gewollt.²³

Da nach dem *in-dubio-pro-reo*-Grundsatz in Zweifelsfällen bloß von der weitaus mildereren Fahrlässigkeit ausgegangen werden darf, wird - um ungerechte Lösungen zu vermeiden - zum Teil vom Schrifttum *de lege ferenda* gefordert, vermehrt für weitere Strafbestimmungen im Besonderen Teil des *Código Penal* eine besonders schwere Form der Fahrlässigkeit (tollkühne, grobe,

²¹ Jüngste Ablehnung in STS vom 11.3.97 (RJ 1997, 1944).

²² *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 330. A.A. *Mir Puig*, Elementos subjetivos, CGPJ 1995, S. 23, der diese Fälle lediglich als eine besonders schwere Form der tollkühnen Fahrlässigkeit beurteilt.

²³ *Muñoz Conde/ Berdugo Gómez de la Torre/ García Arán*, La reforma penal de 1989, S. 51 ff.

rücksichtslose etc.) zu schaffen, die dem Vorsatzstrafrahmen angenähert ist.²⁴ Allgemein wird angemerkt, dass man im wachsenden technischen Zeitalter beim täglichen Umgang mit gefährlichen Maschinen (Verkehrsfahrzeuge, -flugzeuge, Produktionsanlagen etc.) die mildere Bestrafung der Fahrlässigkeits- gegenüber der Vorsatztat vielleicht eines Tages überdenken müsse; eine Fahrlässigkeit könne in diesem Bereich nämlich äußerst gefährlich für die körperliche Unversehrtheit einer Vielzahl von Menschen sein.²⁵

Es bleibt jedenfalls als Ergebnis festzuhalten, dass im spanischen Strafgesetzbuch der Inhalt des Vorsatzes, insbesondere der des *dolus eventualis*, nicht abschließend geregelt ist und dessen nähere Bestimmung der spanischen Rechtsprechung und Lehre überlassen bleibt.²⁶

²⁴ *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), IV 2/5, Ausdruck: S. 41, <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 355 = CPC 62 (1997), S. 356 ff.

²⁵ *Rodríguez Devesa/ Serrano Gómez*, Derecho penal, PG, S. 457; *Cuello Contreras*, El Derecho Penal, PG, S. 520 f.

²⁶ Ein spanischer Autor hebt diesbezüglich hervor, dass es sich bei dem bedingten Vorsatz nicht um einen ontologischen oder psychologischen Begriff des deskriptiven Seins handeln soll, sondern um einen normativen Begriff, der durch die Strafrechtswissenschaft innerhalb der Lehre und Praxis näher bestimmt werden müsse, *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), II 1, Ausdruck: S. 2, <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 271.

B. Höchstrichterliche Rechtsprechung

Höchste Instanz in Strafsachen ist in Spanien das Tribunal Supremo (TS) als Revisionsgericht. Hier gibt es zahlreiche Urteile, die sich in der Urteilsbegründung mit dem *dolus eventualis* beschäftigen.²⁷

Grund hierfür ist die Erkenntnis, dass der Angeklagte nur wegen Vorsatzes verurteilt werden kann, wenn dieser auch wirklich hinreichend feststeht.

Hierzu hat das Tribunal Constitucional (TC) als Verfassungsgericht von Spanien ausdrücklich entschieden, dass auch beim subjektiven Tatbestandsunrecht erst einmal die Unschuldsvermutung zugunsten des Beschuldigten gelte, die nur durch eine überzeugende Beweisführung der Gerichte auszuräumen sei.²⁸

Das TS macht insoweit deutlich, dass sich der *dolus eventualis* im Inneren des Täters befinde, den man anhand der äußeren Handlungen und Taten des Täters bestimmen und beweisen müsse, was eine schwierige Beweisfrage impliziere.²⁹

I. Billigungstheorie

In der spanischen höchstrichterlichen Rechtsprechung des Tribunal Supremo (TS) war seit längerer Zeit zur Bestimmung des *dolus eventualis* (= bedingter Vorsatz) die Billigungstheorie durchgehend verbreitet.³⁰ Das TS forderte hiernach seit jeher neben dem Wissen des Täters von der Möglichkeit des Erfolgseintritts (Wissenselement)³¹ ebenso die Billigung des Erfolgs (Willens-

²⁷ Volltexte der Entscheidungen des spanischen TS sind in <http://jur.poderjudicial.es/jurisprudencia/> - Stand: 15.1.2006 zu finden.

²⁸ STC vom 28.7.81 (R.T.Const. 1981, 31). Diese Auffassung ist auch international allgemein verbreitet und für Europa in Art. 6 Abs. 2 EMRK und international (auch für Lateinamerika) gemäß UN-Resolution in Art. 11 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (Declaración Universal de los Derechos Humanos) von 1948 festgelegt. Eine Ausnahme bildet Chile. Hier gilt noch nach Art. 1 Abs. 2 CP die Vorsatzvermutung zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten, sog. „*dolus in re ipsa*“. In Mexiko wurde die Legalvorsatzvermutung des Art. 9 CP a. F. im Jahre 1984 abgeschafft.

²⁹ STS vom 6.2.88 (RJ 1988, 907).

³⁰ SSTS vom 20.4.77 (RJ 1977, 1689); 19.12.78 (RJ 1978, 4229); 18.3.80 (RJ 1980, 1160); 4.7.80 (RJ 1980, 3126); 16.11.87 (RJ 1987, 8511); 9.6.89 (RJ 1989, 5066); 24.10.89 (RJ 1989, 7744); 27.3.90 (RJ 1990, 2626); 25.10.91 (RJ 1991, 7375); 27.10.93 (RJ 1993, 7874); 24.4.95 (RJ 1995, 3534); 20.12.96 (RJ 1996, 9034); 21.1.97 (RJ 1997, 461); 11.3.97 (RJ 1997, 1944).

³¹ STS vom 1.12.87 (RJ 1987, 9517).

element). Letzteres Wollenselement sollte für den Vorsatz unverzichtbar sein. Statt „Billigen“ im Sinne einer emotionalen Beziehung und inneren Einstellung zum Erfolg wurde auch zumeist der Begriff „Akzeptieren“³² und „sich Abfinden mit“ benutzt.

Dazu wurde teilweise in den Urteilen angemerkt, dass bei der Erfolgsbilligung die Gleichgültigkeit des Täters zum Ausdruck käme.³³

Das Erfordernis des Willensmoments wurde primär aus dem Absichtsvorsatz hergeleitet.³⁴ Ein Erfolg, der beabsichtigt sei, sei auch gewollt. Aus Gründen der Vereinbarkeit mit dem Absichtsvorsatz müsse so auch beim bedingten Vorsatz ein solcher Vorsatzwille bestehen.

Ausgeschlossen sei der Vorsatz, falls der Täter auf das Ausbleiben des Erfolgs vertraut habe. In solchen Fällen fehle es an dem Willen den Erfolg herbeizuführen und es komme nur eine Bestrafung wegen bewusster Fahrlässigkeit in Betracht.

Vage Wünsche auf ein Ausbleiben des Erfolgs sollen aber seit jeher nicht zur Vorsatzverneinung genügen. Das TS stellt klar, dass das Akzeptieren des Erfolgs durchaus von dem bloßen vagen Wunsch des Täters, der Erfolg möge ausbleiben, „beschattet“ sein könne.³⁵

Ähnlich - hier jedoch zugunsten des Täters - sollen bei Absichtsfällen irrationale Wünsche und Hoffnungen auf übernatürliche Kräfte (z.Bsp. Tod durch Blitz des in das Unwetter Getriebenen) keinen Tätersvorsatz begründen können. Das - so das TS -, was sich nur herbeiwünschen ließe, könne man nicht verwirklichen wollen.³⁶

Bei Affekttaten (dolus impetus, Wut, Erregung, Zorn, Betäubungsmittel etc.) ist es schwierig überhaupt gerichtliche Urteile zu finden, die den Täteraffekt beim Vorsatz behandeln.

Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Affekt als strafmildernder Umstand bei der Strafzumessung in Art. 21 Abs. 3 CP [Erregung, Verblendung, Leidenschaft] gesetzlich explizit geregelt ist.

Daher geht man in der spanischen Jurisprudenz gemeinhin davon aus, dass bei Affekttaten die psychischen Vorsatzelemente beim Täter zwar erheblich eingeschränkt sind, sie zur Vorsatzbeja-

³² Dieser Begriff wurde nur vereinzelt in der deutschen Rspr. verwendet, so in: BGH NStZ, 1988, 175.

³³ So in SSTS vom 17.11.70 (RJ 1970, 4938); 26.12.87 (RJ 1987, 9879); 11.6.90 (RJ 1990, 5265).

³⁴ SSTS vom 19.12.78 (RJ 1978, 4229); 4.7.80 (RJ 1980, 3126); 3.5.82 (RJ 1982, 2625); 16.10.86 (RJ 1986, 5624); 9.6.89 (RJ 1989, 5066); 27.3.90 (RJ 1990, 2626); 5.11.90 (RJ 1990, 8667); 15.4.91 (RJ 1991, 2789); 19.5.93 (RJ 1993, 4176); 24.10.98 (RJ 1998, 8300).

³⁵ STS vom 27.12.88 (RJ 1988, 10303).

³⁶ STS vom 4.7.80 (RJ 1980, 3126).

hung aber dennoch einen ausreichenden Minimalgehalt haben.³⁷ Nur im Ausnahmefall werden Persönlichkeitsstörungen als Indiz zur Verneinung des Vorsatzes verwertet.³⁸

1. Billigung wegen Kenntnis der hohen Gefahr des Erfolgseintritts

Die Erfolgsbilligung des Täters wurde in vielen Entscheidungen des TS aus der hohen Gefahr der Tatbestandsverwirklichung hergeleitet.

Ausschlaggebender Indikator zur Vorsatzbejahung sei das vom Täter gesetzte hohe Risiko oder die Schaffung einer hohen Gefahr für das betreffende Rechtsgut, die durch die Täterhandlung impliziert werde, zusammen mit der Fähigkeit des Täters zum Tathandlungszeitpunkt den Erfolg zu vermeiden.

In einer Entscheidung des TS (genannt Bultó-Fall)³⁹ brachten Terroristen an ihr Opfer (ein vermöglicher und damals bekannter 77-jähriger Industrieller namens Bultó) einen Sprengstoffapparat an und verkabelten ihn so, dass er explodiert, falls das Opfer versuchen würde diesen abzunehmen. Sie machten die Entschärfung, die nach ihren Angaben nur sie durchführen könnten, von der Zahlung hoher Geldsummen abhängig und gaben dem Opfer zur Beschaffung des Geldes 25 Tage Zeit. Als sich dieses nach Hause begab, explodierte der Sprengstoff aus unbekanntem Grund, zuletzt auch gegen den Willen der Täter. Dem Gericht zufolge mussten die Täter mit diesem Risiko zweifelsohne gerechnet haben. Derjenige, der eine derart gefährliche Tathandlung ausübt, handele immer vorsätzlich.

Allerdings wird in der Literatur⁴⁰ kritisiert, dass das Gericht dennoch das Billigungsmoment prüfte. Es argumentierte mit der Kenntnis der überaus hohen Gefahr einer Explosion und schloss allein daraus die Billigung der Täter der möglichen und an sich unerwünschten Tötung ihres Opfers.

³⁷ SSTS vom 18.3.92 (RJ 1992, 2356) [Tötung bei Trunkenheit]; 13.11.91 (*Montero Fernández-Cid*).

³⁸ SSTS vom 20.4.77 (RJ 1977, 1689); 15.3.97 (*Aparicio Gallego*).

³⁹ STS [Bultó-Fall] vom 28.11.86 (RJ 1986, 7841).

⁴⁰ *Gimbernat Ordeig*, Ensayos penales, S. 414.

Der Fall erinnert seiner Systematik nach an den *Lacmann'schen*⁴¹ Schießbudenfall, bei dem der Schütze nicht geschossen hätte, wenn er gewusst hätte, dass er nicht die Glaskugel in der Hand des Opfers trifft, sondern das Opfer selbst. Schließlich hätte er dann von vorneherein gewusst, dass er die Wette (Treffer Glaskugel in der Hand des Opfers) verlieren würde.

Die Täter im Bultó-Fall wollten gerade nicht den Tod des Opfers, da sie so nicht an das angestrebte Geld kommen konnten. Hier noch von einem voluntativen Element zu sprechen und dieses zu bejahen, ist nach den Kritikern ohne jede Grundlage.⁴² Insoweit wird das Urteil zum Teil dahingehend gedeutet, dass schon damals in Wirklichkeit auf das Billigungsmoment verzichtet wurde.⁴³

Ein weiteres bekanntes Beispiel für das Abstellen auf die hohe Gefahr zur Eventualvorsatzbejahung liefert eine Entscheidung des TS⁴⁴, bei der eine Gruppe von Menschen politische Werbeplakate an Häuserwände klebte und ein erregter Bewohner zunächst erfolglos einen Eimer Wasser von seinem Balkon aus ca. 20 Metern Höhe auf die Gruppe auszukippen versuchte und einen leeren Blumentopf warf, ohne jemanden zu treffen. Beim zweiten Versuch mit dem Wasser traf der Täter eine Person der Gruppe, doch diese hörte mit ihren Tätigkeiten weiterhin nicht auf. Daraufhin nahm der Täter einen 1350 Gramm schweren Backstein, warf diesen vom Balkon auf die 13-14 m davon rechts stehende Gruppe und traf dabei eine Person tödlich.

In einer Aids-Entscheidung der Audiencia Provincial von Teneriffa im Jahr 1996⁴⁵ reichte dem Gericht die Kenntnis von der Gefahr der Virusübertragung, um den Ansteckungsvorsatz zu bejahen. Interessant an der Entscheidung ist, dass (im Gegensatz zu den hierzulande entschiedenen Fällen) wegen Körperverletzungsdeliktvollendung (Art. 420 CP a.F. vor der Reform von 1995) und nicht bloß wegen Versuchs verurteilt wurde.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte wusste, dass er Träger des Aids-Virus war und er beim Geschlechtsverkehr ein Präservativ benutzen musste, um eine Übertragung zu vermeiden. Er lernte auf einer Geschäftsreise auf Teneriffa um den 8. Februar

⁴¹ *Lacmann*, ZStW 31 (1910), S. 159 f.

⁴² *Gimbernat Ordeig*, Ensayos penales, S. 406 f.

⁴³ *Bacigalupo Zapater*, Principios, S. 225 f.

⁴⁴ STS vom 19.12.78 (RJ 1978, 4229).

⁴⁵ Audiencia Provincial (APr) Canarias/ Santa Cruz de Tenerife, Urteil vom 20.1.96, kommentiert bei *Silva Sánchez*, *J. M./Baldó Lavilla, F./Corcoy Bidasolo, M.*, Casos, S. 122 ff.

1993 herum eine Frau (Ana G. F.) kennen, mit der er vom 15. Februar bis Ende März 1993 ungeschützten Verkehr hatte, ohne diese über seine Krankheit aufzuklären.

Nicht zuletzt weil der Täter später dem Opfer Ana erzählte, dass er eine Freundin hat oder hatte, die mit einem Aids-Infizierten geschlechtlichen Kontakt hatte, unterzog diese sich mehreren Aids-Tests.

Am 1. März 1993 wurde Ana negativ getestet, am 26. Mai 1993 und danach positiv.

Später dann, obwohl der Täter wusste, dass er Ana angesteckt hatte, verkehrte er in gleicher Weise mehrmals mit einer anderen Frau, die sich aber nicht angesteckt hat.

Einschlägig für die rechtliche Lösung war für das entscheidende Gericht zunächst der Tatbestand des Art. 348 bis CP a.F. (Gesetz vom 24.4.58), der mit der Reform von 1995 abgeschafft wurde, nicht zuletzt deswegen, weil er in der Praxis zuvor niemals Anwendung fand. Nach der Norm wurde derjenige bestraft, der „böswillig⁴⁶ auf Personen eine übertragbare Krankheit ausbreitet“. Das Gericht verneinte jedoch die Erfüllung des Tatbestands im Sinne der damals herrschenden Auffassung in Lehre und Praxis mit dem Argument, der Täter hätte die Virusausbreitung - in dubio pro reo - an sich nicht gewollt (Absicht), sondern sich lediglich mit dem Übertragungsrisiko abgefunden (dolus eventualis), was für Art. 348 bis CP a.F. nicht genügend sei. Unter „Böswilligkeit“ könne nur der Absichtsvorsatz verstanden werden.⁴⁷

Für die mit der Virusübertragung einhergehende Körperverletzung (Art. 420 CP a.F.) an Ana wurde die für den bedingten Vorsatz nach der angewandten Billigungstheorie erforderliche Billigung mit der Begründung bejaht, dass der Täter auch nach dem mehrmaligen sexuellen Verkehr mit dieser, obwohl er von der Übertragung der Krankheit wusste, mit einer weiteren nicht infizierten Frau sexuellen Kontakt hatte.

Das Gericht ging gar nicht der Frage nach, ob der Täter nicht vielleicht doch, etwa wegen der medizinisch niedrigen Ansteckungswahrscheinlichkeit, zum entscheidenden Tatzeitpunkt (es kam nur auf den Kontakt mit der ersten Frau [Ana] an) auf ein Ausbleiben der Ansteckung vertraut hat.⁴⁸ Auch wurde nicht der Versuch eines Tötungsdelikts geprüft.

⁴⁶ Der Begriff der „Böswilligkeit“ („malicia“) bezeichnete früher den Vorsatz, ist aber heutzutage abgeschafft, da er zu sehr auf die Zielgerichtetheit und den schlechten Willen des Täters abzielt. Jetzt gilt nur noch der neutralere Begriff des Vorsatzes („dolo“).

⁴⁷ A.A. zu Art. 348 bis CP a.F. (auch Fall des dolus eventualis erfasst) ist *Luzón Peña*, PJ 23 (1991), S. 95 = El dret penal, S. 192.

⁴⁸ Der Ansteckungsvorsatz wird auch - im Gegensatz zum Tötungsvorsatz - in der spanischen Literatur einstimmig bejaht, vgl. *Luzón Peña*, PJ 23 (1991), S. 94 = in: El dret penal, S. 190, der beim ungeschützten Geschlechtsverkehr

Die objektive Vollendung, Kausalität und Zurechnung des Körperverletzungsdelikts schloss das Gericht aus den mehrfach durchgeführten Aids-Tests. Das Gericht ging davon aus, dass nach damaliger Kenntnis der Medizin sich erst ungefähr drei Monate nach der Ansteckung überhaupt feststellen ließe, ob jemand HIV-infiziert ist. Am 1. März 1993 (sexueller Kontakt vom 15. Februar bis Ende März 1993) war der Test des Opfers noch negativ; am 26. Mai 1993 und später fiel er positiv aus.

Das Gericht meinte zusätzlich in seiner Urteilsbegründung, dass keine Beweise dafür beständen, dass die infizierte Frau in dem maßgeblichen Zeitraum sexuellen Verkehr mit anderen hatte.⁴⁹ Auch der von ihr getrennt lebende Ehemann wurde negativ getestet. Insgesamt könne deshalb mit hinreichender Gewissheit davon ausgegangen werden, dass das Opfer vom Angeklagten den Aids-Virus übertragen bekommen hat.

Im bekannten Fall „Hipercor“, den die Audiencia Nacional zu entscheiden hatte,⁵⁰ wurde zur Bejahung des Vorsatzes auf das erhebliche Risiko der Tötung, das sich die Täter auch nach dem betätigten Erfolgsvermeidungswillen noch vorgestellt haben sollen, abgestellt.

In dem Fall hatten Terroristen der baskischen Untergrundorganisation „ETA“ gegen 14:00 Uhr eine Autobombe mit Zeitzünder auf einem Parkplatz der Supermarktkette „Hipercor“ in Barcelona installiert. Gegen 15:00 Uhr benachrichtigte einer der Täter die Polizei, Hipercor und die lokale Presse darüber, dass im Geschäft zwischen 15:30 und 15:40 Uhr eine Bombe zünden werde, was als Versuch der Erfolgsvermeidung gedeutet werden konnte. Da die Polizei und die Sicherheitsleute von Hipercor die Bombe nicht finden konnten und eine Evakuation des Gebäudes nicht vornahmen, kam es schließlich während der Geschäftszeit gegen 16:00 Uhr zur Explosion mit 21 Getöteten und vielen schwer Verletzten.

eines AIDS-Infizierten von einer wissentlich gesetzten unkontrollierten Gefahr spricht, bei der die Billigung wie beim direkten Vorsatz normativ zu unterstellen sei. Er ist der Ansicht, ein Vertrauen auf die Nichtansteckung sei trotz der hohen Wahrscheinlichkeit der Nichtvirusübertragung irrational; anderes gelte nur bei geschütztem Geschlechtsverkehr.

⁴⁹ *Luzón Peña*, PJ 23 (1991), S. 90 = *El dret penal*, S. 184, meint auch, dass auf diese Weise eine Virusübertragung durch eine bestimmte Person beweisbar sein kann. Doch müsse auch festgestellt werden, dass auch andere nicht sexuelle Fälle der Virusübertragung auszuschließen sind, wie beispielsweise infizierte Bluttransfusionen, Drogenspritzen etc.

⁵⁰ Urteil vom 14.10.89, Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional 49/1989 (lediglich in der Tageszeitung „El Mundo“ vom 10.11.1989 veröffentlicht). Von *Gimbernat Ordeig*, *Estudios de Derecho Penal*, S. 39 ff.; *ders.*, *Ensayos penales*, S. 407 ff. = *ADPCP* 1990, S. 424 ff., wird das Urteil ausführlich kommentiert. In die gleiche Richtung geht STS [genannt Bultó-Urteil] vom 28.11.86 (RJ 1986, 7841).

Das Gericht ging davon aus, dass sich die Täter trotz des unternommenen Versuchs der Erfolgsvermeidung weiterhin das erhöhte Verletzungsrisiko vorstellten, da sie daran dachten, dass die Polizeibeamten möglicherweise nicht rechtzeitig die Bombe deaktivieren könnten. Die bloße Hoffnung auf rechtzeitige Deaktivierung sollte nicht zum Vorsatzausschluss genügen. Erst wenn sich die bloße Hoffnung auf das Ausbleiben des Erfolgs in ein richtiges Vertrauen hierauf umkehre, läge kein Wahrscheinlichkeitswissen der Täter vor und der Vorsatz sei zu verneinen.

Dennoch wird in der Entscheidung auf die Bejahung der Billigung nicht verzichtet.

Seitens der Literatur wird Kritik geübt, dass hier wieder - wie schon oft in anderen Entscheidungen - das Willenselement im Rahmen der Anwendung der Billigungstheorie genannt und lediglich wegen der hohen Gefahrvorstellung automatisch bejaht wurde. Es wird deshalb nach dem eigentlichen Sinn der Prüfung des Willenselements gefragt.⁵¹

Auch in Fällen des Verkaufs einer Dosis Heroin mit Todesfolge für den Käufer wird bei Anwendung der Billigungstheorie entscheidend auf das vom Täter erkannte Todesrisiko abgestellt. Für den bedingten Vorsatz soll entscheidend sein, ob der Verkäufer wusste, dass das verkaufte Heroin einen ansonsten unüblichen überaus hohen Wirkstoffgehalt hatte, der zum Tode führen kann. Bei einer einzelnen Dosis sei nämlich im Normalfall nicht der Tod zu erwarten und das Risiko für den Vorsatz nicht hoch genug. Allerdings könne in solchen Fällen wegen unbewusster Fahrlässigkeit verurteilt werden.⁵²

Beim unerlaubten Betäubungsmitteltransport reicht dem TS grundsätzlich das Wissen und Wollen hierüber aus, um auch den bedingten Vorsatz hinsichtlich der transportierten, nicht gekannten Wirkstoffart und -menge zu bejahen. Die Risikoübernahme soll sich hier auf sämtliche Folgen erstrecken. Es heißt hierzu: „[...] wer in gewollter Unwissenheit handelt, weiß - auch ohne zu wollen - das, was er wissen konnte und musste. Wegen des wirtschaftlichen Anreizes - er sollte

⁵¹ *Gimbernat Ordeig*, Ensayos penales, S. 407 ff. = ADPCP 1990, S. 424 ff.; *ders.*, Estudios de Derecho Penal, S. 39 f.

⁵² STS vom 20.2.93 (RJ 1993, 1383) [unbewusste Fahrlässigkeit], ausführlich kommentiert bei *Corcoy Bidasolo*, ADPCP 1996, S. 289 ff., der hier gar nicht bestrafen will, da der einmalige Verkauf von Drogen im Normalfall kein Tötungsrisiko setze und der Täter als unprofessioneller Verkäufer auch keine Mittel zur Untersuchung der Höhe der Heroinkonzentration hatte. In STS vom 27.2.92 (RJ 1992, 1361) wusste der Käufer von der hohen Konzentration. Nicht zuletzt wegen seiner vorherigen Abhängigkeit von der Droge schloss das TS hieraus, dass der Verkäufer auch den möglichen Tod des Käufers akzeptierte (Vorsatz). *Maqueda Abreu*, ADPCP 1995, S. 428 (Fn. 24), erwähnt (genauso wie schon *Gimbernat Ordeig*, Ensayos penales, S. 405 = ADPCP 1990, S. 422) berechtigterweise, dass das TS, obwohl es immer das Willensmoment betonte, im Grunde in der Mehrzahl der Fälle allein aus der hohen Gefahrvorstellung das Willensmoment bejaht hätte und so letztendlich schon fast immer der Wahrscheinlichkeitstheorie gefolgt wäre.

eine Million Peseten erhalten - hat er alle Folgen seines unerlaubten Geschäfts, an dem er willentlich teilnahm, auf sich genommen und diese akzeptiert.“⁵³

In einem Fall der Körperverletzung wurde in der zugrunde liegenden Entscheidung des TS⁵⁴ als maßgebliches vorsatzbejahendes Indiz der Unterschied der physikalischen Stärke zwischen Täter und Opfer und der damit einhergehenden Intensität des Gewaltangriffs herangezogen.

So wurde ein 20-jähriger, der einer 71-jährigen die Handtasche raubte, diese dabei wegen der Gegenwehr so heftig zurückstieß, dass sie zu Boden stürzte und wegen ihrer Verletzungen 60 Tage stationär behandelt werden musste, wegen vorsätzlicher Körperverletzung verurteilt.

Wegen des hohen Kraftunterschieds und der Schwäche des Opfers musste dem Täter die hohe Wahrscheinlichkeit des Hinfallens der älteren Frau bewusst gewesen sein, so argumentierte das Gericht. Allein hieraus wurde auch die Billigung des Erfolgsintritts bejaht.

In der praktischen Beweisführung der Gerichte wird vom Indiz des objektiv hohen Erfolgsrisikos nicht nur auf das Vorliegen des Willenselements, sondern auch des Wissenselements geschlossen.⁵⁵ Argumentiert wird damit, dass in diesen Fällen jeder die Möglichkeit des Erfolgsintritts erkennen muss.

Kritisiert wird in der Literatur, dass allein von einer objektiven Vorhersehbarkeit nicht auf den konkreten Tatvorsatz des Täters geschlossen werden könne.⁵⁶ Es müsse festgestellt werden, ob der Angeklagte zur Tatzeit auch wirklich die tatbestandliche Gefährdung des angegriffenen Objekts erkannt hat. Allein aus der Tatsache, dass das Opfer durch die Gefährlichkeit der Tathandlung (wie Schuss aus nächster Nähe, Messerstiche in Herzgegend usw.) lebensgefährlich oder tödlich verletzt wurde, könne noch nicht ohne Weiteres auf die Möglichkeitsvorstellung des Täters auf den Tod geschlossen werden.

⁵³ STS vom 16.10.00 (*Giménez García*). Auf STS vom 10.1.00 (*Giménez García*) wird Bezug genommen.

⁵⁴ STS vom 27.3.93 (RJ 1993, 2591).

⁵⁵ SSTS vom 12.3.84 (RJ 1984, 1732); 21.3.84 (RJ 1984, 1843); 20.12.93 (RJ 1993, 9578). In Peru: Exp. Nr. 589-94 (*Ancash*), wonach für den Vorsatz ausreichte, dass der Angeklagte den Tod des Opfers hätte vorhersehen können und sich auf dieser Basis trotzdem zur Abgabe des Schusses entschloss, zitiert bei *Hava García*, Anuario número 2003 (Peru), S. 133 (Fn. 75) = Website der Universität Freiburg (Schweiz), S. 13 (Fn. 75), <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/03/Hava.pdf> - Stand: 25.11.2004.

⁵⁶ *Gracia Martín*, in: Díez Ripollés/Gracia Martín/Laurenzo Copello, Comentarios, PE, I, art. 138 Rn. 56; *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), Fn. 169, Ausdruck: S. 72, <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 345; *Ramos Tapia*, in: Zugaldía Espinar/ Pérez Alonso, Derecho penal, PG, S. 510 f.

2. Billigung wegen „schlechten Charakters“ des Täters

Zum Teil ist für die Rechtsprechung bei der Vorsatzfrage auch der allgemein schlechte Charakter der Angeklagten entscheidend.

So zum Beispiel in einem entschiedenen Fall⁵⁷, bei dem heroinabhängige Täter schlafenden Dealern einen Lappen Chloroform in den Mund steckten und das Heroin an sich nahmen. Die Dealer starben durch Ersticken wegen Verengung ihrer Sauerstoffwege. Das TS bejahte den bedingten Tötungsvorsatz, ohne auf das Billigungsmoment einzugehen. Der Vorsatz wurde gar nicht in Frage gestellt.

In der Literatur wird an der Entscheidung kritisiert, dass vom Gericht nicht geprüft wurde, ob die Täter überhaupt die Möglichkeit des Todesintritts vorhergesehen haben. Dies sei im Ergebnis ein Urteil über den Charakter der Täter und nicht über das eigentliche Tatgeschehen.⁵⁸

In der Literatur findet sich häufig Kritik dahingehend, dass beim Abstellen auf den (allgemeinen) Tätercharakter die Tür zur richterlichen Willkür geöffnet sei. Oftmals werde die Vorsatzfrage nach dem persönlichen Eindruck der Richter über den Angeklagten als Mensch entschieden, ohne dass dieses Kriterium in den Entscheidungsgründen genannt werde.⁵⁹

3. Betätigter Vermeidewille als Ausdruck der Nichtbilligung

In weiteren Entscheidungen wurde bei der Vorsatzbestimmung zusätzlich auf das Indiz des betätigten Vermeidewillens abgestellt.

⁵⁷ STS vom 28.10.83 (RJ 1983, 4808).

⁵⁸ *Corcoy Bidasolo*, ADPCP 1985, S. 961 ff. = in: *Comentarios*, S. 43 ff., die das Urteil ausführlich kommentiert. Eine bessere Begründung liefert STS vom 20.4.94 (RJ 1994, 3354), bei dem wenigstens die hohe Erstickungsgefahr festgestellt wurde, die die Verurteilten auch gekannt haben sollen. Es wird von der Literatur an vielen Entscheidungen des TS kritisiert, dass der Vorsatz nicht richtig nachgewiesen worden sei, so: *Zugaldía Espinar*, ADPCP 1986, S. 421 f.; *Gracia Martín*, in: Díez Ripollés/Gracia Martín/Laurenzo Copello, *Comentarios*, PE, I, art. 138 Rn. 53 ff.

⁵⁹ *Corcoy Bidasolo*, ADPCP 1985, S. 963 ff., 973 = in: *Comentarios*, S. 45 ff., 57; *Gracia Martín*, in: Díez Ripollés/Gracia Martín/Laurenzo Copello, *Comentarios*, PE, I, art. 138 Rn. 53 ff.; *Silva Sánchez*, ADPCP 1987, S. 659; *Zugaldía Espinar*, ADPCP 1986, S. 421 f.

So hat das TS den bedingten Vorsatz eines von zwei Angeklagten im folgenden Fall⁶⁰ verneint und insoweit das Urteil der Tatinstanz aufgehoben:

Zwei männliche Angeklagte nahmen zwei Anhalterinnen in ihrem Pkw mit. Als die Angeklagten sexuell aufdringlich wurden, drohten die jungen Frauen aus dem Pkw zu springen, falls der Fahrer nicht sofort anhalte. Weil der Fahrer das nicht tat, sprang die eine junge Frau bei voller Fahrt hinaus und überlebte dies nicht. Danach sprang auch die zweite junge Frau aus dem Fahrzeug, obwohl der Beifahrer diese ängstlich bat nicht zu springen; jene Frau verletzte sich jedoch nicht.

Das TS sah es als erwiesen an, dass jedenfalls der Beifahrer darauf vertraut hätte, dass keine der beiden Frauen ihre Drohung des Herausspringens wahr machen würde. Dies wäre insbesondere daran deutlich geworden, dass dieser - nachdem er wegen des ersten Sprungs gemerkt hätte, dass die Frauen keine leere Drohung aussprachen - aktiv versucht hätte, jedenfalls den zweiten Sprung zu verhindern und versucht hat den Fahrer zum Anhalten zu bewegen oder jedenfalls langsamer zu fahren.⁶¹

In einem weiteren gerichtlich zu entscheidenden Fall⁶² wurde der bedingte Vorsatz mit ähnlicher Argumentation verneint.

Der Sachverhalt war der, dass eine zur permanenten Schizophrenie neigende Mutter ihrem 15tägigen Säugling soviel mit Wasser aufgelöstes Milchpulver zum Trinken gab, dass es starke Brechanfälle erlitt und schließlich erstickte. Der mit Beginn der Brechanfälle von der Mutter herbeigerufene Arzt konnte das Kind nicht mehr retten.

Das TS hat wegen des betätigten Vermeidewillens als letztlich entscheidendes Indiz darauf geschlossen, dass die Angeklagte den Erfolg nicht gebilligt hat.

Kritisiert wird von der Literatur explizit an der Entscheidung, dass schon jegliche Gefahrvorstellung der Mutter hätte verneint werden müssen. Wenn sie gewusst hätte - so die Kritiker -, dass ihr Kind durch ihr Handeln sterben könnte, hätte sie diesem nicht soviel Milch gegeben, es sei denn, sie hätte mit Tötungsabsicht gehandelt. Hier verfolge die Täterin mit ihrem Handeln nicht - wie sonst beim bedingten Vorsatz üblich - andere Ziele, wie zum Beispiel in den meisten vergleichba-

⁶⁰ STS vom 3.5.82 (RJ 1982, 2625).

⁶¹ Kritisiert wird diese Schlussfolgerung von *Díaz Pita*, *El dolo eventual*, S. 336 (Fn. 52), die meint, dass der Beifahrer jedenfalls vor dem ersten tödlichen Sprung kein vernünftiges Vertrauen auf einen guten Ausgang aufbauen durfte. Es ist dann aber m.E. nicht einzusehen, warum diese Prämisse nicht auch für den zweiten Sprung gelten soll; schließlich war dieser umso wahrscheinlicher. Doch wird man hier die Mittäterschaft des Beifahrers wegen Exzesses des Fahrers durch das Weiterfahren nach dem ersten Sprung verneinen müssen.

⁶² STS vom 4.7.80 (RJ 1980, 3126).

ren Fällen das Ruhigstellen des permanent schreienden Säuglings, sondern handelte aus schizophrenen, unverständlichen Gründen.⁶³

In einem ähnlichen aktuelleren Fall⁶⁴ schrie eine Mutter (und wiederum deren Mutter) ihre 18 Monate alte Tochter häufig an und beide schlugen der Tochter häufig auf den Kopf. Schließlich verletzte die Mutter ihr Kind beim zwangsweisen Füttern mit einem großen Suppenlöffel schwer an der Zunge. Aus Furcht vor Entdeckung der Kopfverletzungen (der Mutter wurde schon vor Jahren wegen Schlechtbehandlung ihrer anderen Tochter die Erziehungsgewalt über jene entzogen) unterließen es beide Täterinnen einen Arzt zu rufen; das Kind erbrach in den nächsten Tagen unter Schmerzen und Blutergüssen jeweils beim Füttern das Essen und Blut. Schließlich traten beim Kind während des zwangsweisen Fütterns schwere Atemprobleme auf. Als dieses gar nicht mehr atmete, unternahmen die Täterinnen vergeblich Wiederbelebungsversuche und fuhren dieses dann sofort zum Krankenhaus. Das Kind hatte jedoch schon einen tödlichen irreversiblen Atemstillstand erlitten.

Die Wiederbelebungsversuche und das Hinbringen des Kindes zum Krankenhaus nach dem ersten Erstickungsanfall wertete das Gericht als entscheidendes Indiz eines betätigten Vermeidewillens, dass die beiden Angeklagten den Tod des Kindes nicht gebilligt hätten. Da das Kind schon über mehrere Tage unter der gleichen Prozedur unter Brechreizen - aber für die Angeklagten ohne Sterbeanzeichen - gefüttert wurde, sollte es hier (anders als beim vorher dargestellten Milchpulverfall) auch an einer Möglichkeits- und so dann auch an einer Wahrscheinlichkeitsvorstellung bezüglich des Todes gefehlt haben. Beide wurden letztendlich nur wegen unbewusster schwerer fahrlässiger Kindesötung (mit einer Strafe im oberen Bereich des Strafraumens [4 Jahre Freiheitsstrafe]) verurteilt.

In einem davon abweichenden Votum⁶⁵ werteten jedoch zwei Richter den betätigten Vermeidewillen als eine spätere Reue »post factum« nach dem entscheidenden Tatzeitpunkt, die nichts daran ändere, dass die Täterinnen beim letzten Füttern im Sinne der Wahrscheinlichkeitstheorie die konkrete Todesgefahr des Kindes gekannt hätten (dies ergebe sich nach Ansicht der Richter

⁶³ *Corcoy Bidasolo*, ADPCP 1985, S. 974 = in: *Comentarios*, S. 59; *Silva Sánchez, J. M./Baldó Lavilla, F./Corcoy Bidasolo, M.*, *Casos*, S. 147 f.

⁶⁴ STS vom 24.11.95 (RJ 1995, 8214), besprochen von *Ragués i Vallès*, ADPCP 1996, S. 795 ff.

⁶⁵ In vielen Staaten Lateinamerikas und in Spanien ist das abweichende Votum (Dissident) in Strafurteilen im Gegensatz zu Deutschland (hier kennt man dies nur bei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts) möglich und wird zugleich mit dem Urteil veröffentlicht.

aus den äußeren Gefahrumständen [res ipsa loquitur]), was für den bedingten Vorsatz genügen soll.⁶⁶

Der entscheidende Indizienbeweis des betätigten Vermeidewillens wird auch von Vertretern in der spanischen Literatur gutgeheißen.⁶⁷

Allerdings soll im umgekehrten Fall, bei dem der Täter nichts zur Erfolgsvermeidung getan hat, nicht gleich auf einen bedingten Vorsatz geschlossen werden können.

Es werden generell vom TS entschiedene Fälle kritisiert, insbesondere beim sexuellen Verkehr mit Minderjährigen, bei denen der Täter wegen Vorsatzes bestraft wurde, ohne dass das Gericht geprüft hat, ob dieser die Minderjährigkeit des Opfers auch wirklich kannte. Ein Nichtbemühen der Aufklärung über das tatsächliche Alter des Kindes soll nach den Kritikern allein zur Vorsatzbejahung nicht genügen.⁶⁸

4. Nichtbilligung des Erfolgs bei erhöhten Unfallgefahren

Das spanische Tribunal Supremo ging in älteren Entscheidungen bei Tathandlungen in den Bereichen Verkehr, Bauwesen, Arbeit, Industrie, Medizin, Sport, Strom usw. (in diesen Bereichen bestehen erhöhte Unfallgefahren), bei eingetretenen Verletzungen oder Todesfolgen in der Regel erst einmal nicht vom Vorliegen des Eventualvorsatzes aus.

Es wird von der Rechtsprechung stillschweigend vermutet, dass es sich in solchen Fällen typischerweise um vom Täter ungewollt verursachte Unfälle handelt. Hier wurde zumeist nur wegen (schwerer) Fahrlässigkeit aus tollkühnem Verhalten⁶⁹ verurteilt. Ohne überhaupt die mögliche Täterbilligung des Erfolgs zu prüfen, wurde auf Fahrlässigkeit erkannt, wobei auch oftmals ausdrücklich zugegeben wurde, dass die Fahrlässigkeit an den *dolus eventualis* angrenze.⁷⁰ Schließ-

⁶⁶ Zustimmung *Ragués i Vallès*, ADPCP 1996, S. 821; *ders.*, *El dolo*, S. 506.

⁶⁷ *Zugaldía Espinar*, ADPCP 1986, S. 419 f.; *Maqueda Abreu*, ADPCP 1995, S. 435.

⁶⁸ *Zugaldía Espinar*, ADPCP 1986, S. 419 f., kritisiert insoweit SSTS vom 28.3.68; 22.5.70.

⁶⁹ Mit der Gesetzesreform von 1995 wurden die *termini technici* „tollkühne/ einfache (*temeraria/ simple*)“ in „schwere/ leichte (*grave/ leve*)“ Fahrlässigkeit (*imprudencia*) abgeändert.

⁷⁰ So SSTS vom 29.3.68 (RJ 1968, 1660); 1.4.70 (RJ 1970, 1609); 20.4.77 (RJ 1977, 1689); 21.12.78 (RJ 1978, 4283); 29.6.79 (RJ 1979, 2798).

lich wird andererseits in Fällen von Drogen, Raub, Sprengstoff, Waffen usw., zumeist ohne weiteres der bedingte Vorsatz bejaht.

In einer oft zitierten Entscheidung des TS⁷¹ wurde der Verletzungs- und Tötungsvorsatz bei einem Straßenverkehrsunfall verneint, obwohl man schwerlich davon ausgehen konnte, dass der Täter auf einen guten Ausgang vertraut hatte.

Der Sachverhalt war der, dass der fahrende Täter sich mehrere Stunden mit seiner beifahrenden Ex-Freundin gestritten hat. Diese wollte die Liebesbeziehung zu ihm nicht wieder aufnehmen. Der Täter drohte schließlich in aggressiver Anspannung damit, sie beide zu töten und beschleunigte daraufhin auf einem geraden Stück erheblich die Geschwindigkeit, verlor dabei wegen seiner Erregung die Kontrolle über das Fahrzeug, kam auf die Fahrspur des Gegenverkehrs und kollidierte so mit einem entgegenkommenden Fahrzeug. Dabei kam der Beifahrer des entgegenkommenden Fahrzeugs ums Leben. Die Fahrer beider Fahrzeuge und die Ex-Freundin wurden schwer verletzt.

Der bloße Todeswunsch sollte hier für den Vorsatz nicht ausreichen. Der Täter hätte - nach Ansicht des Gerichts - genauso gut gegen ein anderes Hindernis (Haus, Baum etc.) fahren können. Vielmehr soll es - jedenfalls in dubio pro reo - so gewesen sein, dass wegen der Erregtheit des Täters als Folge des heftigen Streits dieser unaufmerksam wurde und es so zu dem Unfall kam. Die Unaufmerksamkeit sei der typische Fall des Nichteinhaltens von Vorsichtsmaßnahmen, mithin der Fahrlässigkeit, bei der es an einem Täterwillen fehle (es wird wegen des inneren Ausnahmezustands insgesamt von einer fahrlässigen „*actio libera in causa*“ gesprochen, ohne näheres dahingehend auszuführen). Dies sei nicht mit dem vorhergehenden innerlichen Todeswunsch zu verwechseln. Nach der *Frank'schen* Formel habe der Täter diese Verursachungskette nicht gewollt. Hätte er wirklich dem Todeswunsch nachgehen wollen, hätte er eine andere, weniger vom Zufall abhängige Art der Verwirklichung gewählt, wie beispielsweise eben die Kollision mit einem Baum.

Eine weitere ältere Entscheidung des TS⁷² liegt auf derselben restriktiven und täterfreundlichen Linie im Straßenverkehr (Eventualvorsatzverneinung).

⁷¹ So STS vom 20.4.77 (RJ 1977, 1689), zitiert und kommentiert bei *Cuello Contreras*, *El Derecho Penal*, S. 531 f.; *Muñoz Conde/ García Arán*, *Derecho penal*, PG, S. 303; *Corcoy Bidasolo*, *El delito imprudente*, S. 282 (Fn. 1104); *Gómez Benítez*, *Teoría*, PG, S. 212 ff.

Hier fuhr der Angeklagte mit seinem Autobus (wenn auch langsam) hinter einem Moped, ohne seiner Fahrweise, dem Verkehr und dem Sicherheitsabstand, die angemessene Aufmerksamkeit zu widmen. Hinzu kam noch, dass die Fußpedalbremsen nicht funktionierten, was der Angeklagte auch wusste. Der Angeklagte erfasste das Moped dreimal; beim letzten Mal stürzte der Mopedfahrer zu Boden und der Angeklagte überfuhr diesen tödlich. Der Angeklagte benutzte nicht einmal die Handbremse oder schaltete in einen niedrigeren Gang, um sein Fahrzeug abzubremesen, obwohl er dies durchaus gekonnt hätte.

Trotz all dieser Gegebenheiten erkannte das Gericht lediglich auf grob fahrlässige Tötung.

In der Literatur wird das durchgängige Erkennen in der Praxis auf (bewusste) Fahrlässigkeit bei Verkehrsfällen stark kritisiert.⁷³

Der Autor *Zugaldía Espinar*⁷⁴ meint hierzu: „Das Tribunal Supremo wendet den *dolus eventualis* bei sozialadäquaten Materien (auf Spanisch: „materias socialmente adecuadas“) nicht an und im Gegensatz dazu doch, wenn der vorhersehbare Erfolg aus einer unerlaubten Handlung resultiert. Diese Auffassung ist ohne dogmatische Begründung, denn es ist unrichtig, dass <die Fahrlässigkeit bei erlaubten Handlungen, die nachlässig begangen werden, zu bejahen ist, während der Vorsatz bei unerlaubten Handlungen vorliegt>. Mit bedauerlicher Begründung führt das Gericht in STS vom 29.3.1968 dies so aus und greift dabei die Linie einer sehr alten Rechtsprechung <Existenz eines erlaubten Ansatzes in der Fahrlässigkeit> auf, die heute überholt ist. Siehe etwa STS vom 7.2.1985, um nur eine jüngste Entscheidung zu zitieren. [...] Möglicherweise ist in all diesen Fällen unterschwellig - wenn auch nicht explizit genannt - die Tatsache entscheidend, dass der Täter bei seiner Tatausführung ein eigenes Risiko eingegangen ist, was in bestimmten Fällen ein vernünftiges Indiz für die Fahrlässigkeit in Abgrenzung zum Vorsatz sein kann. Man könnte meinen, dass Unfallverursacher im Regelfall bei der Handlungsausführung darauf vertrauen, dass trotz der Gefährlichkeit ihres Tuns, der Erfolg in jedem Fall beim fremden - und eigenen-> Rechtsgut nicht eintreten wird. Vielleicht wurde deswegen nicht in einem Fall der *dolus eventualis* geprüft, bei dem der Angeklagte einen Pkw bei durchgängiger Linie überholt hat, ohne auf die Nähe zur Kurve zu achten und mit absoluter Nachlässigkeit in Bezug auf die möglicherweise

⁷² STS vom 25.9.67 (RJ 1967, 3567), zitiert bei *Ramos Tapia*, in: *Zugaldía Espinar/ Pérez Alonso*, *Derecho penal*, PG, S. 504; *Zugaldía Espinar*, ADPCP 1986, S. 409.

⁷³ *Zugaldía Espinar*, ADPCP 1986, S. 407 ff., Fn. 31; *Corcoy Bidasolo*, ADPCP 1985, S. 964 f. = in: *Comentarios*, S. 47; *dies.*, *El delito imprudente*, S. 278 ff.; *Díaz Pita*, *El dolo eventual*, S. 334 (Fn. 51).

⁷⁴ *Zugaldía Espinar*, ADPCP 1986, S. 407 f., Fn. 32.

entgegenkommenden Fahrzeuge gehandelt hat <Ergebnis des Unfalls: 2 Tote. STS vom 5.10.1973>. Aber auch in anderen insgesamt diskutierbaren Fällen, bei denen der Angeklagte kein eigenes Risiko eingegangen ist, haben weder das Tribunal de Instancia noch das Tribunal Supremo die Möglichkeit, dass der Erfolg als <Eventual->Vorsatztat qualifiziert werden könnte, erwähnt.“

Die Praxis der Rechtsprechung bei den erhöhten Unfallgefahren ist so zu verstehen, dass von den Gerichten grundsätzlich stillschweigend vermutet wird, dass der Täter auf ein Ausbleiben des Erfolgseintritts vertraut hat oder diesen gar nicht für möglich gehalten hat, wie dies beispielsweise bei einem typischen Verkehrsunfall grundsätzlich der Fall ist. Im Regelfall geht das TS von einem nicht gewollten Unfall aus, selbst wenn der Täter sich nicht an die Verkehrsregeln gehalten hat.

Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der spanische Gesetzgeber für solche Fälle mit Art. 381, 384 CP die bereits erläuterten Tatbestände geschaffen hat, die eine erhöhte Bestrafung vorsehen, ohne dass der Beweis eines bedingten Vorsatzes vonnöten ist.

Trotzdem hätte in vielen Verkehrsfällen⁷⁵ nach Meinung der Kritiker der bedingte Vorsatz bei strengster Anwendung der Wahrscheinlichkeitstheorie bejaht werden müssen.

Nur in einem Verkehrsfall⁷⁶ hat das TS den angeklagten Täter wegen einer Vorsatztat verurteilt, da erwiesen war, dass er mit den Opfern kurz vorher eine Diskussion hatte und seinen Pkw absichtlich gegen diese gesteuert hatte, als er diese über die Straße hat gehen sehen. Hier lag nicht bloß eine typische gefährliche Verkehrshandlung vor, sondern der Pkw ist zur Erfolgsverwirklichung eingesetzt worden (was bei uns bekanntermaßen als Zweckentfremdung bezeichnet wird), ohne dass der Fahrer auf einen guten Ausgang vertraute.

Die Eindeutigkeit des Falls (erwiesener Absichtsvorsatz) soll nach Meinung der Kritiker aufzeigen, dass die Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen bei Verkehrsfällen auf Vorsatz erkennt.⁷⁷

⁷⁵ In STS vom 29.6.79 (RJ 1979, 2798) wurde beispielsweise auf Fahrlässigkeit erkannt, obwohl sich der Täter bei voller Fahrt dem Fahrbahnrand näherte, um einen um Mitfahrgelegenheit bittenden Fußgänger zu erschrecken und diesen dann tödlich erfasste.

⁷⁶ STS vom 16.11.78 (RJ 1978, 3671).

⁷⁷ Vgl. *Zugaldía Espinar*, ADPCP 1986, S. 407 (Fn. 31).

II. *Frank'sche* Formeln

Noch in den achtziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts wurde des Öfteren zur Bestimmung des bedingten Vorsatzes auf die in Deutschland mittlerweile allgemein abgelehnte erste *Frank'sche* Formel zusätzlich abgestellt.⁷⁸

Der deutsche Strafrechtler *Frank*⁷⁹ stellte bei seiner ersten Formel zur Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit auf ein hypothetisches Geschehen ab.

Für die Vorsatzbejahung sage sich der Täter in einem hypothetischen Urteil: „Selbst wenn die Erfolgsverwirklichung sicher wäre, würde ich handeln“.

Fahrlässigkeit liege demgegenüber vor, wenn der Täter vom Handeln abgesehen hätte, wenn die Erfolgsverwirklichung für ihn sicher gewesen wäre.

Mit anderen Worten sollte also nach dem Autor der Vorsatz bejaht werden, wenn der Täter seine Handlung auch bei sicherer Kenntnis des Eintritts der an sich nicht erwünschten Nebenfolge ausgeführt hätte.

Das TS merkte allerdings in einer Entscheidung bei Anwendung der ersten *Frank'schen Formel* an, dass sich die Vorsatzbejahung nicht allein aus einer leichten Vorhersehbarkeit bezüglich des Unrechtserfolgs ergeben könnte, sondern nur das hypothetische Urteil des Täters zähle.⁸⁰

Die zweite *Frank'sche* Formel, nach der sich der Täter zur Vorsatzbejahung sagen muss, „mag es so oder anders sein, so oder anders werden, auf jeden Fall handle ich“, wurde bei der Vorsatzfrage eher am Rande herangezogen.

Maßgeblich wurde in den erwähnten Urteilen auf die erste *Frank'sche* Formel abgestellt.

⁷⁸ SSTS vom 18.3.80 (RJ 1980, 1160); 30.1.82 (RJ 1982, 187); 16.11.87 (RJ 1987, 8511); 1.12.87 (RJ 1987, 9517). *Sáinz Cantero*, Lecciones, S. 677 f., ist noch einer der wenigen Anhänger dieser Auffassung in der spanischen Literatur.

⁷⁹ Beide Formeln in: *Frank*, StGB, § 59 V, S. 190.

⁸⁰ STS vom 21.11.62 (RJ 1962, 4247).

III. Ernstnahmetheorie

Mit Entwicklung der Ernstnahmetheorie in Deutschland wurde vom TS oftmals im Rahmen der Anwendung der Billigungstheorie auch das Ernstnahmekriterium genannt und benutzt, um die Erfolgsbilligung und das Sich-Abfinden mit dem Erfolg zu umschreiben.⁸¹

Nach der deutschen Ernstnahmetheorie ist entscheidend, ob der Täter im Sinne einer Entscheidung für die mögliche Rechtsgutsverletzung die von ihm erkannte Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung ernst genommen (zumeist als voluntatives Element bezeichnet, z.T.⁸² aber auch nur dem kognitiven Bereich zugeordnet), d.h. mit ihr gerechnet und sich mit ihr abgefunden hat (Vorsatz) oder aber verdrängt hat, weil er etwa leichtsinnig auf dessen Ausbleiben vertraut hat (Fahrlässigkeit).⁸³

Den Täter, der die Gefahr ernst genommen hat und trotzdem weiterhandelt, soll ein erhöhter Vorwurf (Vorsatz) treffen. Mit seinem Weiterhandeln drücke dieser aus, dass zur Erreichung des eigentlichen Tatziels auch notfalls die Verwirklichung der an sich unerwünschten Nebenfolge eintreten darf. Damit entscheide sich der Täter auch gegen jenes Rechtsgut.

IV. Vereinigungstheorie

In der spanischen Rechtsprechung hatte bezüglich des Verständnisses der Ernstnahmetheorie zur Bestimmung des *dolus eventualis* das Lehrbuch von *Jescheck*⁸⁴ den entscheidenden Einfluss. Da dieser die Ernstnahme dem kognitiven Bereich des Täters zugeordnet hat, wurde die Ernstnahme in der spanischen Praxis - im Unterschied zu den meisten Anhängern hierzulande - ohne Erklä-

⁸¹ SSTS vom 24.4.84 (RJ 1984, 2372); 20.11.92 (RJ 1992, 9615); 4.3.96 (RJ 1996, 1950); 25.3.96 (RJ 1996, 2192).

⁸² So bei *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 III 3 a), S. 299 f., der jedoch auch das „Sich-Abfinden“ als Schuldmoment (= voluntatives Element) zur Vorsatzbejahung fordert.

⁸³ In Deutschland h. L. in der Literatur, siehe beispielsweise Auflistung bei *Roxin*, AT/1, § 12 Rn. 29 (Fn. 37); *Rudolphi*, SK, § 16 Rn. 43; *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 III 3 a), S. 299 f. Siehe auch *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), S. 51 ff. In Spanien auch weit vertreten, *Cerezo Mir*, Curso, II, S. 150 f.; *Gómez Benítez*, Teoría, S. 211 f.; *Landecho Velasco/ Molina Blázquez*, Derecho penal, PG, S. 268; *Gracia Martín*, in: Díez Ripollés/Gracia Martín/Laurenzo Copello, Comentarios, PE, I, art. 138 Rn. 49. In Venezuela: *Cairolí Martínez*, Curso, I, S. 308. Vgl. auch *Mir Puig*, Elementos subjetivos, CGPJ 1995, S. 29.

⁸⁴ Heute *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 III 3 a), S. 299 f.

rungen immer mehr so verstanden, dass ein Wahrscheinlichkeitswissen des Täters vorliegen müsse.

Zusätzlich sollte für den Vorsatz - wie nach *Jescheck* - als voluntatives Element ein „Sich-Abfinden“ mit dem Erfolg vorliegen.

Den Anhängern der Vereinigungstheorie zufolge wird dieses Sich-Abfinden mit der Erfolgsbilligung gleichgesetzt. Wenn der Täter auf ein Ausbleiben des Erfolgs vertraut hat, soll lediglich bewusste Fahrlässigkeit vorliegen.⁸⁵

Aus diesem Umstand heraus und wegen der vom TS immer wieder ausdrücklich geäußerten Absicht zur vernünftigen Begrenzung des Anwendungsbereichs des bedingten Vorsatzes, erklärt sich die Entwicklung zur Vereinigungstheorie in den neunziger Jahren.⁸⁶

Hiernach fordert das TS ausdrücklich im Rahmen seiner Billigungstheorie ein Wahrscheinlichkeitswissen des Täters neben der Billigung. Die bloße Möglichkeitsvorstellung auf der kognitiven Seite (neben dem Billigungsmoment auf der voluntativen Seite), wie dies seither die klassische Billigungstheorie vorsieht, sollte also gerade nicht mehr genügen.

Das TS wandte hier im Grunde kumulativ die Wahrscheinlichkeitstheorie (wonach die Wahrscheinlichkeitsvorstellung bezüglich des Erfolgs für die Vorsatzbejahung ausreichend ist) und die Billigungstheorie an, obwohl es das nicht immer anmerkte, sondern weiterhin von der Anwendung der Billigungstheorie sprach. In anderen Fällen sprach das TS jedoch ausdrücklich von der Anwendung der „Vereinigungstheorie oder einer gemischten [eklektischen] Theorie“.⁸⁷ Auch

⁸⁵ SSTS vom 13.6.97 (RJ 1997, 4897); 19.5.93 (RJ 1993, 4176); 20.9.93 (RJ 1993, 6801).

⁸⁶ SSTS vom 20.2.93 (RJ 1993, 1383); 19.5.93 (RJ 1993, 4176); 20.9.93 (RJ 1993, 6801); 4.5.94 (RJ 1994, 4045); 24.11.95 (RJ 1995, 8214); 19.2.96 (RJ 1996, 1050); 13.6.97 (RJ 1997, 4897).

Vgl. *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 169 f. *Zugaldía Espinar*, ADPCP 1986, S. 417, meint, dass das TS - nachdem sich dieser minutiös kritisch mit den einzelnen Theorien auseinandersetzen würde - doch wieder alle Theorien zur Bejahung des Vorsatzes heranziehe. Siehe zur Rechtsprechungspraxis auch: *Corcoy Bidasolo*, ADPCP 1985, S. 963 ff. = in: *Comentarios*, S. 45 ff.; *dies.*, El delito imprudente, S. 278 ff.

⁸⁷ Die spanische Rechtsprechung ging so allmählich von der Billigungstheorie, SSTS vom 20.4.77 (RJ 1977, 1689); 19.12.78 (RJ 1978, 4229); 18.3.80 (RJ 1980, 1160); 4.7.80 (RJ 1980, 3126); 16.11.87 (RJ 1987, 8511); 25.10.91 (RJ 1991, 7375); 27.10.93 (RJ 1993, 7874); 24.4.95 (RJ 1995, 3534); 20.12.96 (RJ 1996, 9034); 21.1.97 (RJ 1997, 461); 11.3.97 (RJ 1997, 1944) auf diese Form der Vereinigungstheorie über, SSTS vom 20.2.93 (RJ 1993, 1383); 19.5.93 (RJ 1993, 4176); 20.9.93 (RJ 1993, 6801); 13.6.97 (RJ 1997, 4897), und folgt neuerdings seit der Rapsölentscheidung, STS vom 23.4.92 (RJ 1992, 6783) = Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial (Sonderband), S. 69-306, Madrid 1992, Auszüge des Urteils in deutscher Übersetzung: *NStZ* 1994, S. 37 ff., mehrheitlich der Wahrscheinlichkeitstheorie im Sinne des Erkennens einer ersten, unmittelbaren und unbeherrschbaren Gefahr (gesteigertes Risiko) der Tatbestandsverwirklichung, wobei zum Teil doch noch das voluntative Element genannt wird, ohne dass dieses jedoch wirklich in die Prüfung einfließt, so beispielsweise STS vom 5.2.97 (RJ 1997, 698).

werden zum Teil ausdrücklich das Wahrscheinlichkeitswissen und die Billigung im Sinne einer „doppelten Bedingung“ gefordert.⁸⁸

Bei der bewussten Fahrlässigkeit sollte dementsprechend der Erfolg lediglich für möglich und nicht für wahrscheinlich gehalten werden und weiter gehandelt werden, ohne diesem zuzustimmen.⁸⁹

Letztendlich ging man stillschweigend davon aus, dass der Täter einen Erfolg nur billigen könne, wenn er diesen auch als wahrscheinlich prognostiziert hat. So konnte das Billigungsmoment indirekt näher bestimmt werden.

Die Wahrscheinlichkeit wurde dabei im Sinne einer „ernsten, unmittelbaren und unbeherrschbaren Gefahr der Tatbestandsverwirklichung (gesteigertes Risiko)“ definiert.

In jüngeren Entscheidungen⁹⁰ des Tribunal Supremo gibt es keine einheitliche Vorsatzdefinition. Zumeist wird auf kognitive und z.T. doch wieder auf voluntative Elemente abgestellt; bei letzterem wird die Billigungstheorie befolgt.⁹¹

Dabei wird auch oftmals wie nach der Vereinigungstheorie die Wahrscheinlichkeitstheorie für das Wissens- und die Billigungs- oder Ernstnahmetheorie für das Willenselement herangezogen, wobei bei einer hohen Wahrscheinlichkeitsvorstellung des Täters (= vorgestelltes ernstes, erhöhtes und unmittelbares Risiko der Erfolgsverwirklichung⁹²) ohne weiteres auch das Willensmoment bejaht wird.⁹³

Das TS spricht auch hier ausdrücklich von der Anwendung der „gemischten“ oder „eklektischen“ Theorie.⁹⁴

⁸⁸ STS vom 5.2.97 (RJ 1997, 698).

⁸⁹ STS vom 14.2.92 (RJ 1992, 1230), zitiert bei *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 324.

⁹⁰ Vgl. die ausführliche Darstellung bei *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 169 ff., 323 ff.; *dies.*, AP, 1 (1995), S. 12 ff.

⁹¹ STS vom 16.1.95 (RJ 1995, 7). Ähnliche Argumentation wie beim vom BGH entschiedenen Lederriemenfall (BGHSt 7, 363) bietet STS vom 3.10.87 (RJ 1987, 6951). Vgl. hierzu auch *Maqueda Abreu*, ADPCP 1995, S. 427 ff. und *Gimbernat Ordeig*, Ensayos penales, S. 403 ff. = ADPCP 1990, S. 421 f. In SSTS vom 4.7.80 (RJ 1980, 3126); 20.4.77 (RJ 1977, 1689) wurde die Wahrscheinlichkeitstheorie mit der Begründung verworfen, dass das Gefahrwissen nicht ausreichend sein könne, sondern ein emotionelles Willensmoment unbedingt erforderlich sei.

⁹² SSTS vom 20.12.93 (RJ 1993, 9578); 19.2.96 (RJ 1996, 1050).

⁹³ So beispielsweise in SSTS vom 3.10.87 (RJ 1987, 6951); 26.12.87 (RJ 1987, 9879); 20.2.93 (RJ 1993, 1383); 20.12.93 (RJ 1993, 9578); 28.5.99 (RJ 1999, 5266); 21.6.99 (RJ 1999, 5975).

⁹⁴ Vgl. hierzu die Rechtsprechungsauswertung bei *Maqueda Abreu*, ADPCP 1995, S. 427 Fn. 20, der meint, heute sei die gemischte Theorie bei der spanischen Rechtsprechung vorherrschend; *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), Fn. 109, Ausdruck: S. 63, <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 317 f.; *Laurenzo Copello*, Dolo y conocimiento, S. 152 ff.

Es wird auf das Wissen des Täters um die Schaffung einer konkreten und rechtlich zu missbilligenden Gefahr für andere Rechtsgüter (= hohes Wahrscheinlichkeitswissen) abgestellt. Hiernach soll ausreichend sein, dass der Täter eine innere Beziehung zu der konkreten Gefahr der Erfolgsverwirklichung aufgebaut hat und nicht zum Erfolg selber. In einer Entscheidung wird herausgestellt, dass „es aus der Sicht der Lehre von der objektiven Zurechnung ausreicht, wenn der Täter durch seine Handlung in bewusster Weise ein Risiko für das Rechtsgut hervorruft, welches dann nicht mehr zu kontrollieren ist“.⁹⁵ So stehe die Bestimmung des subjektiven Tatbestands im Einklang mit der objektiven Zurechnungslehre, nach der auch auf die Schaffung einer rechtlich zu missbilligenden Gefahr abgestellt werde.

Entscheide sich der Täter bei diesem Wissensstand zu handeln, so billige er auch den Erfolg. Das TS gibt ausdrücklich zu, dass die Billigungstheorie zwar nicht gänzlich aufgegeben werde, sich ihr Inhalt jedoch dahingehend abgeschwächt habe, dass beim o.g. Gefahrwissen des Täters und Weiterhandeln trotz dieser Kenntnis die Billigung ohne weiteres vermutet werden könnte.⁹⁶ Demgegenüber soll bei der Vorstellung einer lediglich abstrakten Gefahr allenfalls (bewusste) Fahrlässigkeit vorliegen können. Die Gefahr sei abstrakt, wenn sich der Täter bezüglich der Erfolgsherbeiführung bloß einen fernliegenderen Grad an Wahrscheinlichkeit vorgestellt hat.⁹⁷

Zum Teil wird bei Anwendung der Vereinigungstheorie die Gleichgültigkeit des Täters in Bezug auf den Erfolg mit dessen Billigung gleichgesetzt. In einer Entscheidung des TS⁹⁸ heißt es hierzu: „Die Rechtsprechung dieses Senats hat immer wieder darauf hingewiesen, dass der *dolus eventualis* nicht nur voraussetzt, dass sich der Täter die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung als wahrscheinlich vorgestellt hat, sondern darüber hinaus wurde gefordert, dass dieser die unerwünscht eingetretenen Folgen seiner Handlung akzeptiert hat (siehe in der jüngsten Rechtsprechung, Urteile vom 28.01.86; 04.02.86) oder in diese eingewilligt hat (Urteil vom 04.03.86). Dieses Element ist zu bejahen, wenn in die Folgen gemeinsam mit der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung eingewilligt wurde oder wenn mit Gleichgültigkeit hinsichtlich des vorgestellten Erfolgs gehandelt wurde.“

⁹⁵ STS vom 7.11.02 (R. 264/02), auch in: Website des Poder Judicial, Ausdruck: S. 5 f., <http://www.poderjudicial.es/tribunalsupremo> - Stand: 10.5.2004.

⁹⁶ STS vom 18.3.98 (RJ 1998, 3758) = Website der Universidad del País Vasco, Nr. II, PRIMERO, http://www.sc.ehu.es/dpwlonaal/legislacion/Jurisprudencia/Tribunal%20de1%20Jurado/6_ad%20quem%20casacion.htm - Stand: 12.5.2004.

⁹⁷ STS vom 16.1.95 (RJ 1995, 7).

⁹⁸ STS vom 26.12.87 (RJ 1987, 9879).

V. Wahrscheinlichkeitstheorie

1. Unterlassungsdelikte

Die Rechtsprechung in Spanien verzichtete schon früher bei Unterlassungsdelikten im Gegensatz zu Begehungsdelikten bei der Bestimmung des *dolus eventualis* auf ein Billigungselement.

Das TS hat hierbei in Fällen von unterlassener Hilfeleistung (oder allgemein bei Unterlassungsdelikten) nur das kognitive Element des Vorsatzes im Sinne der Wahrscheinlichkeitstheorie betont und auf die formale Feststellung eines weiteren Willenselements verzichtet.⁹⁹

So wurde beispielsweise allein wegen des Wissens eines Autofahrers von der hohen Wahrscheinlichkeit eines vorher verursachten Unfalls (Tötung durch Unterlassen) der bedingte Vorsatz bejaht.

Dieser hielt nach einem heftigen Aufprall auf permanentes Drängen seiner Beifahrer hin erst nach mehreren Kilometern nervös an, um an seiner Karosserie zu kontrollieren, ob er einen Menschen angefahren hat, wie dies auch wirklich der Fall war. Obwohl der Fahrer nur Beschädigungen am Auto und keine Blutspuren sah und daraufhin weiterfuhr, sei sein Vorstellungswissen genügend gewesen, um den Vorsatz bezüglich einer Tötung durch Unterlassen bejahen zu können.¹⁰⁰

In den darauf folgenden Urteilen¹⁰¹ wurde in ständiger Rechtsprechung bei der Vorsatzfrage weiter immer nur auf das Wissensmoment abgestellt. Dabei wurde es als ausreichend angesehen, dass der Unterlassungstäter (neben seiner Garantenstellung und Erfolgsvermeidungsmöglichkeit) die Gefahr der Erfolgsverwirklichung kannte. Auf die Feststellung des Willenselements wurde - auch in formaler Hinsicht - insgesamt verzichtet.¹⁰²

In einer Entscheidung des TS wurde die Urteilsbegründung des Berufungsgerichts (Audiencia Provincial) beanstandet, da sie auf das Billigungsmoment zur Vorsatzbejahung abgestellt hatte. Dies obwohl das TS im Ergebnis auch der Ansicht war, dass der bedingte Vorsatz zu bejahen

⁹⁹ SSTS vom 2.12.67 (RJ 1967, 5228); 30.5.70 (RJ 1970, 2247); 28.6.71 (RJ 1971, 3065).

¹⁰⁰ STS vom 2.12.67 (RJ 1967, 5228), besprochen bei *Gimbernat Ordeig*, *Estudios de Derecho Penal*, S. 240 ff. Siehe auch dahingehend ähnliche Urteile: SSTS vom 30.5.70 (RJ 1970, 2247); 28.6.71 (RJ 1971, 3065).

¹⁰¹ SSTS vom 25.4.88 (RJ 1988, 2922); 30.6.88 (RJ 1988, 5387); 24.10.90 (RJ 1990, 8229).

¹⁰² Siehe jüngst auch SSTS vom 15.4.97 (RJ 1997, 2931); 17.4.97 (1997, 3526) [m.w.N.] In der Literatur geht dies sogar z.T. soweit, dass ausdrücklich gesagt wird, dass bei Unterlassungsdelikten dann auch ein Vertrauen des Täters auf ein Ausbleiben des Erfolgs immer irrelevant sein soll und der Vorsatz bestehen bleiben soll, *Gracia Martín*, in: Díez Ripollés/Gracia Martín/Laurenzo Copello, *Comentarios*, PE, I, art. 138 Rn. 81. Soweit geht die Rspr. nicht, vgl. STS 24.10.90 (RJ 1990, 8229).

war. Ausschlaggebend war, dass das TS im Gegensatz zur AP_r von einer Tötung durch Unterlassen ausging, wonach allein das Wissen von einer Gefahr der Tötung zur Vorsatzbejahung ausreichen sollte. Hierzu heißt es: „Im Ergebnis ist die Argumentation der Audiencia Provincial nicht angreifbar, wenn man auch der Begründung nicht folgen kann. Eine richtige juristische Bewertung [...] kein aktives Verhalten [...], sondern das Unterlassen den Erfolg zu verhindern, dessen Gefahr der Verwirklichung er mit seiner vorherigen Tat geschaffen hatte. [...] Zuletzt kann der Vorsatz oder <animus necandi> auch nicht in Zweifel gezogen werden. Wie es bekannt ist, kann der Vorsatz des Unterlassungstäters bei Unterlassungsdelikten (echt oder unecht) nicht geleugnet werden, wenn dieser das Wissen von den Umständen hatte, die die Gefahr der Erfolgsverwirklichung ausmachen und auch von seiner eigenen Handlungsmöglichkeit. Der <animus necandi> des Unterlassungstäters zeigt sich folglich, wenn dieser die Taten geschehen lässt, ohne zu handeln, dabei wissend von den Umständen, die die Gefahr der Todesverwirklichung begründen und der Möglichkeit dies zu verhindern.“¹⁰³

In einem weiteren Urteil des TS wird ausdrücklich angemerkt: „Der Vorsatz bei den Unterlassungsdelikten (seien sie echte oder unechte Unterlassungsdelikte) hat Eigenschaften, die - wenn sie auch grundsätzlich zu der schwereren Form [im Verhältnis zwischen Vorsatz zur Fahrlässigkeit, Anm. des Verfassers] bei den Begehungsdelikten gleich sind - sich im genaueren zu diesen unterscheiden. Die wissenschaftliche Doktrin hat herausgestellt, dass während bei den Begehungsdelikten der Vorsatz auf einer Entscheidung des Täters den Tatbestand zu verwirklichen basiert, bei den Unterlassungsdelikten, im Gegensatz dazu, der Täter keinen wirklichen Willen zur Erfolgsverwirklichung hat. Genau wegen dieser Gründe ist die grundlegende Charakteristik des <Vorsatzes> beim Unterlassungsdelikt das Fehlen einer Entscheidung die dem Unterlassenden juristisch auferlegte Handlung zu unternehmen. Unter diesen Voraussetzungen muss der Unterlassungsvorsatz vorliegen, wenn der Unterlassende trotz Kenntnis der Tatsituation, die die Pflicht zum Handeln begründet und seiner Möglichkeit die Handlung zu realisieren, nicht handelt. [...] Deswegen muss in Bezug auf das Unterlassen Fahrlässigkeit vorliegen, wenn der Unterlassende aus Nachlässigkeit, d.h. nicht die gebotene Vorsicht einhaltend, keine Kenntnis von der Tatsituation hatte, [...]“¹⁰⁴

¹⁰³ STS vom 25.4.88 (RJ 1988, 2922).

¹⁰⁴ STS vom 30.6.88 (RJ 1988, 5387).

In einer neueren Entscheidung¹⁰⁵ im Fall von Tötung durch Unterlassen wird ähnlich deutlich, dass das TS bei Unterlassungsdelikten konsequent der Wahrscheinlichkeitstheorie folgt.

Im entschiedenen Fall haben Anhänger der Zeugen Jehovas die rettende Bluttransfusion für ihr Kind verweigert, das daraufhin verstarb. Die Eltern hatten alles getan, um ihr Kind zu retten, die hohe Todesgefahr war ihnen bewusst, doch aus Glaubensgründen verweigerten sie die Transfusion und nahmen ihr Kind vom Krankenhaus mit nach Hause. Mit gerichtlichem Beschluss brachten die Ärzte dieses später zurück. Letztendlich kam jedoch die unverzüglich verabreichte Transfusion zu spät.

Hier war offensichtlich, dass die Eltern den Tod ihres Kindes unter keinen Umständen gebilligt hatten. Ihre Vorstellung von der hohen Wahrscheinlichkeit des Todes reichte aus, um den *dolus eventualis* bejahen zu können. Auch der vehemente Wunsch der Eltern, der Tod möge ausbleiben, konnte nach Ansicht des erkennenden Gerichts an diesem Ergebnis nichts ändern.

Zuletzt ist auch eine weitere jüngere Entscheidung des 2. Strafsenats¹⁰⁶ zum bedingten Unterlassungsvorsatz bedeutsam. Hier heißt es unter anderem: „2. Die Frage, die sich hinsichtlich der ersten Revisionsbegründung stellt, bezieht sich auf den Vorsatz. Als erstes meint die Verteidigung, dass der Vorsatz beim Unterlassungsdelikt eine <Billigung> erfordere. Wie bekannt ist, bedarf der Vorsatz bei den unechten Unterlassungsdelikten oder der Begehung durch Unterlassen, [...], keiner Billigung des Erfolgs, dessen Verhinderung unterlassen wurde. Folglich ist diese Billigung ein Element der extremsten Vorsatzwillenstheorie, die in jedem Fall beim *dolus eventualis* Bedeutung erlangt. Aber zum einen wird diese Theorie vom *dolus eventualis* nicht mehr von diesem Senat verfolgt (vgl. unter anderem SSTS vom 24.9.91; 30.9.91; 24.12.91 und 23.4.92 mit Zitaten von vorheriger Rechtsprechung) und zum anderen wurde die Billigung, oder besser gesagt Einwilligung, als Element des *dolus eventualis*, nur von der alten Rechtsprechung bei den Begehungsdelikten verlangt, auf eine mehr nominelle als reale Art. Deswegen ist das Problem ein anderes. Es geht um die Elemente, die den Vorsatz bei den Unterlassungsdelikten ausmachen. Hierzu sagt die Rechtsprechung, dass der Vorsatz bei den Unterlassungsdelikten kein anderes Element erfordere, als das Wissen von der Situation, die die Pflicht begründet (vgl. SSTS 24.10.90; 10.11.90). Es kann so beim Unterlassen keinen Willen zur Erfolgsverwirklichung geben. Daher ist es evident, dass der Unterlassende keinen solchen Willen hatte. Genau wegen die-

¹⁰⁵ STS vom 27.6.97 (RJ 1997, 4987).

¹⁰⁶ STS vom 18.3.97 (RJ 1997, 2523).

ser Überlegungen bevorzugt es die Doktrin - dabei nicht die Willenstheorie heranziehend - von einem <Quasi Vorsatz> bei Unterlassungsdelikten zu sprechen. Die Verletzung des Prinzips der Unschuldsumutung zugunsten des Angeklagten lässt sich nicht wegen fehlenden Beweises im Hinblick auf ein Element, dessen es für den Vorsatz nicht bedarf, verletzen.“

2. Begehungsdelikte

In jüngster Zeit ist mit der als Rapsölentscheidung bezeichneten bedeutenden Entscheidung des TS die Entwicklung in der spanischen Rechtsprechung bei den Begehungsdelikten immer mehr von der Billigungstheorie über die Vereinigungstheorie hin zur Wahrscheinlichkeitstheorie gegangen.¹⁰⁷

Insoweit wird davon gesprochen, dass sich die spanische Rechtsprechung zurzeit in einer entscheidenden Übergangsphase befände.¹⁰⁸

Hiernach wird zur Vorsatzbejahung nur noch als einzig entscheidendes kognitives Element ein Wahrscheinlichkeitswissen des Täters von dem Erfolgseintritt gefordert. Auf eine Billigung oder irgendein anderes Willensmoment wird in den zitierten Entscheidungen ausdrücklich verzichtet, mit der Begründung, dass diese im Grunde sowieso keinen eigenständigen Inhalt habe.¹⁰⁹

Seitdem hat sich daneben jüngst die normativere Ansicht durchgesetzt, welche zur Vorsatzvereinbarung nur ein vernünftiges Vertrauen des Täters auf das Ausbleiben des Erfolgs ausreichen lassen will.¹¹⁰ Irrationales bloßes Hoffen auf das Ausbleiben des Erfolgseintritts soll unbeachtlich sein.

¹⁰⁷ SSTS vom 11.5.92 (RJ 1992, 3854); 20.2.93 (RJ 1993, 1383); 28.1.94 (RJ 1994, 125); 20.4.94 (1994, 3354); 16.9.94 (RJ 1994, 6961); 5.5.95 (RJ 1995, 3590); 27.1.97 (RJ 1997, 505); 11.3.97 (RJ 1997, 1944); 18.3.97 (RJ 1997, 2523); 15.4.97 (RJ 1997, 2931); 27.6.97 (RJ 1997, 4987); 14.5.99 (RJ 1999, 5392); 21.6.99 (RJ 1999, 5975). Ramos Tapia, in: Zugaldía Espinar/ Pérez Alonso, Derecho penal, PG, S. 504, bezeichnet die klassische Billigungstheorie, die eine Billigung des Erfolgs im Sinne einer inneren Einstellung des Täters verlangt, als eine heutige Mindermeinung in Spanien.

¹⁰⁸ So auch ausdrücklich Feijóo Sánchez, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), III 13, Ausdruck: S. 22, <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 320.

¹⁰⁹ *Laurenzo Copello*, Dolo y conocimiento, S. 167 ff., hebt hervor, dass das Billigungsmoment sowieso nicht bestimmbar sei und auf dieses deswegen gänzlich verzichtet werden sollte.

¹¹⁰ STS vom 14.5.99 (RJ 1999, 5392).

Bei dem *Rapsölfal*¹¹¹ ging es um den legalen Import (hauptsächlich aus Frankreich) von mit Anilin vergiftetem und denaturiertem, eigentlich nur für industrielle Zwecke dienendem Rapsöl, das als Speiseöl zum menschlichen Verzehr günstig (unterhalb des üblichen Speiseölpreises, aber erheblich oberhalb des üblichen industriellen Rapsölpreises) im Jahre 1980/81 an Zwischenhändler verkauft wurde, die nicht um das Gift wussten und es auf den Konsumentenmarkt brachten.

Das Industrieöl hatten die Importeure zu einem entsprechend günstigen Preis von einem Produzenten gekauft, der - wie allen Beteiligten bekannt - Rapsöl nur für industrielle Zwecke und nicht zum menschlichen Verzehr herstellte. Die Behörden ordneten die Beimischung von 2 % Anilin an, um sicherzustellen, dass das so gekennzeichnete Industrierapsöl nicht zum Verzehr gelangte. Allerdings ändert sich durch diese Kennzeichnung nur dann Farbe, Geruch und Geschmack des denaturierten Öls, wenn auch sofort bestimmte technische Maßnahmen ergriffen werden. Diese unterließen die Täter. Um das Industrieöl verzehrbar zu machen und das giftige Anilin zu entfernen, raffinierten sie dieses zusätzlich. Trotzdem blieben giftige Substanzen zurück. Ohne zu kontrollieren, ob das Öl wirklich entgiftet war, verkauften die Angeklagten dieses an die gutgläubigen Zwischenhändler mit dem entsprechenden hohen Gewinn. Über die Zwischenhändler gelangten große Mengen des vergifteten Öls auf den Konsumentenmarkt.

Nach Genuss des vergifteten Industrierapsöls erkrankten über 15.000 Menschen (sog. „toxisches Syndrom“); 330 hiervon tödlich.

Einschlägige Strafnormen für die Entscheidung des 2. Strafsenats waren die Art. 348 i.V.m Art. 346 CP a.F. [1973].

Art. 346 CP a.F. ist ein Gefährdungstatbestand, der den Vertrieb von Lebensmitteln verbietet, die nicht nach den gesetzlichen Vorschriften hergestellt wurden und so die Gesundheit der Konsumenten gefährden. Art. 348 CP a.F. ist ein Verletzungsdelikt, das vorliegt, falls hierdurch Todesfolgen verursacht werden. Auf die Todesfolge muss Vorsatz vorliegen. Insoweit wurde vom Gericht der bedingte Tötungsvorsatz geprüft.

Nach der Entscheidung des Senats reicht es zur Tötungsvorsatzbejahung aus, wenn der Täter die konkrete Gefahr gekannt hat, die von seiner Tathandlung ausging und diese Gefahr (hier für Leib und Leben) die erlaubte Gefahr eindeutig überschreitet.

¹¹¹ STS vom 23.4.92 (RJ 1992, 6783) = Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial (Sonderband), S. 69-306, Madrid 1992. Auszüge des Urteils in deutscher Übersetzung: NStZ 1994, S. 37 ff. Ausführliche Kommentierungen dieses Falles bei *Rodríguez Montañés*, in: Paredes Castañón/ Rodríguez Montañés, El caso de la colza, S. 204 ff. = Mir Puig/ Luzón Peña, Responsabilidad penal, S. 263 ff.; *Maqueda Abreu*, ADPCP 1995, S. 419 ff.

Die Angeklagten sollen im Ergebnis mit dem Verkauf von der vergifteten Ware an die - bezüglich der Giftsubstanz gutgläubigen - Zwischenhändler mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt haben.

Die gerichtliche Vorinstanz (Audiencia Nacional) hatte lediglich auf Fahrlässigkeit erkannt. Die zentrale Problematik des Falls lag in der weiten Verursachungskette zwischen der Tathandlung der Angeklagten und dem eingetretenen Tod der Endkonsumenten.

Zum einen war die Kausalität und objektive Zurechenbarkeit fraglich. Insoweit wird das Urteil in der spanischen Literatur des Öfteren mit dem hierzulande bezeichneten *Ledersprayfall*¹¹² verglichen. Nach naturwissenschaftlicher Analyse und Erkenntnis konnte auch hier nicht im Einzelnen festgestellt werden, welche genaue Substanz des vergifteten Rapsöls zu den Toden geführt hat. Letztendlich wurde aber die Kausalität und objektive Zurechenbarkeit auch von der AN bejaht.

Die AN vertrat allerdings im Hinblick auf den Tötungsvorsatz die Auffassung, dass aufgrund des weitgehend unvorhersehbaren Kausalverlaufs für die Täter (Raffiniervorgang mit Ungewissheit des weiteren Anilinbestands, lange Verursachungskette über Zwischenhändler bis zum eigentlichen Verzehr bei den nicht bekannten Endkonsumenten, fraglicher Eintritt von Gesundheitsbeeinträchtigungen oder gar Tötungen) lediglich die Kenntnis von einer abstrakt-generellen Gefährlichkeit ihrer Tathandlung vorlag, die für die Vorsatzbejahung nicht genügend sei. Die Täter sollen sich trotz ihrer Kenntnis von der Möglichkeit der Vergiftung der Ware nicht hinreichend über die - prinzipiell vorhersehbare - konkrete Möglichkeit der Tötung von Menschen bewusst gewesen sein.

Das TS beanstandete, dass die Kenntnis von der Möglichkeit des Vertriebs einer tödlichen Ware für den Tötungsvorsatz nicht genügen soll. Eine solche Kenntnis der Täter würde sich konsequent aus dem erwiesenen Sachverhalt ergeben.

Die Kenntnis (dies galt jedenfalls für die Importeure, die Zwischenhändler wussten nichts von dem vergifteten Industrierapsöl, sie bekamen dieses von Unternehmen, die bekanntermaßen ausschließlich Speiseöl zum menschlichen Genuss vertrieben und durften so auch hierauf vertrauen; allerdings wurden viele von den Zwischenhändlern wegen Betrugs angeklagt, da diese wussten, dass das Öl eine niedrige Qualität hatte und sie es dennoch zu einem hohen Verkaufswert als Qualitätsware den Konsumenten anboten) von der konkreten und ersten Todes- und Gesund-

¹¹² BGHSt 37, 106.

heitsgefahr sei hiernach für den bedingten Vorsatz einzig zu fordernder Inhalt; eines weiteren Willenselementes soll es nicht mehr bedürfen. An anderer Stelle wird auch von der ausreichenden Kenntnis von dem nicht unwahrscheinlichen Eintritt von Gesundheitsbeeinträchtigungen und Todesfällen gesprochen. Die tatsächliche Kenntnis der Importeure von der tödlichen Gefahr des Anilins wurde aus ihrer Eigenschaft als Unternehmer und Fachmänner im Umgang mit dem Produkt geschlossen.

Es sei genügend, wenn sich der Vorsatz auf das objektive Zurechnungskriterium, d.h. der Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr beziehe. Dabei müsste der zukünftige Kausalverlauf der Verwirklichung der gesetzten Gefahr nicht exakt im Einzelnen vorhergesehen werden. Allein die Kenntnis des hohen Gefahrpotenzials sei ausreichend.

Das Tribunal hat weiterhin im Sinne einer notwendigen strikten und proportionalen Bestimmung der subjektiven Vorwerfbarkeit hervorgehoben, dass auch der eventuelle Wunsch des Täters, der Erfolg möge ausbleiben, nicht den *dolus eventualis* ausschließen könne.¹¹³

Deswegen konnte auch die Einlassung der Angeklagten, dass der Tod der Endkonsumenten für sie und ihre bedeutenden und lukrativen Unternehmen gleichzeitig den wirtschaftlichen Ruin zur Folge hatte, und sie deshalb den Tod in jedem Fall nicht wollten, nicht entlasten.

Das Vertrauen des Angeklagten, dass das vergiftete Industrierapsöl letztlich regeneriert zu den Endkonsumenten gelangen würde, habe nämlich kein ausreichendes rationales Fundament gehabt. Die Angeklagten hätten keine ausreichenden Anstrengungen zur Reduzierung der von ihnen wissentlich gesetzten Gefahr unternommen, ihre unfundierte Hoffnung mache letztlich nur ihre Gleichgültigkeit deutlich. Der Vorsatz ließe sich nur verneinen, wenn wegen irgendwelcher von den Tätern getroffener Abwehrmittel diese einem Irrtum¹¹⁴ über die reale und konkrete Gefahr unterlegen wären. Dann fehle es nämlich an dem notwendigen Wissen des Täters bezüglich der konkreten Gefahr.¹¹⁵ Hier sollten die Täter jedenfalls nicht von einer Beherrschbarkeit der Gefahr ausgegangen sein.

¹¹³ Hierauf nehmen ausdrücklich jüngere Entscheidungen Bezug, wobei auch der vehemente Wunsch auf ein Ausbleiben nicht zählen soll, siehe SSTS vom 20.2.93 (RJ 1993, 1383); 20.4.94 (1994, 3354); 27.1.97 (RJ 1997, 505); 15.4.97 (RJ 1997, 2931); 27.6.97 (RJ 1997, 4987).

¹¹⁴ Für *Feijóo Sánchez*, *El dolo eventual*, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), III 12, Ausdruck: S. 19, <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 311, liegt das Wesentliche bei der Fahrlässigkeit im Gegensatz zum Vorsatz gerade in der falschen Prognose des Täters.

¹¹⁵ Kritisiert wird der Verzicht auf das Willenselement von *Rodríguez Montañés*, in: Paredes Castañón/ Rodríguez Montañés, *El caso de la colza*, S. 204 f., 211; *Muñoz Conde*, in: Hassemer/ Muñoz Conde, *La responsabilidad*, S. 112

Das TS beurteilte in seiner Entscheidung ausdrücklich auch das Raffinieren des Industrieöls, um das giftige Anilin zu entfernen, das Öl zu renaturieren und verzehrbar zu machen, nicht als ausreichend, um ein vorsatzausschließendes Vertrauen aufbauen zu können. Gerade bei der Höhe der Gefahr und der Unkontrollierbarkeit des Risikos hätten die Angeklagten zumindest nach dem Raffiniervorgang Kontrollmaßnahmen durchführen müssen, die die vollständige Entgiftung der Ware sicherstellten, wie beispielsweise eine chemische Untersuchung. Ein blindes Vertrauen auf die Eliminierung sämtlicher Giftsubstanzen ohne durchgeführte Kontrollen könne den Vorsatz nicht ausschließen.¹¹⁶

In der Rapsölsentscheidung wird zur Bekräftigung der juristischen Argumentation zuletzt ausdrücklich angemerkt, dass das Tribunal (und auch die Lehre) trotz Festhaltens am Willenselement (Billigung) sich sowieso immer mehr der Wahrscheinlichkeitstheorie annäherte, wenn auch weiterhin immer vom Billigen die Rede war.

Es wird in den Entscheidungsgründen betont, dass „wenn der Täter die rechtlich missbilligte konkrete Gefahr kannte und wenn er, ungeachtet dessen, in der Art und Weise handelte wie geschehen, seine Entscheidung mit der Billigung des Erfolgs gleichzusetzen ist, welche - in unterschiedlichen Intensitäten - von der Rechtsprechung zur Bestimmung des *dolus eventualis* gefordert wurde. In der Doktrin hat sich gerade in jüngerer Zeit gezeigt, dass sich das Tribunal Supremo trotz programmatischer Erklärungen, die die Erfordernisse der Billigungstheorie hervorzuheben scheinen, seit geraumer Zeit in seinen Entscheidungen, jedes Mal bemerkenswerter, an die Folgen der Wahrscheinlichkeitstheorie annäherte. Dies kann nicht auffallen, da diese Entwicklung auch in der Lehre um den *dolus eventualis* erkannt wird.“ Es wird weiter hinzugefügt, dass „die Rechtsprechung dieses Senats jedoch erlaubt, die Existenz des *dolus eventualis* zuzulassen, wenn der Täter das Opfer in gefährliche Situationen versetzt, bei denen er nicht die Sicherheit der Kontrolle hat, auch wenn er nicht den tatbestandlichen Erfolg verfolgt. Deswegen wird der *dolus eventualis* nicht einfach durch die Hoffnung, dass der Erfolg nicht eintritt, oder weil dieser vom Täter nicht gewünscht wurde, beseitigt.“¹¹⁷

ff., der meint, die Rapsölsentscheidung beruhe mehr auf praktischen ergebnisorientierten Gründen (harte Vorsatzbestrafung) als auf dogmatischen Erwägungen. Andere Urteile des TS, die rein auf das Kognitive abstellen, sind aufgelistet bei *Torío López*, *Elementos subjetivos*, CGPJ 1995, S. 169 ff.

¹¹⁶ Zustimmend auch *Rodríguez Montañés*, in: *Paredes Castañón/ Rodríguez Montañés*, *El caso de la colza*, S. 219 ff.

¹¹⁷ STS vom 23.4.92 (RJ 1992, 6783) = *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial* (Sonderband), S. 174, Madrid 1992. In deutscher Übersetzung: *NStZ* 1994, S. 38.

Zur Bestätigung der Argumentation in der Rapsöleentscheidung (Wahrscheinlichkeitswissen zur Vorsatzbejahung ausreichend) zitierte das entscheidende TS ausdrücklich Urteile,¹¹⁸ bei denen es um den Tätersvorsatz in Bezug auf Unterlassungsdelikte ging. Hier wird seit jeher auf ein Willenselement verzichtet und lediglich auf das Wahrscheinlichkeitswissen des Täters abgestellt. In der Rapsöleentscheidung vertritt der 2. Strafsenat des TS erstmals die Auffassung, gleiches müsse auch bei den Begehungsdelikten gelten.

Auch in darauf folgenden Entscheidungen des 2. Strafsenats des TS wird an der Wahrscheinlichkeitstheorie festgehalten.

Beispielsweise wurde in einem zu entscheidenden Fall der bedingte Tötungsvorsatz bejaht, in dem der Täter seinen Opfern die in Chloroform getränkte Watte derart in den Mund steckte, dass diese keine Luft mehr bekamen und erstickten. Der Erstickungstod, so das entscheidende Gericht, „war etwas, dass sich der Revisionsführer zwingend vorstellen musste, als hoch wahrscheinlich.“¹¹⁹

Es kann bei der jüngsten Entwicklung der Rechtsprechung festgestellt werden, dass die Argumentation immer mehr auf die kognitive Seite des Vorsatzes verlagert wird,¹²⁰ wobei dies zum Teil aber auch stillschweigend geschieht. Dies liegt wohl daran, dass die ursprüngliche Definition des Vorsatzes neben dem Wissens- eben auch ein Willenselement verlangt.¹²¹

So wird beispielsweise in einer Entscheidung (tödlicher Schuss aus nächster Nähe), bei der ausdrücklich der Argumentation der Rapsöleentscheidung gefolgt wird, gesagt, dass sich „das Tribunal Supremo in seiner Urteilsbegründung immer mehr hin zu den Konsequenzen der Wahrschein-

¹¹⁸ SSTS vom 25.4.88 (RJ 1988, 2922); 30.6.88 (RJ 1988, 5387); 24.10.90 (RJ 1990, 8229).

¹¹⁹ STS vom 20.4.94 (RJ 1994, 3354).

¹²⁰ SSTS vom 11.2.98 (RJ 1998, 1980); 18.3.98 (RJ 1998, 3758) = Website der Universidad del País Vasco, Nr. II, PRIMERO, http://www.sc.ehu.es/dpwlonaal/legislacion/Jurisprudencia/Tribunal%20del%20Jurado/6_ad%20quem%20casacion.htm - Stand: 12.5.2004; 14.11.98 (RJ 1998, 8627); *Laurenzo Copello*, Dolo y conocimiento, S. 161, 167; *Ramos Tapia*, ZStW 113 (2001), S. 404 f., 415.

¹²¹ Über die progressive (mehr oder weniger erklärte) Verabschiedung des Tribunal Supremo vom Willenselement in: *Bacigalupo Zapater* (der auch Richter beim TS ist und als Sachverhaltsberichterstatter [„Ponente“] an der Rapsöleentscheidung mitgewirkt hat und immer wieder die Wahrscheinlichkeitstheorie im Sinne der Vorstellung einer konkreten Gefahr betont; durch das Weiterhandeln komme die Geringschätzung [Gleichgültigkeit] des Täters zum Ausdruck, die die Bestrafung wegen Vorsatzes rechtfertige), *Principios*, S. 225 ff., 248 f.; *ders.*, *Lineamientos*, S. 81 f.; *Gimbernat Ordeig*, *Ensayos penales*, S. 405 = ADPCP 1990, S. 422; *Maqueda Abreu*, ADPCP 1995, S. 428 (Fn. 24).

lichkeitstheorie bewegt und dies nichts außergewöhnliches ist, da diese Entwicklung aus der eigenen Theorie vom *dolus eventualis* hervorgegangen ist“.¹²²

Darüber hinausgehend bestimmt der 2. Strafsenat des TS in einer weiteren Entscheidung, dass die Billigungstheorie, die seiner Meinung nach sowieso immer mehr formal als mit wirklichem Inhalt angewandt worden sei, für eben diesen Strafsenat keine Anwendung mehr finden soll.¹²³

Es muss zugegeben werden, dass sich dieses Verständnis vom bedingten Vorsatz bis heute nicht bei allen Strafsenaten durchgesetzt hat. Es wird immer noch oft das voluntative Billigungselement genannt, ohne dass dieses jedoch wirklich in die Prüfung einfließt.¹²⁴ Es wird lediglich gesagt, dass der Täter, der von der hohen Gefahr weiß und trotzdem handelt, auch den Erfolg billige. In einigen Entscheidungen¹²⁵ wird gesagt, dass, wenn sich der Täter den Erfolg als wahrscheinlich vorstellt, auch dessen Wille hierzu in irgendeiner Form vorliegen müsse, d.h. ein Billigen oder Einwilligen in den Erfolg, ohne näher zu erklären, was unter dem Willensmoment zu verstehen ist.

Dabei wird jedoch gleichzeitig zugelassen, dass in den Fällen, in denen der Täter die Gefahren seiner Handlung kenne, der Wille zum Erfolg vermutet wird. In seinen Entscheidungsgründen meint das TS in einer Entscheidung schon genauer: „Das Akzeptieren des Erfolgs liegt vor, wenn der Täter die Ausführung seiner gefährlichen Handlung gegenüber der Vermeidung der möglichen Folgen bevorzugt hat“ und weiter: „[...] die Rechtsprechung dieses Strafsenats ist zu einer eklektischen Auffassung gekommen, die die Thesen der Wahrscheinlichkeits- mit der Billigungstheorie vereint, wonach der *dolus eventualis* die doppelte Bedingung voraussetzt, dass der Täter bei seiner Handlung die Existenz einer ernstesten und unmittelbaren Gefahr der Erfolgsverwirklichung kennt oder sich vorstellt und dass er sich darüber hinaus mit dieser Erfolgsverwirklichung abfindet und entscheidet, seine erstrebte Handlung auszuführen, dabei die Eventualität der Erfolgsverwirklichung billigt. In jedem Fall ist die Tätersvorstellung vom erhöhten Erfolgsverwirklichungsrisiko, die seine Handlung ausmacht, zu fordern.“¹²⁶ Deswegen, so die teilweise Ansicht

¹²² STS vom 20.1.97 (RJ 1997, 190).

¹²³ STS vom 18.3.97 (RJ 1997, 2523).

¹²⁴ STS vom 5.2.97 (RJ 1997, 698). Dieser Ansicht ist auch *Torio López*, Elementos subjetivos, CGPJ 1995, S. 169 ff.; *Delitos de imprudencia*, S. 5178, der die Rspr. nach der Rapsölentscheidung analysiert hat. Genauso: *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), III 13, Ausdruck: S. 22.

<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 319 f.; *Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut*, Manual de Derecho Penal, PG, S. 341 ff.

¹²⁵ STS vom 11.3.97 (RJ 1997, 1944).

¹²⁶ STS vom 5.2.97 (RJ 1997, 698).

des TS in einer anderen Entscheidung, „werde die Billigungstheorie nicht vollständig aufgegeben, sondern ihre Voraussetzungen dahingehend abgeschwächt, dass die Billigung vermutet werde, wenn der Täter trotz der Vorstellung von der Gefahr handelt“.¹²⁷

Mit der Gefahr ist das Wahrscheinlichkeitswissen des Täters gemeint, worunter eben das Wissen um eine konkrete, ernste, unmittelbare und unbeherrschbare Gefahr der Tatbestandsverwirklichung (gesteigertes Risiko) verstanden wird.

Insgesamt soll es als überholt und künstlich gelten, das Vorstellungsmoment auf den Erfolgseintritt zu beziehen; parallel zur Theorie der objektiven Zurechnung sei es für den bedingten Vorsatz ausreichend, wenn dem Täter bewusst sei, dass er ein unkontrolliertes Risiko im Sinne einer ernstes Gefahr für ein anderes Rechtsgut geschaffen hat.¹²⁸

Eine niedrige Erfolgseintrittswahrscheinlichkeit soll hingegen als Indiz für das Fehlen des Täterwillens gelten. In einer Entscheidung des TS heißt es: „Die Tatsache der geringen Erfolgswahrscheinlichkeit dient uns als Indiz für den fehlenden Willen des Täters, die Verletzungen herbeizuführen. Wenn er diesen Erfolg als Konsequenz seines Handelns sicher vorhergesehen hätte, hätte er sich anders verhalten. Deshalb hat er die Verletzungen nicht akzeptiert, das Resultat war nicht von seinem Willen gedeckt (Billigungstheorie)“.¹²⁹

Die Arbeit des deutschen Autors *Frisch* (Titel: Vorsatz und Risiko) hat in jüngster Zeit die spanische Rechtsprechung mit beeinflusst. Dabei wurden die Ausführungen des Autors so verstanden, dass es für den Vorsatz auf die Vorstellung der Erfolgsverwirklichung und nicht des eingetretenen Erfolgs ankommt (in Spanien als „Gefahrtheorie“ bezeichnet). Es soll so für die Bejahung des Vorsatzes nur noch auf das Wissen einer konkreten Gefahr abgestellt werden. Wissen der Täter allerdings nur von einer abstrakten Gefahr, so sei der Vorsatz zu verneinen und die bewusste Fahrlässigkeit zu prüfen.

Eine genaue Erklärung darüber, was unter einer konkreten in Abgrenzung zu einer abstrakten Gefahr zu verstehen ist, findet sich allerdings selten.

Insoweit wird nur gesagt, dass sowohl beim Wissen von einer konkreten Gefahr als auch beim Wissen von einer abstrakten Gefahr, eine Möglichkeitsvorstellung des Täters vorliegen müsse. Der Unterschied sei allerdings, dass beim *dolus eventualis* der Täter *ex ante* die Möglichkeit des

¹²⁷ STS vom 20.2.93 (RJ 1993, 1383).

¹²⁸ STS vom 7.11.02 (R. 264/02), auch in: Website des Poder Judicial, Ausdruck: S. 5 f., <http://www.poderjudicial.es/tribunalsupremo> - Stand: 10.5.2004.

¹²⁹ STS vom 11.5.92 (RJ 1992, 3854).

Erfolgseintritts akzeptiert und bei der bewussten Fahrlässigkeit dessen Vorstellung von der Möglichkeit des Erfolgseintritts nicht vorher, sondern erst bei der Tatausführung existiert und dieser dabei ernsthaft auf ein Ausbleiben der Erfolgsverwirklichung vertraut.¹³⁰

Ähnlich eine weitere Entscheidung des TS, in der gesagt wird: „[...] beim dolus eventualis wird sich der Erfolg ex ante als wahrscheinlich vorgestellt und trotz dessen wird die Verwirklichung gebilligt, [...], während in den Fällen der bewussten Fahrlässigkeit die Möglichkeit gleichzeitig mit der Tatausführung in seiner Vorstellung auftaucht, [...], aber er vollständig darauf vertraut, dass der Erfolg ausbleibt (siehe die Urteile vom 20. und 22. September 1993). Aus der Sicht der Gefährlichkeit wird auch gesagt, dass die Vorstellung von einer konkreten Gefahr den indirekten Vorsatz ausmacht, wohingegen die Vorstellung von einer abstrakten Gefahr in die einfache fahrlässige Handlung mündet“.¹³¹

In einer anderen Entscheidungsbegründung¹³² heißt es: „[...] aus Gerechtigkeitsgründen muss dem <Plus> an Verantwortung in gewissen Situationen wegen seiner Schwere, sowohl subjektiv als auch objektiv, mit der Anwendung des Vorsatzstrafrahmens nachgekommen werden.“ Für die dogmatische Bestimmung des Vorsatzes sollen, nach der Entscheidung des Gerichts, die Billigungs-, Wahrscheinlichkeits- und die als „Gefahrtheorie“ bezeichnete Auffassung Anwendung finden, wobei ausdrücklich eine gesetzliche Regelung des dolus eventualis zwischen dem dolus directus und der bewussten Fahrlässigkeit bevorzugt wird. Die Anwendung der „Gefahrtheorie“ für sich allein „sei nicht genügend und entbehre an eigenständigem Inhalt, wenn sie zu einer im Einklang stehenden Verknüpfung zwischen einem anfänglichen <quasi-Willen> des Täters und einer nachfolgenden intellektuellen Vorstellung des möglichen Erfolgs dienen soll.“ Die Vorstellung des Täters soll sich bei der „Gefahrtheorie“ allerdings genauso auf den Handlungserfolg beziehen, „was verbietet, dieser Theorie vorzuwerfen, <per se> ein Gefährungsdelikt - über die Bestimmung des dolus eventualis hinaus - zu schaffen.“

Bei dem Urteil wurde neben der Erfolgsbilligung auf die Kenntnis einer konkreten und nicht lediglich abstrakten Gefahrsetzung abgestellt.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Bei einer Vergewaltigung drückte der Täter zur Abwendung von Schreien ein großes Kopfkissen fest auf das Gesicht des Opfers. Das Opfer konnte sich nämlich von dem vorher am Mund angebrachten Klebeband befreien. Außer-

¹³⁰ STS vom 16.1.95 (RJ 1995, 7). Das Urteil verweist auf ähnliche allgemeinere Argumentationen in SSTS vom 24.10.89; 5.11.90; 25.11.90; 18.3.92; 11.12.92; 20.2.93.

¹³¹ 27.10.93 (RJ 1993, 7874).

¹³² STS vom 24.10.89 (RJ 1989, 7744).

dem war das Opfer mit den Füßen am Bett gefesselt. Das Opfer starb schließlich an Erstickung. Erst nach der Ejakulation bemerkte der Täter den eingetretenen Tod seines Opfers.

Der bedingte Tötungsvorsatz wurde hier wie folgt begründet: „Aus allem folgt, dass sich der Angeklagte in jedem Fall die Gefahr seiner Handlung im konkreten vorgestellt haben musste, welche sich auch im eingetretenen Erfolg verwirklichte. Er hat vorher in diesen eingewilligt oder diesen akzeptiert. Wir befinden uns so in einer vorsätzlichen Zielgerichtetheit, wenn auch von indirekter oder eventueller Natur, ohne dass man - wie gefordert wird - von einer fahrlässigen Handlung sprechen kann.“¹³³

VI. Vorsatzindizien

In vielen Entscheidungen hat sich das TS bei der Theoriendiskussion um den *dolus eventualis* ausdrücklich zurückgehalten und sich mehr darum bemüht, sich an bestimmten Indizien für die Einzelfalllösung zu orientieren.¹³⁴

Gesteht der Täter, einen Willen zur Erfolgsherbeiführung gehabt zu haben, bereite die Beweisführung keine Schwierigkeiten; in anderen Fällen müsse jedoch auf den Indizienbeweis zurückgegriffen werden. Mit diesem werde auf der Basis des bewiesenen sicheren Vorliegens anderweitiger Umstände - bloße Wahrscheinlichkeit soll nach dem Tribunal Constitucional nicht genügen¹³⁵ - nach den Gesetzen der Logik und Vernunft indirekt auf den Vorsatz des Täters geschlossen.¹³⁶ Vermutungen und bloße Verdachtsmomente seien für die Vorsatzbejahung nicht ausreichend. Bei der Indizienbeweisführung sollen auch die äußeren Handlungen des Täters, die der Tat vorhergehen, diese begleiten und ihr nachfolgen, analysiert und bewertet werden. Dabei sollen in die Untersuchung über die eigentlichen Tatmittel hinaus auch anderweitige Umstände oder Erscheinungen und dergleichen mit einfließen wie ausgesprochene Worte, Motive zur Tat und die

¹³³ Begrüßt wird diese Argumentation von *Silva Sánchez, J. M./Baldó Lavilla, F./Corcoy Bidasolo, M.*, Casos, S. 149 ff.

¹³⁴ SSTS vom 3.10.87 (RJ 1987, 6951); 24.10.89 (RJ 1989, 7744); 27.2.92 (RJ 1992, 1361). Das Herausstellen einiger wichtiger Indizien, die durch jahrelange Judikatur hervorgetreten sind, wird zum Teil auch in der spanischen Literatur begrüßt, so *Laurenzo Copello*, *Dolo y conocimiento*, S. 134.

¹³⁵ STC vom 17.12.85 (R.T.Const. 1985, 174 und 175), wörtlich zitiert bei *Zugaldía Espinar*, ADPCP 1986, S. 406.

¹³⁶ SSTS vom 30.5.70 (RJ 1970, 2247); 20.4.77 (RJ 1977, 1689).

nachträgliche Billigung derer.¹³⁷ Der Beweis des Vorliegens von Tätervorsatz als ein psychologisches Element soll also auf Umständen von vor, gleichzeitig und nach der Tat in dieser Reihenfolge geführt werden. Auf diese Weise soll das Innere des Täters nach außen hin manifestiert werden.¹³⁸

Nach dem TC¹³⁹ soll der Richter bei mehreren hypothetischen Schlussfolgerungsergebnissen oder Interpretationsmöglichkeiten des Indizienbeweises allen diesen in seiner Überlegung Rechnung tragen und in der Urteilsbegründung benennen und begründen, warum ihn welches Ergebnis als das einzig richtige überzeugt hat.¹⁴⁰ Bei konträrer Einlassung des Angeklagten müsse auch begründet werden, warum diese vom Gericht nicht geglaubt und als unbeachtliche Schutzbehauptung gewertet wurde.

Im Ergebnis stehe jedenfalls fest, dass gem. Art. 120 Abs. 3 der spanischen Verfassung die judiziellen Organe der Rechtspflege auch Beweis über die subjektiven Tatumstände führen müssen und ihre Beurteilungskriterien und das Ergebnis des Beweises nach außen hin für den Beschuldigten deutlich machen müssten. Damit soll eine hinreichende Überprüfung gewährleistet werden.

Im Grundsatz soll also auch in Fällen, bei denen nach Aktenlage von Vorsatz auszugehen ist, wegen des Prinzips der Unschuldsvermutung zugunsten des Angeklagten bei der gerichtlichen Hauptverhandlung festgestellt werden, ob nicht doch nur wegen Fahrlässigkeit verurteilt werden muss.¹⁴¹

Wenn dann zwingende Indizien genügend sicher auf das Vorliegen von *dolus eventualis* deuten, soll dieses Beweisergebnis verständlich begründet werden, insbesondere warum die Schwelle von bloßen Vermutungen überschritten ist.

Die Revisionsgerichte haben für die Vorsatzprüfung einen offenen Indizienkatalog herausgearbeitet. „Offener“ Indizienkatalog bedeutet dabei, dass dieser nicht abschließend ist und auch andere Einzelfallindizien Berücksichtigung finden sollen. Wegen der Vielfalt der möglichen Tatkonstellationen sei es niemals möglich, sämtliche Indizien aufzuführen. Ein reiner Automatismus von gerichtlichen Entscheidungsfindungen soll so vermieden werden. Es soll vielmehr in allen

¹³⁷ STS vom 24.4.84 (RJ 1984, 2372).

¹³⁸ STS vom 17.2.87 (R. 1260).

¹³⁹ STC vom 17.12.85 (R.T.Const. 1985, 174 und 175), wörtlich zitiert bei *Zugaldía Espinar*, ADPCP 1986, S. 406.

¹⁴⁰ So auch STS vom 3.5.82 (RJ 1982, 2625).

¹⁴¹ So auch SSTS vom 20.4.77 (RJ 1977, 1689); 3.5.82 (RJ 1982, 2625).

Fällen eine gerechte individuelle Entscheidung des Gerichts - unter Berücksichtigung aller Einzelfallumstände - ergeben. Die aufgeführten Indizien sollen nach Ansicht des TS vielmehr lediglich als Orientierung und Mittel zur gerechten Einzelfallentscheidung dienen und niemals starr angewendet werden. Gegenindizien des Einzelfalls könnten auch durchaus die gängigen Indizien neutralisieren.

Folgenden Punkten soll nach Ansicht des TS¹⁴² bei der Beurteilung von Körperverletzungs- und Tötungsdelikten maßgeblich nachgegangen werden:

a) die Beziehungen zwischen Täter und Opfer,¹⁴³ b) Persönlichkeit von beiden, c) Einstellungen oder Ereignisse, die der Tat vorhergingen wie beispielsweise Provokationen oder Beleidigungen, Bedrohungen, flüchtige oder laute Aussprache und Wiederholung der Wortwahl, d) Verhalten beider während der Tathandlung¹⁴⁴ und des Täters nach der Tat¹⁴⁵, e) Gefährlichkeit der benutzten Waffe, f) genaues Angriffsziel (vitaler Körperbereich), g) Beharrlichkeit und Wiederholung des Angriffs¹⁴⁶, h) Nachtatverhalten des Täters wie Hilfe oder Flucht mit Wissen von der Schwere der Tat.

In der Praxis spielt bei der gerichtlichen Entscheidungsfindung hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit allgemein die Gefährlichkeit des Angriffs¹⁴⁷ und der Charakter des Täters¹⁴⁸ (Tendenz zur Aggressivität, Vorstrafen) eine entscheidende Rolle.

Weiterhin sind Kenntnisse, die sich aus der sozialen Stellung des Täters und dessen persönlichem Charakter (Beruf, Erfahrung mit der relevanten Tathandlung etc.) ergeben, ausschlaggebend.¹⁴⁹

Ein weiterer Indizienkatalog findet sich in einer weiteren Entscheidung.¹⁵⁰ Danach sollen folgende Umstände Relevanz haben:

¹⁴² SSTS vom 21.12.90 (RJ 1990, 9743); 5.12.91 (RJ 1991, 8988). Ähnlich auch STS vom 1.12.87 (RJ 1987, 9517).

¹⁴³ Beispielsweise SSTS vom 22.2.84 (RJ 1984, 1153) [schlechte Beziehung zur Ehefrau]; 19.10.84 (RJ 1984, 5016) [vorheriger Streit in einer Bar].

¹⁴⁴ Beispielsweise STS vom 6.2.89 (RJ 1989, 1472) [der Täter sagte: „Ich muss dich töten, ich töte dich“].

¹⁴⁵ Beispielsweise STS vom 28.12.84 (RJ 1984, 6667) [der Täter geht nach der Tat zum Haus seiner Schwester und sagt ihr: „Ich habe die Tötung von Florentino erledigt“].

¹⁴⁶ Beispielsweise STS vom 6.3.85 (RJ 1985, 1578) [Verfolgung des fliehenden Verletzten und zweiter Schuss aus nächster Nähe].

¹⁴⁷ SSTS vom 12.3.84 (RJ 1984, 1732); 21.3.84 (RJ 1984, 1843); 20.12.93 (RJ 1993, 9578).

¹⁴⁸ SSTS vom 22.2.84 (RJ 1984, 1153); 15.4.88 (RJ 1988, 2771); 9.2.89 (RJ 1989, 1513); 18.4.89 (RJ 1989, 3410).

¹⁴⁹ Ragués i Vallès, ADPCP 1996, S. 818 (Fn. 53), der sich mitunter auf STS vom 23.4.92 (RJ 1992, 6783) [Rapsölfall: vermutete Kenntnis als Unternehmer von der Gefährlichkeit des Anilins] bezieht.

¹⁵⁰ STS vom 9.2.89 (RJ 1989, 1513). Vgl. auch Ramos Tapia, in: Zugaldía Espinar/ Pérez Alonso, Derecho penal, PG, S. 510.

a) Richtung, Zahl und Gewaltpotential der Angriffe, b) Bedingungen von Ort und Zeit, c) Umstände, die mit der Tat verbunden sind, d) Erklärungen des Täters und Verhalten vor und nach der Tat, e) Beziehungen zwischen Täter und Opfer, f) Motiv zur Tat, g) Charakter des Täters.

In der spanischen Literatur wird zum Teil herausgestellt, dass die spanischen Gerichte in der Regel erst einmal mit der Absichtsprüfung beginnen und bei Beweisschwierigkeiten zur niedrigeren Stufe des *dolus eventualis* kämen.¹⁵¹

Es wird vereinzelt kritisiert, dass diese Praxis eine einfache Flucht in ein diffuses Terrain darstelle, wo richterliche Vermutungen vorherrschend seien.¹⁵² Weiterhin wird auch eingewandt, dass bei der rein formalen Schlussfolgerung von äußeren Daten - wie den Umständen von vor der Tat und der Gefährlichkeit der Waffe - auf den Vorsatz des Täters das Prinzip der Unschuldsvermutung verletzt werde.¹⁵³

Von der Rechtsprechung wird nichtsdestotrotz ausdrücklich angemerkt, dass die Rechtsfigur des *dolus eventualis* insgesamt mit größter Vorsicht zu behandeln sei und nach dem zu entscheidenden Einzelfall restriktiv angewandt werden müsse.¹⁵⁴

Ein gutes Beispiel für die Beweisführung eines erstinstanzlichen Tatgerichts, bei der es lediglich um Sachbeschädigung ging, ist eine aktuelle Entscheidung¹⁵⁵ des Amtsgerichts von Madrid, in der gesagt wird, dass das TS derzeit der gemischten („eklektischen“) Theorie folgt.

Nach dem Urteil müssen für die Bejahung des bedingten Vorsatzes drei Punkte kumulativ vorliegen: a) Voraussehbarkeit des Erfolgs, b) Vorhersehen des Erfolgs als wahrscheinlich, c) Akzeptieren, Billigen und Abfinden mit dem Erfolg.

Im entschiedenen Fall ist der Angeklagte auf eine öffentliche Statue geklettert; dabei brach die Hand der Statue ab, die dieser dann mitnahm.

Das Gericht glaubte dem Angeklagten, dass er die Sachbeschädigung nicht als wahrscheinlich vorhersah und auch nicht billigte. Es verneinte daher den Vorsatz des Angeklagten. Zwar hätte dieser wissen müssen, dass bei seinem Körpergewicht etwas Derartiges hätte passieren müssen,

¹⁵¹ Vgl. *Laurenzo Copello*, *Dolo y conocimiento*, S. 182; *dies.*, *El nuevo Código Penal*, S. 425, die die Rechtsprechung zum Vorsatz eingehend studiert hat.

¹⁵² Vgl. *Muñoz Conde*, in: *Hassemer/ Muñoz Conde*, *La responsabilidad*, S. 111.

¹⁵³ *Jorge Barreiro*, in: *Rodríguez Mourullo/ Jorge Barreiro*, *Comentarios*, Art. 138, S. 392.

¹⁵⁴ STS vom 15.11.97 (RJ 1997, 7862).

¹⁵⁵ Juzgado de lo penal, Nr. 14, Madrid, 2/2004 vom 27.4.04, in: Website des Poder Judicial, S. 10, <http://www.poderjudicial.es/CGPJ/Docuteca/Ficheros.asp?intCodigo=3077> - Stand: 8.6.2004.

doch hatte der Angeklagte schon einmal die Spieler von dem Fußballklub „Real Madrid“ nach einem gewonnenen Spiel auf die gleiche Statue klettern sehen, ohne dass diese zu Schaden gekommen ist.

Aus diesem Grunde war seine Verteidigung, er habe gar nicht daran gedacht, dass die Hand der Statue abbrechen könnte, für das Gericht glaubhaft. Auch habe der Angeklagte den Erfolg nicht gebilligt, da ein neutraler Zeuge glaubhaft aussagte, dass der Angeklagte (zusammen mit anderen Teilnehmern) äußerst überrascht und erschreckt über den Schaden war und keine Freude dabei empfand. Zwar habe dieser sodann die abgebrochene Hand mitgenommen, doch geschah dies erst später nach der Überraschung und nicht zum relevanten Tatzeitpunkt bei der Statuenbeschädigung. Jedenfalls könne letztendlich in-dubio-pro-reo nur von schwerer Fahrlässigkeit ausgegangen werden.

C) Lehre

I. Klassische Vorsatzformen (*Carrara*)

Der Italiener *Carrara* (1805-1888) übte mit seiner klassischen Willenstheorie großen Einfluss auf die Rechtsentwicklung in Spanien aus. Er definierte den Vorsatz als den mehr oder weniger perfekten Willen zur Ausübung eines Aktes, der bekanntermaßen gesetzwidrig ist.¹⁵⁶

Dabei unterteilte er den Vorsatz nach der Strafschwere in den Absichtsvorsatz und den ungestümen Vorsatz.¹⁵⁷

Innerhalb des ersten gibt es zum einen den bedachten Vorsatz (*dolus praemeditatus*)¹⁵⁸, charakterisiert durch die niedrige Gesinnung und den „kalten Geist“ des Täters und durch die Beharrlichkeit der Ausführung des kriminellen Tatplans, und zum anderen den einfachen überlegten Vorsatz, in dem es auch die Beharrlichkeit, jedoch nicht die niedrige Gesinnung des Täters gibt.

Die geringste Vorsatzstrafe betrifft hiernach den ungestümen Täter. Dieser ungestüme Vorsatz (*dolus impetus*) liegt vor, wenn der Täter entweder einen spontanen Tatentschluss fasst und dann keine wesentlichen Zwischenschritte zur Ausführung seiner Tat vorliegen, oder (noch geringere Strafe) bei Taten aus blinder Leidenschaft oder intensivem Schmerz, in denen kein Zeitintervall zwischen Tatentschluss und Tathandlung besteht. Affekttaten oder Fälle der schweren oder ungerechtfertigten Provokation werden auch hierunter erfasst. Praktisch handelt es sich zumeist um Fälle von Anwendung physischer Gewalt durch den in seinen Sinnen getriebenen Täter.

Auf *Carrara* zurückzuführen ist, dass in Spanien oft der *dolus impetus* explizit im Strafgesetz als strafmildernder Umstand bei der Strafzumessung geregelt ist.¹⁵⁹ Daher geht man dort auch in der Lehre gemeinhin davon aus, dass zwar die psychischen Vorsatzelemente beim Täter erheblich

¹⁵⁶ *Carrara*, Programa, PG, § 69.

¹⁵⁷ *Carrara*, Programa, PG, §§ 72 ff.

¹⁵⁸ In einigen Strafgesetzbüchern Lateinamerikas wird dieser zwar nicht als eigene Vorsatzform behandelt, doch *de lege* explizit als strafschärfender Umstand gewertet, so beispielsweise CP von Chile, § 4 Art. 12 Nr. 5; CP von El Salvador, Art. 30 Abs. 2.

Auch wenn die Tathandlung hinreichend überlegt sei, soll es nach der spanischen Lehre einen *dolus eventualis* geben können, so wie beispielsweise Fälle von Suizidgeisterfahrern, die sich diese Tat vorher reiflich überlegt hatten, vgl. *Farré Trepas*, PJ 20 (1990), S. 91 (Fn. 18).

¹⁵⁹ Art. 21 Abs. 3 CP (Erregung, Verblendung und Leidenschaft).

eingeschränkt sind, aber dennoch zur Vorsatzbejahung einen ausreichenden Minimalgehalt haben.¹⁶⁰

Den *dolus eventualis* erfasste der Autor unter den unbestimmten (= indirekt positiven) Vorsatz.¹⁶¹ Auf den unerwünschten Nebenerfolg bezogen sollte der Täterwille eben unbestimmt sein, auf das eigentlich angestrebte Ziel bestimmt.

Sollte (nach *Carrara*) das angestrebte Ziel ein harmloses sein und der Täter auf ein Ausbleiben der Nebenfolge gehofft haben, sei bezüglich der Nebenfolge bloß Fahrlässigkeit gegeben.¹⁶²

Für die Bejahung des indirekten Vorsatzes ist es dagegen nach demselben Autor in sonstigen Fällen (das angestrebte eigentliche Endziel des Täters ist nicht ein harmloses) ausreichend, dass die Nebenfolge positiv vorhergesehen wurde (deswegen auch indirekt positiver Vorsatz), auch wenn diese nicht gewollt war, sondern sich der Wille in einem neutralen Zustand befand.

Der negativ indirekte Vorsatz hingegen mache die Fahrlässigkeit aus. Hier werde der mögliche Erfolg nicht nur nicht gewollt, sondern auch nicht vorhergesehen. „Negativ“ sei der Ausdruck dafür, dass sich sowohl die Vorstellung als auch der Wille in einem negativen Zustand befänden.¹⁶³

Hier wird deutlich, dass *Carrara* bei den Fragen, die sich heute beim bedingten Vorsatz stellen, in Wirklichkeit nicht bei den Willenstheorien anzusiedeln ist. Der Wille soll sich nach ihm lediglich auf die Handlungsausführung selbst und nicht auf den Erfolg beziehen.¹⁶⁴

Letztlich mitentscheidend für die Bejahung des Vorsatzes ist nach *Carrara*, wie das eigentliche Hauptziel des Täters zu werten ist, d.h. ob es ein harmloses oder ein strafrechtlich Relevantes ist.¹⁶⁵

¹⁶⁰ *Quintero Olivares/ Morales Prats/ Prats Canut*, Manual de Derecho Penal, PG, S. 345 f.; *dies.*, Curso de Derecho penal, PG, S. 294.

¹⁶¹ Auch in Mexiko hatte die klassische Willenstheorie von *Carrara* großen Einfluss auf die Vorsatzbestimmung. Nur vereinzelt wird hier die Vorsatzdefinition dahingehend kritisiert, nur Absichtsfälle zu unterteilen und keine Abgrenzung zum schwächeren *dolus eventualis* zu treffen (*Pavón Vasconcelos*, Manual de derecho penal mexicano, PG, 17. Kap., Nr. 2 a), S. 479). Dies ist insoweit nicht richtig, als dass *Carrara* eben damals den *dolus eventualis* unter den unbestimmten Vorsatz (*dolo indeterminado* = *intención indirecta positiva*), oder bei anderen Alternativvorsatz genannt (*intención alternativa*), erfasste.

¹⁶² *Carrara*, Programa, PG, § 70.

¹⁶³ *Carrara*, Programa, § 66 ff.

¹⁶⁴ Gleicher Ansicht ist auch *Laurenzo Copello*, *Dolo y conocimiento*, S. 45.

¹⁶⁵ *Carrara*, Programa, PG, § 70.

II. Billigungstheorie

Eine traditionell weit verbreitete Ansicht in der spanischen Rechtslehre¹⁶⁶ ist die Billigungstheorie (auch zum Teil Einwilligungstheorie genannt).

Statt „Billigen“ im Sinne einer emotionalen Beziehung und inneren Einstellung zum Erfolg wird auch meist der Begriff „Akzeptieren“, „sich Abfinden mit“ oder „sich Einverstanden erklären mit“ verwendet. Ein „Akzeptieren des Täters hinter vorgehaltener Hand“ im Gegensatz zur inneren Zurückweisung des unerwünschten Erfolgseintritts wird auch zur Abgrenzung vorgeschlagen. Die innere Zurückweisung sei nur möglich, wenn der Täter von der Erfolgsmöglichkeit oder -wahrscheinlichkeit wusste und trotzdem vom Ausbleiben ausgeht, etwa weil er auf seine Geschicklichkeit, auf sein Glück, auf vorherige Erfahrungen oder auf etwas anderes wie beispielsweise ein bestimmtes Verhalten des angegriffenen Subjekts vertraut.¹⁶⁷

Hinsichtlich der Erfolgsbilligung wird auch vereinzelt von einem passiven Willen des Täters gesprochen.¹⁶⁸

Zum *dolus directus* II wird gesagt, dass wegen des Wissens vom sicheren Eintritt der Nebenfolge der Täter diesen „mitgewollt“ habe.¹⁶⁹ Allerdings soll weder beim *dolus eventualis* noch beim *dolus directus* II das Wollenselement mit den Wünschen oder Beweggründen des Täters gleichzusetzen sein.¹⁷⁰ Der *dolus directus* II liegt nach allgemeiner Ansicht vor, beim Vorhersehen eines gewissen Eintritts einer mit der angestrebten Hauptfolge notwendig verknüpften, an sich nicht erwünschten Nebenfolge. Dabei ist weitgehend anerkannt, dass der *dolus directus* II mit der notwendigen Verknüpfung des Eintritts der Hauptfolge zur Nebenfolge selbst dann zu bejahen ist, wenn der Eintritt der beabsichtigten Hauptfolge (und damit im Ergebnis auch der Nebenfolge) unsicher ist.¹⁷¹

¹⁶⁶ *Antón Oneca*, *Derecho Penal*, S. 227 f.; *Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo*, *Comentarios*, I, zu Art. 1 Abs. 1, S. 20; *Jiménez de Asúa*, *Tratado*, V, S. 586, 618; *Landecho Velasco/Molina Blázquez*, *Derecho penal*, PG, S. 268; *Puig Peña*, *Derecho penal*, I, S. 208 f.

¹⁶⁷ *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, *Derecho penal*, PG, S. 468 f.

¹⁶⁸ *Puig Peña*, *Derecho penal*, I, S. 209.

¹⁶⁹ *Ramos Tapia*, in: *Zugaldía Espinar/Pérez Alonso*, *Derecho penal*, PG, S. 500.

¹⁷⁰ *Muñoz Conde*, *Teoría*, S. 78 f.

¹⁷¹ *Cerezo Mir*, *Curso*, II, S. 146 f. A.A.: *Mir Puig*, *Elementos subjetivos*, CGPJ 1995, S. 20; der wegen des nicht sicheren Wissens vom Eintritt der Nebenfolge diese Konstellation als einen Fall des *dolus eventualis* begreifen will.

In ähnlichem Sinne liegt nach dem bekannten Strafrechtler *Jiménez de Asúa*¹⁷² *dolus eventualis* vor, wenn der Täter sich die Möglichkeit eines Erfolges vorstellt, den er nicht wünscht, aber dessen Möglichkeit der Verursachung er billigt und so im letzten Zuge das Risiko eingeht, nur um sein Tatziel zu erreichen, welches er vor allem will. Bewusste Fahrlässigkeit soll im Sinne der ersten *Frank'schen* Formel vorliegen, wenn der Täter nicht weitergehandelt hätte, falls der Erfolgseintritt für sicher erkannt worden wäre. Bei einer solchen Konstellation habe der Täter den Erfolg nicht akzeptiert.

Hierzu wird u.a. von demselben Autor auch angemerkt, dass bei dem bedingten Vorsatz der Egoismus entscheide und bei der bewussten Fahrlässigkeit die Leichtfertigkeit.¹⁷³

Zu den *Frank'schen* Hypothesenformeln muss allerdings angemerkt werden, dass diese heutzutage in der spanischen Lehre, auch von den meisten Anhängern der Billigungstheorie, mit den gleichen Gründen wie in Deutschland weitgehend nicht mehr angewandt oder gar ausdrücklich abgelehnt werden.¹⁷⁴ In der neueren spanischen Rechtsprechung werden diese - wenn dann auch nur die erste Formel - auch nur noch sehr selten herangezogen.

Kurz genannt sei nur der auch in Spanien gebrachte *Lacmann'sche* Schießbudenfall¹⁷⁵, bei dem der Schütze nicht geschossen hätte, wenn er gewusst hätte, dass er nicht die Glaskugel in der Hand des Opfers trifft, sondern das Opfer selbst. Schließlich hätte er dann von vorneherein gewusst, dass er die Wette (Treffer Glaskugel in der Hand des Opfers) verlieren würde.

Genauso sei der auch in Spanien bekannte Bettlerfall genannt, bei dem die Bettler nicht ihre Kinder verstümmelt hätten, wenn sie gewusst hätten, dass diese versterben, da sie wussten, so keine Mitleidsspenden zu bekommen.¹⁷⁶

Diese Beispiele sollen nach den vielen Kritikern verdeutlichen, dass das Handeln in Risiko bei Tatausführung und das hypothetisch Gedachte in Gewissheit praktisch unvergleichbar sind.¹⁷⁷

Es ergäbe sich zusätzlich nach den *Frank'schen* Hypothesenformeln ein unlösbares Beweisproblem hinsichtlich eines hypothetischen Alternativgeschehens. Es wird die Frage aufgeworfen, wie

¹⁷² *Jiménez de Asúa*, Tratado, V, S. 585, 617.

¹⁷³ *Jiménez de Asúa*, Tratado, V, S. 586; *Puig Peña*, Derecho penal, I, S. 208.

¹⁷⁴ *Mir Puig*, Derecho penal, PG, Lección 10, Rn. 93, S. 261; *Cerezo Mir*, Curso, II, S. 148.

¹⁷⁵ *Lacmann*, ZStW 31 (1910), S. 159 f.

¹⁷⁶ Vgl. beispielsweise in Spanien bei *Cobo del Rosal/ Vives Antón*, Derecho penal, PG, S. 630 und in Deutschland bei *Mayer*, Strafrecht, S. 253.

¹⁷⁷ Vgl. in Deutschland: *Jescheck/ Weigend*, AT, § 29 III 3 d) cc), S. 302 f.

sich nachweisen lassen soll, wie der Täter mit sicherem Wissen hypothetisch gedacht hätte. Es handle sich dabei um eine Billigung des Täters, die zur Tatzeit gar nicht stattgefunden habe.¹⁷⁸

Letztlich kommt es nach den Anhängern der Billigungstheorie entscheidend darauf an, ob der Täter auf ein Ausbleiben des Erfolgs vertraut hat, unerheblich ob dieses Vertrauen von den äußeren Umständen her nachvollziehbar ist oder nicht. Damit wird im voluntativen Bereich durch Ausschluss einer Gegenhypothese (Vertrauen auf Ausbleiben des Erfolgs) auf die zu beweisende Hypothese (Vorsatzwille) geschlossen.

Andererseits soll derjenige, der sich den Erfolg nur herbeiwünscht, weil er den Eintritt nicht hinreichend steuern kann (z.Bsp. Tod durch Blitz des in das Unwetter Getriebenen), nicht vorsätzlich handeln. Denn das, was sich nur herbeiwünschen ließe, könne man nicht verwirklichen wollen.¹⁷⁹

Nach den Anhängern der Billigungstheorie muss eine Entscheidung des Täters gegen das angegriffene Rechtsgut vorliegen. Dies sei, was das Willenselement ausmache. Hierdurch werde eine größere und vor allem andere Vorwerfbarkeit begründet als bei der Fahrlässigkeit, bei der es lediglich um die Verletzung von Vorsichtsmaßnahmen ginge. Das Einstellungsmoment des Täters soll nicht seine Schuld erhöhen, sondern nur einen anderen subjektiven Tatvorwurf im Sinne einer Vorsatztat begründen.¹⁸⁰

Werde vom Täter letztlich der Eintritt des Erfolgs billigend in Kauf genommen, liege Vorsatz vor.

Hauptkritik der Gegner der Billigungstheorie ist, dass die Vorsatzbestimmung nicht von persönlichen inneren Einstellungen des Täters zur Erfolgsherbeiführung (Willenselement) abhängen dürfe.

Nach der Billigungstheorie werde nicht bloß der Wille des Täters, sondern die empirisch nicht beweisbare innere Einstellung des Täters zur Tat bestraft,¹⁸¹ obwohl das Strafrecht nicht innere

¹⁷⁸ Gimbernat Ordeig, *Estudios de Derecho Penal*, S. 252 ff.; *Cobo del Rosal/ Vives Antón*, *Derecho penal*, PG, S. 629.

¹⁷⁹ *Cerezo Mir*, *Curso*, II, S. 145; *Jiménez de Asúa*, *La ley*, S. 363; *Rodríguez Devesa/ Serrano Gómez*, *Derecho penal*, PG, S. 463.

¹⁸⁰ *Cobo del Rosal/ Vives Antón*, *Derecho penal*, PG, S. 632 (Fn. 40).

¹⁸¹ *Ramos Tapia*, *ZStW* 113 (2001), S. 407.

Vorgänge, sondern bloß äußere Handlungen bestrafen könne.¹⁸² Letztlich werde also die Einstellung des Täters zum Erfolg mit dessen Billigung gleichgesetzt. Da allerdings die innere Einstellung des Täters zum Erfolg nicht nachweisbar sei, sei auch das Billigungselement im Grunde eine inhaltslose „Leerformel“, die den Weg zur richterlichen Willkür eröffne. Letztlich werde aus dem Wissen des Täters über die hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts automatisch dessen Billigung gefolgert. In Wirklichkeit soll das Billigungselement inhaltsleer und somit nicht subsumtionsfähig sein.¹⁸³

Dass das TS trotzdem die Bejahung des Billigungsmoments als zweites zu prüfendes Vorsatzelement fordere, dies aber rein faktisch lediglich im Sinne einer Vermutung tue, ohne eine eigenständige Prüfung vorzunehmen, stelle aus rein formaler Sicht einen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung zugunsten des Angeklagten dar.¹⁸⁴

Kritisiert wird außerdem die zusätzliche Heranziehung von Gleichgültigkeitsmomenten bei Anwendung der Vereinigungstheorie. Der Tätersvorsatz könne nicht durch dessen Gefühle, sondern nur durch seine (rationale) Entscheidung hinsichtlich der möglichen Erfolgsherbeiführung zu beurteilen sein. Dies stelle eine unzulässige (gefühlsethische) Gesinnungsbestrafung dar.¹⁸⁵ Alles in allem würden bei der Vorsatzprüfung unzulässigerweise die Charakterzüge des Täters herangezogen. So liege das Ergebnis der Entscheidung im Belieben des Richters. Der Gleichgültige werde als ein gewissenloser Bürger und damit als Vorsatztäter beurteilt.¹⁸⁶

Weiterhin wird darauf aufmerksam gemacht, dass der Täter beim *dolus eventualis* den Erfolg niemals wirklich gewollt haben könnte. Es könne allenfalls nur von einem Billigen der Möglichkeit der Erfolgsverwirklichung und nicht des Erfolgs gesprochen werden.¹⁸⁷

Es wird eingewandt, dass nach der Billigungstheorie ein autoritäres Strafrecht über den Täter und nicht ein demokratisches Strafrecht hinsichtlich des verursachten Erfolgs gelte. Der Vorsatz wer-

¹⁸² Manche meinen, der Wille würde beim *dolus eventualis* bloß vermutet, so *Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut*, Manual de Derecho Penal, PG, S. 340 f.; *dies.*, Curso de Derecho Penal, PG, S. 293 f.

¹⁸³ *Laurenzo Copello*, Dolo y conocimiento, S. 121 ff.

¹⁸⁴ *Laurenzo Copello*, Dolo y conocimiento, S. 123.

¹⁸⁵ *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 179 ff.

¹⁸⁶ *Bustos Ramírez*, RJCat 1984, S. 314 = Control social, S. 240. Weitere Einwände bei *Mir Puig*, Elementos subjetivos, CGPJ 1995, S. 22 f.

¹⁸⁷ *Cerezo Mir*, Curso, II, S. 148.

de ungerechterweise nach dem Charakter des Täters bestimmt, d.h. ob dieser ein guter oder schlechter Bürger ist. Letztlich werde der Vorsatz „autoritär“ zugeschrieben.¹⁸⁸

Allerdings geht die Kritik auch umgekehrt dahin, dass nach der Billigungstheorie ein gewissenhafter Bürger eher vorsätzlich handelt, als ein rechtsuntreuer Bürger.

Es gäbe Tatsituationen, in denen sich eine vom Täter erkannte hohe Gefahr auch im Erfolg realisiert habe, bei denen die Billigungstheorie beim fehlenden ausdrücklichen Billigen der Erfolgserwirklichung durch den Täter, oder jedenfalls der nicht hinreichenden Beweiserbringung hierfür, eben nicht den Vorsatz bejahe, obwohl sich die Verantwortung des Täters hierfür schwer negieren lasse. Sei der Täter ein vorsichtiger und rechtstreuer Bürger, so vertraue er im Allgemeinen nicht unvernünftig auf ein Ausbleiben des Erfolges und werde deshalb wegen Vorsatz bestraft, wenn er trotzdem das Erfolgsrisiko eingeht. In diesem Sinne werde Nachdenken bestraft. Fälle von erkannt extrem gefährlichem Handeln, in denen ein rechtsuntreuer Täter oder ein unkorrigierbarer Optimist unverständlicherweise trotzdem leichtsinnig auf ein Ausbleiben des Erfolges vertraut, würden nach der Billigungstheorie als unvorsätzlich behandelt werden. In diesem Sinne werde „Blauäugigkeit“ privilegiert. Die Anwendung der Billigungstheorie sei so mit einem angemessenen Rechtsgüterschutz nicht vereinbar.¹⁸⁹ In solchen Fällen würde die Hürde zum Vorsatz zu hoch gesetzt werden.¹⁹⁰

Es wird zuletzt von einem weiteren Autor¹⁹¹ im Allgemeinen kritisiert, dass bei der Vorsatzprüfung die psychologischen Vorgänge beim Menschen zu stark vereinfacht würden. Es wird angemerkt, dass die Gerichte lediglich volkstümliche und aus eigener Erfahrung bekannte Psychologie anwenden würden, um zum Ergebnis zu kommen, der Täter habe jenes gewusst und gewollt oder eben nicht. Zur Fortentwicklung der Vorsatzbestimmung dürfe die Rechtswissenschaft allerdings nicht die Türen vor anderen Wissenschaften verschließen. Neben dem Fachbereich der Psychiatrie (der zumeist bei Schuldfragen von der Justiz zu Rate gezogen wird) sollte auch der

¹⁸⁸ *Gimbernat Ordeig*, Estudios de Derecho Penal, S. 253; *Bustos Ramírez*, Política criminal, RJCat 1984, S. 312 ff. = Control social, S. 238 ff., *ders.*, Manual de derecho penal, PG, S. 288; *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho penal, PG, S. 629 f.; *Sancinetti*, Teoría del delito, S. 172 f.

¹⁸⁹ *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho penal, PG, S. 629 f.; *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), III 3, Ausdruck: S. 7, <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 282 f.

¹⁹⁰ *Ragués i Vallès*, El dolo, S. 75 ff.; *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 171.

¹⁹¹ *Torío López*, Elementos subjetivos, CGPJ 1995, S. 175 f.

der Psychologie bei der Feststellung des Tätervorsatzes - in Grenzfällen mit Hilfe von Sachverständigengutachten - herangezogen werden.

1. Heranziehung des Risiko-/ Gefahrbegriffs innerhalb der Billigungstheorie

Mit der Heranziehung des Risiko- und Gefahrbegriffs im kognitiven Element beabsichtigen viele spanische Autoren näher klarzustellen, worauf sich die Vorstellung des Täters im Genauen beziehen muss. Auf das zusätzliche voluntative Element im Sinne einer Erfolgsbilligung wird dabei nicht verzichtet.

Die Vorstellung des Täters soll sich beim Vorsatz auf das Risiko oder die Gefahr der Erfolgsverwirklichung beziehen und nicht auf die spätere Erfolgsvollendung.

Letztendlich soll deutlich gemacht werden, dass der Täter bei seiner Tathandlung grundsätzlich eine Zukunftsprognose in Bezug auf die Erfolgsvollendung stellt. Es ginge zur relevanten Tatzeit *de facto* nicht um eine psychische Beziehung des Täters zum vollendeten Erfolg, sondern zum Risiko der Erfolgsverwirklichung. Insgesamt ist dieser Begriff eine genauere Bezeichnung für die Möglichkeitsvorstellung des Täters über den Erfolgseintritt, die von den klassischen Anhängern der Billigungstheorie gefordert wird. Allerdings soll sich nach dieser Sicht auch die Billigung auf das Risiko der Erfolgsverwirklichung beziehen.¹⁹²

Es wird geltend gemacht, dass ein Wissen gerade nur hinsichtlich der Vergangenheit und der Gegenwart, nicht aber hinsichtlich der Zukunft möglich sei. Letztere ließe sich lediglich kalkulieren oder vorhersehen. Damit ginge es im Hinblick auf den tatbestandlichen Erfolg nur um eine Täterprognose. Mit dem gegenwärtig vorhandenen Informationsmaterial bewerte der Täter, ob der an sich unerwünschte Erfolg eintreten wird. Folglich handele es sich gerade auch bei den Verletzungsdelikten in Wirklichkeit um ein Risikowissen des Täters bezüglich des später eventuell eintretenden Erfolgs.¹⁹³

¹⁹² *Mir Puig*, Derecho penal, PG, Lección 10, Rn. 102, S. 263 f.; *ders.*, Función, S. 76 ff.

¹⁹³ Genauso *Corcoy Bidasolo*, El delito imprudente, S. 268; *Silva Sánchez*, Aproximación, S. 401 f. Im gleichen Sinne auch die bekannte Rapsölenentscheidung, STS vom 23.4.92 (RJ 1992, 6783) = Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial (Sonderband), S. 69-306, Madrid 1992, Auszüge des Urteils in deutscher Übersetzung: NSTZ 1994, S. 37 ff.

Von den Kritikern wird gegen das Abstellen auf die Kenntnis des Risikos der Erfolgsverwirklichung eingewendet, dass sich bei Erfolgsdelikten der Vorsatz auf den Erfolg beziehen müsse und insoweit ein Gefährvorsatz nicht ausreichend sei. Ansonsten käme es zu einer Vermischung zwischen Verletzungs- und Gefährungsdelikten mit der Konsequenz, dass jeder Gefährungsvorsatz gleichzeitig einen Tatentschluss hinsichtlich des jeweiligen Erfolgsdelikts darstellen würde und so der Gefährungsvorsatz seinen eigenständigen Inhalt verlöre.¹⁹⁴

a) Die Auffassung von *Mir Puig*

Der spanische Autor *Mir Puig*¹⁹⁵ will den Eventualvorsatz bejahen, beim Wissen des Täters von der „konkreten Fähigkeit“ (*Span.*: „*concreta capacidad*“) seines Verhaltens den Erfolg - bei einem über das Maß des Erlaubten hinausgehenden Risiko - zu verwirklichen.

Das Wissen des Täters von der Gefahr wird hierbei nicht etwa wie bei der Wahrscheinlichkeitstheorie nach einem bestimmten vorgestellten Wahrscheinlichkeitsgrad der Erfolgsverursachung bestimmt, sondern es wird gefragt, ob der Täter, der sich die Möglichkeit des Deliktseintritts vorstellt, auch wirklich glaubt, dass sich in seinem Fall auch diese Möglichkeit verwirklicht oder andererseits dies ausschließt. Der Täter glaube an eine an sich unerwünschte Erfolgsverursachung, wenn er die Wahrscheinlichkeit hierfür ernst nehme. Hierbei zähle eben nicht das bloße Bewusstsein von einer statistischen Wahrscheinlichkeit, sondern die konkrete Prognose des Täters, was in seinem Fall eintreten kann.¹⁹⁶ Es sei möglich, dass der Täter, trotz einer statistischen Gefahr, die in seiner Aktion liege, eben in seinem konkreten Fall von einem Ausbleiben des Deliktes überzeugt sei. Jene Überzeugung könne sich aus objektiven Elementen der Tatsituation herleiten lassen, die diese verständlich machen und ihren Beweis vereinfachen würde. Zum Beispiel in der Möglichkeit des Täters oder einer anderen Person die Gefahr zu kontrollieren. Aber

¹⁹⁴ *Muñoz Conde/ García Arán*, Derecho penal, PG, S. 304; *Maqueda Abreu*, ADPCP 1995, S. 432 ff.; *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 58 ff.

¹⁹⁵ *Mir Puig*, Derecho penal, PG, Lección 10, Rn. 100 ff., S. 262 ff.; *ders.*, Elementos subjetivos, CGPJ 1995, S. 32, 34 f.; *ders.*, Función, S. 76 ff.

¹⁹⁶ In der spanischen Rechtsprechung reicht dagegen grundsätzlich der Beweis aus, dass dem Täter eine hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts bewusst war, um annehmen zu können, dass dieser nicht die Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen hat: so, STS vom 3.5.82 (RJ 1982, 2625), welches eine Brücke (Vereinigungstheorie) zwischen der Billigungs- und Wahrscheinlichkeitstheorie zieht. Von *Luzón Peña*, Derecho Penal de la Circulación, S. 165 = RDCir 1986, S. 321, wird dies dahingehend kritisiert, dass es in solchen Fällen auch möglich sein kann, dass der Täter eben doch auf ein Ausbleiben der Erfolgsverwirklichung vertraut. Genauso könne umgekehrt bei einer bloßen Möglichkeitsvorstellung der Erfolg akzeptiert werden.

auch bei irrationalen Motiven und unfundiertem Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolgs, wie beim Aberglauben, sei nach dem Autor der Vorsatz zu verneinen. Allerdings könne der Richter hier grundsätzlich nicht davon ausgehen, dass diese Einlassung des Angeklagten zutreffend ist. Nur falls sonstige Beweise vorlägen, die das Vertrauen des Täters auf ein Ausbleiben bestätigten, könne das Vorliegen einer wahrheitswidrigen Schutzbehauptung ausgeschlossen werden.¹⁹⁷

Diese Möglichkeit der Koexistenz vom Bewusstsein der statistischen Gefahr und dem Glauben, dass sich die Gefahr nicht verwirklichen werde, sei, was das Institut der bewussten Fahrlässigkeit begründe.¹⁹⁸

Zusätzlich, so der Autor, sei es richtig auch einen „Willen“ bzw. ein „Akzeptieren“ zu verlangen (deswegen handelt es sich hier insgesamt um einen kognitiv-voluntativen Ansatz). Hierfür sei ein „sich-Abfinden-mit“ ausreichend, das nicht soviel fordere wie ein Wünschen, Verfolgen, Zustimmung oder Billigen mit Wohlgefallen. Diese Form des (juristischen) Wollens läge allerdings notwendigerweise immer bei demjenigen Täter vor, der sich willentlich in Bewegung setzt, d.h. sich entscheidet zu handeln, obwohl er bemerkt, dass seine Handlung genügend gefährlich ist, um den Erfolg zu verwirklichen.¹⁹⁹ Wer die Wahrscheinlichkeit des Deliktseintritts ernst nehme in dem Sinn, dass er diese nicht ausschließe, müsse notwendigerweise die besagte Wahrscheinlichkeit akzeptieren, wenn er sich dafür entscheide, die gefährliche Handlung zu begehen. Das Akzeptieren werde durch das willentliche Handeln des Täters, ohne dass dieser die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts ausschließt, impliziert. Was hier aus dem Bewusstsein der Wahrscheinlichkeit folge, ergäbe sich in gleicher Weise beim *dolus directus* 2. Grades aus dem sicheren Wissen des Täters von der Nebenfolge, aus welchem allgemein auch auf ein Akzeptieren bezüglich der Nebenfolge geschlossen wird.

Wie bereits erwähnt, soll sich das Akzeptieren des Täters auf die konkrete Wahrscheinlichkeit, dass sich die Gefahr realisiert, beziehen. Hierzu heißt es: „Das Akzeptieren der konkreten Wahrscheinlichkeit, dass sich die Gefahr realisiert, ist für den *dolus eventualis* notwendig, wie gesagt,

¹⁹⁷ *Mir Puig*, Derecho penal, Lección 10, Rn. 100, S. 262 f.

¹⁹⁸ *Corcoy Bidasolo*, ADPCP 1985, S. 970 f. = in: *Comentarios*, S. 54 ff.; *dies.*, El delito imprudente, S. 282 ff.; *dies.*, ADPCP 1996, S. 304 ff., sprechen in diesen Fällen von einem Kalkulationsirrtum des Täters. Ein solcher Irrtum des Täters bei der bewussten Fahrlässigkeit soll das entscheidende Abgrenzungskriterium zum *dolus eventualis* sein.

Dem folgend in Puerto Rico: *Cifredo Cancel*, 63 Rev. Jur., S. 67 f. [Fn. 92] (1994).

¹⁹⁹ Ähnlich in Puerto Rico *Cifredo Cancel*, 63 Rev. Jur., S. 66 (1994), der sich als Anhänger der Wahrscheinlichkeitstheorie bezeichnet und diesbezüglich trotzdem ein solches voluntatives Element fordert.

aber unter der Bedingung, dass - wie es mir korrekt erscheint - nicht das Akzeptieren des deliktischen Erfolgs gefordert wird, sondern nur der Handlung, die fähig ist, diesen zu verwirklichen. [...] Damit die Handlung intersubjektiv zu missbilligen ist und als vorsätzliche Handlung für den Durchschnittsbürger verboten ist, ist es ausreichend, dass sich der Vorsatz auf diese bezieht und insbesondere auf ihre Gefährlichkeit. [...] Die traditionelle Dogmatik, die auf die Verursachung des Erfolgs abstellt, stößt im Gegensatz hierzu auf die Schwierigkeit, dass ein Wollen - Akzeptieren - der als konkret gefährlich erkannten Handlung nicht unbedingt ein Wollen des Erfolgs, der eintreten kann, impliziert. Dies bestätigt, dass es für den Vorsatz ausreichend ist, die verbotene Tathandlung zu wollen, ohne dass es nötig ist, zusätzlich den Erfolg zu akzeptieren.“²⁰⁰

Präsentiert wird von *Mir Puig* der Fall, bei dem der Täter mit der Hoffnung handelt, dass der Erfolg ausbleibt und Gebete hierfür hält, obschon dieser den Erfolgseintritt als wahrscheinlich einstuft und es nicht für möglich hält, auf ein Ausbleiben des Erfolgseintritts vertrauen zu können. Dieser Täter akzeptiere das Risiko und halte die Möglichkeit des Erfolgseintritts nicht auf, auch wenn er inbrünstig hofft, dass dieser nicht eintritt. Ohne Zweifel läge hier *dolus eventualis* beim Täter vor und trotzdem wäre es schwer anzunehmen, dass dieser den Erfolg „wollte“.

Als konkretes Beispiel hierfür wird vom Autor folgendes gebracht: Der Terrorist, der den Auftrag hat eine Bombe in einem Lokal zu installieren, dabei wissend, dass es sehr wahrscheinlich ist, dass sich dort ein Freund aufhält, und letztlich seinen Auftrag durchführt, handelt mit dem Wissen, dass sein Freund bei der Explosion sterben wird, wenn dieser auch wirklich im Lokal ist. Mit allen seinen Kräften wünscht sich zwar der Täter, dass sein Freund nicht im Lokal ist, aber er installiert die Bombe trotzdem. Wenn dieser mit Sicherheit gewusst hätte, dass sein Freund im Lokal ist, hätte er nicht die Bombe installiert, aber wegen der Möglichkeit, dass es vielleicht nicht so ist, handelt er. Der Täter akzeptiere so das hohe Todesrisiko seines Freundes, darauf hoffend, dass es sich nicht verwirklicht, wenn auch wissend, dass die hohe Wahrscheinlichkeit für den Tod des Freundes spricht.

Es bestehe hier kein Zweifel, dass der Täter mit *dolus eventualis* gehandelt hat, wenn der Freund stirbt, und - dessen ungeachtet - wäre es schwer zu behaupten, dass der Terrorist den Tod seines Freundes im natürlichen Sinne wollte oder sich mit diesem abgefunden hat.

²⁰⁰ *Mir Puig*, Derecho penal, PG, Lección 10, Rn. 102, S. 263 f.; *ders.*, Función, S. 76 ff.

b) Die Auffassung von *Díaz Pita*

In ähnlicher Weise (kein Verzicht auf das Willenselement) will *Díaz Pita*²⁰¹ die Vorsatzprüfung in drei notwendigen Schritten vornehmen: 1. Objektives Vorliegen einer nahen und konkreten Gefahr einer Rechtsgutsverletzung, 2. kognitives richtiges Erfassen des Täters von dieser Situation in voller Breite und Bedeutung, 3. voluntative Entscheidung des Täters gegen das Rechtsgut, die vorliege, wenn das eigentliche Tatziel über jenes gestellt wird und trotz der Gefahrvorstellung auf die Handlungsausführung nicht verzichtet wird.

Es wird jedoch zugegeben, dass letzteres Willenselement²⁰² schwierig zu beweisen ist, da sich die Entscheidung allein in der Psyche des Täters abspiele.

Doch gelte dies genauso für das volle kognitive Erfassen der Erfolgsgefahr. Hier müsste mit externen Indikatoren gearbeitet werden. Entscheidend hierfür sei die Erfolgsverhinderungsmöglichkeit des Täters, d.h. die richtige Einschätzung des Täters hierüber.

Die Autorin stellt weiterhin klar, dass der bedingte Vorsatz entfallen soll, wenn erwiesen ist, dass der Täter trotz des objektiv vorliegenden konkreten Gefahrpotentials irrtümlich davon ausging, der Erfolg werde nicht eintreten. In letzter Instanz erkenne der Täter hierfür lediglich eine abstrakte und nicht konkrete Gefahr.²⁰³

2. Anwendung von Kriterien der Vernunft innerhalb der Billigungstheorie

Um der Kritik der Privilegierung des „blinden“ Optimisten zu entgehen, fordern immer mehr Autoren in der neueren Rechtslehre, dass bei einem irrationalen Vertrauen des Täters auf ein Ausbleiben des Erfolgs der Vorsatz trotzdem bestehen bleiben soll. Die Anhänger dieser modifizierten Billigungstheorie (zum Teil auch als „beschränkte“ Billigungstheorie bezeichnet) gehen in den Fällen des irrationalen Vertrauens auf ein Ausbleiben des Erfolgs zur Vorsatzbejahung von

²⁰¹ *Díaz Pita*, *El dolo eventual*, S. 249 ff., 309, 321.

²⁰² Es wird zum Teil gegen *Díaz Pita* geltend gemacht, dass - trotz des Beharrens seitens der Autorin auf ein Willenselement - ihre Ansicht wohl eher zu den Vorstellungstheorien gehöre. *Ragués i Vallès*, *El dolo*, S. 118. Der Pueratoricaner *Cifredo Cancel*, 63 *Rev. Jur.*, S. 66 ff. [Fn. 92] (1994), der ähnlicher Auffassung wie *Díaz Pita* ist, bezeichnet sich trotz Forderns des voluntativen Elements im Sinne einer Entscheidung zum Handeln dementsprechend selber als Anhänger der Wahrscheinlichkeitstheorie.

²⁰³ *Díaz Pita*, *El dolo eventual*, S. 259, 321.

einer wie beim *dolus directus* II normativ zuzurechnenden, im Strafprozess nicht beweisbedürftigen, Billigung des Erfolgs aus.²⁰⁴

Im Gegensatz dazu ist nach der klassischen Billigungstheorie der Vorsatz auch dann zu verneinen, wenn der Täter aus der Sicht eines Dritten unvernünftig auf ein Ausbleiben des Erfolgs vertraut hat. Typischer Fall der Unvernunft ist das Vertrauen auf ein Ausbleiben trotz des wesentlich gesetzten hohen Erfolgseintrittsrisikos. Dieser herkömmliche Ansatz liegt in einem stark individuell-psychologischen Vorsatzverständnis begründet. Letztlich soll immer die Einstellung des Täters - so schwer nachvollziehbar diese auch sein mag - entscheidend sein.

Diejenigen, die zusätzlich Kriterien der Vernunft einfließen lassen, begründen dies mit dem Gerechtigkeitsprinzip und dem Gleichheitsgrundsatz. Der Täter müsse objektiv an der Messlatte eines Durchschnittsbürgers beurteilt werden, welcher nun eben bei hoher Gefahr nicht irrational doch noch auf ein Ausbleiben des Erfolgs vertrauen würde. Es soll nicht nachvollziehbar sein, dass ein extrem unvernünftiger Täter nicht wegen Vorsatzes bestraft werden kann, ein Durchschnittstäter in einem vergleichbaren Fall aber doch. Insgesamt sollen die Gründe für die Anwendung der Vernunftskriterien von „teleologischer“ und „kriminal-politischer“ Natur sein. Bei der Vorsatzbestimmung soll in diesen bestimmten Fällen eine „objektiv-normative“ Bewertung erforderlich sein, um auch zu den richtigen Ergebnissen und Strafen zu kommen.²⁰⁵ Das Recht müsse entscheiden, welche inneren Prozesse für die Strafbarkeit relevant seien. Letztendlich werde bei der Fahrlässigkeit in gleicher Weise normativ entschieden, ob der begangene Fehler als vermeidbar einzustufen ist. Vernünftiges Vertrauen in das Ausbleiben des Erfolgs könne nur bestehen, wenn der Täter zumindest minimale Mittel zur Erfolgsvermeidung einsetzt, er wirklich Kontrolle über das Risiko oder nicht ausreichende Kenntnis über die Höhe des Erfolgsverwirklichungsrisikos hat, nicht aber, wenn er - in voller Kenntnis des von ihm gesetzten Risikos - leichtsinnig auf den glücklichen Zufall vertraut, ohne irgendwelche Anhaltspunkte in dieser Hinsicht zu haben.²⁰⁶

²⁰⁴ *Luzón Peña*, PJ 23 (1991), S. 94 = *El dret penal*, S. 190; *ders.*, *Curso de derecho penal*, S. 420, 426 f. („beschränkte Billigungstheorie“); *Rodríguez Montañés*, *Delitos de peligro*, S. 63 f.; *dies.*, in: *Paredes Castañón/Rodríguez Montañés*, *El caso de la colza*, S. 217; *dies.*, *Mir Puig/Luzón Peña*, *Responsabilidad penal*, S. 281 ff.; *Maqueda Abreu*, *ADPCP* 1995, S. 435 ff.; *Doval Pais*, *Delitos*, S. 328 f. Vgl. auch *Queral*, *Elementos subjetivos*, *CGPJ* 1995, S. 42.

²⁰⁵ *Luzón Peña*, *Dolo y dolo eventual*, in *Website der Asociación internacional de derecho penal* (Universidad de Castilla-La Mancha), III, 6., S. 1125 ff., <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/58.pdf> - Stand: 3.3.2006 = in: *Libro homenaje* (Santos), S. 1113, 1125 ff.

²⁰⁶ *Luzón Peña*, *Curso de derecho penal*, S. 426 f.; *Corcoy Bidasolo*, *ADPCP* 1985, S. 973 = in: *Comentarios*, S. 58; *dies.*; *El delito imprudente*, S. 283 f.; *Rodríguez Montañés*, *Delitos de peligro*, S. 62, 64; *Maqueda Abreu*, *ADPCP* 1995, S. 436 f.

Nach diesem Ansatz zählen bei der Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht alle psychischen Impulse des Täters, die dessen Vorstellungsgehalt beeinflussen, sondern nur diejenigen, die auch objektiv als vernünftig gelten, d.h. Fundament haben. Das Willenselement soll restriktiv behandelt werden.

Zum Teil wird dieses normative Kriterium der Vernunft auch wegen des sich immer mehr durchsetzenden Finalismusgedankens und der in Spanien allgemeinen Ablehnung der Vorsatzdoppelstellung in der Tatbestands- und Schuldebene (im Gegensatz zu den meisten Autoren hierzulande, die zusätzlich von einer Vorsatzschuld sprechen) als zulässig angesehen. Danach soll der subjektive Bereich gerade nicht in der (individuellen) Schuldebene angesiedelt werden, sondern im Unrechtstatbestand, wo grundsätzlich das Recht selbst entscheidet, welche Handlungen als strafbar anzusehen sind, ohne Unterschiede zwischen den Normadressaten zu machen.²⁰⁷

Wie gesagt sollen objektive Grenzen des berechtigten Vertrauens beim Täter gezogen werden. Nur wenn das Vertrauen auch als objektiv vernünftig (mit einem Minimum an Fundament oder rationaler Basis) anzusehen ist, könne es als strafrechtlich relevant beurteilt und so der Vorsatz ausgeschlossen werden. Zum Teil wird davon gesprochen, dass eine „ernstlich fundierte Basis vorliegen muss, um die Verletzungsmöglichkeit ausschließen zu können“.²⁰⁸

Im umgekehrten Fall seien blinde, abergläubische oder irrationale Hoffnungen des Täters als unwesentlich einzuordnen, selbst wenn diese subjektiv für den Täter unverständlicherweise zu einem Vertrauen erwachsen.²⁰⁹

Entscheidend für die Abgrenzung zwischen vernünftigem Vertrauen und bloßen Hoffnungen seien im Wesentlichen zwei Punkte: Erstens die Höhe des Grads des vorgestellten Erfolgsrisikos und zweitens dessen Kontrollierbarkeit.²¹⁰

²⁰⁷ *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 64; *Luzón Peña*, Dolo y dolo eventual, in Website der Asociación internacional de derecho penal (Universidad de Castilla-La Mancha), III, 6., S. 1125 ff., <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/58.pdf> - Stand: 3.3.2006 = in: Libro homenaje (Santos), S. 1125 ff.

²⁰⁸ *Doval Pais*, Delitos, S. 328 f. Auch *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 103, spricht von einer „Fundiertheit“ des Vertrauens, die Gefahr kontrollieren und den Erfolg vermeiden zu können.

²⁰⁹ *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 312 f., 321; *Silva Sánchez*, ADPCP 1987, S. 652 (Fn. 22); *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 62 ff.; *dies.*, in: *Paredes Castañón/ Rodríguez Montañés*, El caso de la colza, S. 214 ff.; *Luzón Peña*, Curso de derecho penal, S. 420, 426 f.; *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), III 3, Ausdruck: S. 7 f., <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 283 ff.; STS vom 23.4.92 (RJ 1992, 6783) [Rapsöfall] = Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial (Sonderband), S. 69-306, Madrid 1992, Auszüge des Urteils in deutscher Übersetzung: NSZ 1994, S. 37 ff.

Bei vorgestelltem hochgradig gefährlichen tatbestandlichen Handeln, wie beispielsweise beim Geisterfahren bei regem Verkehr zum Gewinn einer Wette, bei der es keine vernünftige Möglichkeit gebe, das gesetzte Risiko zu kontrollieren, soll es kein vorsatzausschließendes Vertrauen in das Ausbleiben des Erfolgs geben können; dies seien immer Fälle des unbeachtlichen bloßen Hoffens.²¹¹ Derjenige, der den tatbestandlichen Erfolg vor seinen Augen stehen sieht, sei nicht würdig, nur deswegen nicht wegen einer Vorsatztat bestraft zu werden, weil er auf etwas anderes vertraut habe. Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn sich der Täter über die Höhe der effektiven Gefahr aus verständlichen Gründen geirrt hat.

*Luzón Peña*²¹² fordert die normative Grenze des rationalen Vertrauens nicht nur für das vorsatzausschließende Vertrauen, sondern auch für das vorsatzbejahende Wollen. Bei minimalen und niedrigen Erfolgseintrittsmöglichkeiten sei die Tathandlung inadäquat, um den Erfolg herbeizuführen. Beim *dolus directus I* fehle es so an einer authentischen verfolgbaren Absicht, beim *dolus eventualis* an einer authentischen Billigung (bloßer juristisch unbeachtlicher Wunsch oder Gefühl des Täters).

Zur Verteidigung der Anwendung von Vernunftskriterien bei der Vorsatzbestimmung weist *Rodríguez Montañés*²¹³ darauf hin, dass auch beispielsweise beim Rücktrittswillen (bei uns „Freiwilligkeit“)²¹⁴ und bei der Unterscheidung zwischen dem (strafbaren) untauglichen und (straflosen) irrealen Versuch²¹⁵ nicht die innere psychologische Einstellung des Täters entscheidet, sondern das Recht im Sinne einer normativen Wertung. In diesem Sinne dürfe nicht immer nur die Einstellung des Täters maßgebend sein, sondern der Täter müsse sich in Extremfällen, in denen er nicht mehr als rational-vernünftig denkender Mensch angesehen werden kann, an der Messlatte der objektiven Rechtsordnung messen lassen.

²¹⁰ *Luzón Peña*, Curso de derecho penal, S. 426 f.; *Corcoy Bidasolo*, ADPCP 1985, S. 973 = in: Comentarios, S. 58; *dies.*; El delito imprudente, S. 283 f.; *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 62, 64; *Maqueda Abreu*, ADPCP 1995, S. 436 f.

²¹¹ *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 62 ff.; *dies.*, in: Paredes Castañón/ Rodríguez Montañés, El caso de la colza, S. 214 ff.; *Maqueda Abreu*, ADPCP 1995, S. 436 f.; *Corcoy Bidasolo*, El delito imprudente, S. 283 ff.

²¹² *Luzón Peña*, Curso de derecho penal, S. 426; *ders.*, Dolo y dolo eventual, in: Website der Asociación internacional de derecho penal (Universidad de Castilla-La Mancha), I 3 b) 2), III, 6., S. 1113, 1125 ff., <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/58.pdf> - Stand: 3.3.2006 = in: Libro homenaje (Santos), S. 1113, 1125 ff.

²¹³ *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 63; *dies.*, El caso de la colza, in: Paredes Castañón/ Rodríguez Montañés, S. 216.

²¹⁴ Vgl. *Roxin*, Heinitz-FS, 1972, S. 255 ff.; *Eser*, in: Schönke/ Schröder, § 24 Rn. 43 f.; *Muñoz Conde*, Desistimiento voluntario, S. 100 ff.; *Muñoz Conde/ García Aran*, Derecho penal, PG, S. 471 f.

²¹⁵ Vgl. *Farré*, Tentativa, S. 403; *Mir Puig*, Derecho penal, PG, Lección 13, Rn. 81 ff., S. 346 ff.

III. Vereinigungstheorie

Nicht wenige wollen - nicht zuletzt um den Anwendungsbereich der Vorsatzfälle zu begrenzen - mehrere Vorsatzkriterien kumulativ anwenden.

Bedingter Vorsatz soll vorliegen, wenn sich der Täter den Erfolgseintritt als wahrscheinlich (die Möglichkeitsvorstellung soll nicht ausreichen) vorstellt und (ernstlich) mit dem Erfolg rechnet, den Eintritt zulässt, sich hiermit abfindet, das Risiko akzeptiert oder diesem gleichgültig gegenüber steht.²¹⁶

Diese modifizierte Auffassung hat sich aus der von Deutschland kommenden Ernstnahmethorie entwickelt. Ein ernstes Rechnen mit dem Erfolg läge vor, wenn der Täter die besagte Gefahr auch ernst genommen habe, d.h. dass er das Risiko der Erfolgsherbeiführung als relativ gesteigert beurteilt habe.²¹⁷ Wie in der spanischen Rechtsprechung hatte bezüglich des Verständnisses der Ernstnahmethorie zur Bestimmung des *dolus eventualis* das Lehrbuch von *Jescheck*²¹⁸ auch in der Literatur den entscheidenden Einfluss, wonach die Ernstnahme dem kognitiven Bereich zugeordnet wird.

Weiterhin müsse sich der Täter entscheiden, die für ihn wahrscheinliche Tatbestandsverwirklichung zu akzeptieren und trotz weiterhin bestehender Zweifel anzugreifen. Dies sei als ein „sich-Abfinden-mit“ zu umschreiben.²¹⁹

Andererseits läge bewusste Fahrlässigkeit vor, wenn der Täter auf das Ausbleiben des Erfolgs vertraue. Hier habe der Täter nicht mit dem Erfolg gerechnet und diesen so auch nicht als wahrscheinlich vorhergesehen.²²⁰

Habe der Täter bei der Tat keine Gelegenheit oder Zeit gehabt über den vorhersehbaren eventuellen Erfolg nachzudenken oder sei dieser aus irgendeinem anderen Grund im Allgemeinen gedankenlos gewesen, dann fehle auch die subjektive Erfassung der Beziehung zwischen seinem Handeln und dem Erfolg, weshalb er dann auch nicht den Erfolg billigen könnte.²²¹

²¹⁶ Muñoz Conde/ García Arán, *Derecho penal*, PG, S. 304; Arroyo/ Muñoz, *Código Penal*, Art. 1 CP, S. 20; Zugaldía Espinar, ADPCP 1986, S. 420 f.; Quintero Olivares/ Morales Prats/ Prats Canut, *Manual de Derecho Penal*, PG, S. 338 f.; *dies.*, *Curso de Derecho Penal*, PG, S. 292; Sáinz Cantero, *Lecciones*, S. 677 f. In Peru: Hava García, *Anuario número 2003*, S. 144 f. = Website der Universität Freiburg (Schweiz), S. 20, <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/03/Hava.pdf> - Stand: 25.11.2004.

²¹⁷ Zugaldía Espinar, ADPCP 1986, S. 398 f., 420 f.

²¹⁸ Heute *Jescheck/ Weigend*, AT, § 29 III 3 a), S. 299 f.

²¹⁹ Zugaldía Espinar, ADPCP 1986, S. 399.

²²⁰ Arroyo/ Muñoz, *Código Penal*, Art. 1 CP, S. 20.

²²¹ Zugaldía Espinar, ADPCP 1986, S. 421.

Die Modifizierung der Billigungstheorie mit der Wahrscheinlichkeitsvorstellung soll - so die Argumentation der Anhänger der Vereinigungstheorie - verhindern, dass der Wille des Täters „*iuris et de iure*“ bloß richterlich vermutet werde. Das alleinige Abstellen auf das Willensmoment, wie etwa die Billigung des Erfolgs, sei mit großen Beweisschwierigkeiten verbunden. Die weitere Frage nach dem Wahrscheinlichkeitswissen des Täters soll eine Vorsatzunterstellung aus bloßer objektiver Erfolgshaftung verhindern.²²²

Nach der Vereinigungstheorie soll auch die Gleichgültigkeit des Täters im Willensmoment ausreichend sein. Eine Rücksichtslosigkeit, d.h. der fehlende Respekt des Täters gegenüber dem verletzten Rechtsgut, läge beispielsweise anhand der äußeren Umstände bei Geisterfahrern im vollen Verkehr zum Gewinn einer Wette oder in Fällen der Anwendung von Foltermethoden durch Amtspersonen vor, Art. 174 CP (beispielsweise anlässlich einer polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten).²²³ In diesen Fällen sei der Tod der entgegenkommenden Fahrer oder die körperliche Verletzung des Vernommenen nicht wirklich gewollt, jedoch sei das Nichtverlierenwollen der Wette oder das Wissenwollen der Wahrheit um jeden Preis bei der Handlungsausführung bestimmend. Das Handeln, trotz der hohen Wahrscheinlichkeitsvorstellung des unerwünschten Erfolgseintritts, sei, was die Gleichgültigkeit hinsichtlich des Erfolgseintritts begründe. Ansonsten hätten die Täter von der Tat abgelassen.

Gegen die kumulative Anwendung der Wahrscheinlichkeits- und Billigungstheorie (Vereinigungstheorie) wird von Anhängern der reinen Billigungstheorie eingebracht, dass beide Theorien den Vorsatz dogmatisch anders begreifen und sich die Rechtsprechung im Sinne einer einheitlichen und vorhersehbaren Judikatur für eine dieser Theorien entscheiden müsse und nicht geleitet von Pragmatismus auf eine gerechte Entscheidung im Einzelfall bedacht, mal diese oder jene Theorie anwenden dürfe, wie dies immer wieder geschehe.²²⁴ Es könne beispielsweise auch möglich sein, dass der Täter trotz seiner Wahrscheinlichkeitsvorstellung eben doch auf ein Ausblei-

²²² *Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut*, Manual de Derecho Penal, PG, S. 340 f.; *dies.*, Curso de Derecho Penal, PG, S. 293 f.

²²³ *Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut*, Manual de Derecho Penal, PG, S. 338; *dies.*, Curso de Derecho Penal, PG, S. 292. Für eine sichere Indizwirkung der Gleichgültigkeit zur Vorsatzbejahung auch *Muñoz Conde/García Arán*, Derecho penal, PG, S. 304 f.

²²⁴ *Torío López*, Delitos de imprudencia, S. 5189; *Jorge Barreiro*, in: Rodríguez Mourullo/ Jorge Barreiro, Comentarios, Art. 138, S. 392.

ben der Erfolgsverwirklichung vertraut und so den Erfolg nicht gebilligt hat. Genauso könne umgekehrt bei einer bloßen Möglichkeitsvorstellung der Erfolg akzeptiert werden.²²⁵

IV. Rein kognitive Ansätze (Vorstellungstheorien)

Die Vorstellungstheorien, die lediglich ein Wissenselement (intellektuelles Moment) fordern, gewinnen in der spanischen Literatur immer mehr Bedeutung.

Als Kriterium wird unter anderem Art. 14 Abs. 1 CP geltend gemacht, der weitgehend dem § 16 Abs. 1 StGB entspricht. Der gesetzliche Tatbestandsirrtum (Vorsatzausschluss) liege bei einem Wissensdefizit des Täters vor, von einem Willensdefizit sei hier gesetzlich keine Rede.²²⁶

Demgemäß seien bei der Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit lediglich die Kenntnis und der Irrtum entscheidend.²²⁷ Auch würden viele spanische Straftatbestände ausdrücklich das Wissensmoment - wie bei der sexuellen Nötigung Minderjähriger („[...] dabei wissend, dass diese unter 16 Jahre alt ist [...]“) oder beim Diebstahl („[...] von der er weiß, dass diese fremd ist [...]“) - nennen, nicht jedoch das Willensmoment. Gerade bei diesen deskriptiven Tatbestandsmerkmalen sei nicht zu erkennen, was der Täter denn noch zusätzlich gewollt haben sollte.²²⁸ Grundsätzlich sei derjenige, der von seinem tatbestandlichen Risikoverhalten weiß, genügend dahingehend gewarnt sich strafbar zu machen, falls er nicht mit seiner Handlung aufhört. Im umgekehrten Fall sei allein der objektiv irrationale Wunsch des Täters einen tatbestandlichen Erfolg zu verwirkli-

²²⁵ *Luzón Peña*, *Derecho Penal de la Circulación*, S. 165 = RDCir 1986, S. 321, der - als heutiger Anhänger der selbstbezeichneten „beschränkten“ Billigungstheorie - damals noch keine objektive Grenzen des vorsatzausschließenden Vertrauens forderte. In RDCir 1990, S. 102 stellt er allerdings schon den Vorschlag zur Abgrenzung zwischen vernünftigem Vertrauen mit rationaler Basis (Fahrlässigkeit) und bloßen Wünschen auf ein Ausbleiben (Vorsatz) zur Diskussion.

²²⁶ *Feijóo Sánchez*, *El dolo eventual*, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), III 2, 3, Ausdruck: S. 6, <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 278 f.; *Silva Sánchez*, *Aproximación*, S. 402; *ders.*, ADPCP 1987, S. 651 f.; *Bacigalupo Zapater*, *Principios*, S. 225.

²²⁷ *Silva Sánchez*, *Aproximación*, S. 401.

²²⁸ *Silva Sánchez*, *Aproximación*, S. 401 f. (Fn. 390).

Anderer Ansicht ist *Luzón Peña*, *Curso de derecho penal*, S. 413, der meint, dass sich zwar der Täterwille primär auf das eigentliche Tatziel richte, wie beim Diebstahl auf die Wegnahme und die Zueignung, der Täter jedoch beim Wissen von den anderen Tatbestandsmerkmalen deren Vorliegen auch wolle oder zumindest billige.

chen, ohne jegliches Risikowissen einer überhaupt bestehenden tauglichen Tatbestandsverwirklichung, nicht ausreichend, um den Vorsatz zu bejahen.²²⁹

In diesem Sinne ist man der Ansicht, der Wille sei kein Element des Vorsatzes, sondern der willkürlichen Handlung im Rahmen des objektiven Tatbestands, die auch für Fahrlässigkeitstaten vorliegen müsse.²³⁰ Derjenige, der eine willkürliche Handlung (d.h. kein Reflex, Schlafwandeln oder dergleichen) vornehme, wolle diese zumeist auch. Dies soll aber nicht gleichzeitig bedeuten, dass der willkürlich handelnde Täter auch den Erfolg wollte.

Feijóo Sánchez beispielsweise sagt hierzu: „Das Wollenselement erschöpft sich in dem Willen eine bestimmte Handlung zu verwirklichen oder zu unterlassen, trotz einer ausreichenden Kenntnis über das Risiko oder über die konkrete Gefahrensituation für ein bestimmtes Rechtsgut. Das auf den Erfolg oder die Gefahrensituation gerichtete Wollenselement kann insgesamt als ein Indikator für die Existenz des Vorsatzes dienen.“²³¹

Letztlich entscheidend soll damit für die Vorsatzfrage bleiben, ob der Täter eine hinreichende Vorstellung bezüglich des Erfolgs gehabt hat.

Die systematische Stellung des Vorsatzes im Unrechtstatbestand außerhalb der Schuldebene zeige, dass das voluntative Element nicht zum Vorsatz gehöre; nur bei der Schuld fände die Prüfung der subjektiven Vorwerfbarkeit der Tat statt und nur dort würden auch emotional-voluntative Einstellungsmomente des Täters mitentscheiden.²³²

Zuletzt spreche für das alleinige Abstellen auf kognitive Elemente auch die einfachere Beweisbarkeit anhand von äußeren Daten.²³³ Voluntative Einstellungsmomente im Inneren des Täters, die die Anhänger der Willentheorien zusätzlich fordern, seien vom Gericht letztlich schwierig feststellbar.²³⁴

²²⁹ *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), III 3, Ausdruck: S. 6 f., <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 280 f.

²³⁰ *Silva Sánchez*, ADPCP 1987, S. 651; *ders.*, Aproximación, S. 401; *Corcoy Bidasolo*, ADPCP 1996, S. 203; *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), III 7, Ausdruck: S. 12, <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 293; *Cuello Contreras*, El Derecho Penal, PG, S. 507.

²³¹ *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), III 7, Ausdruck: S. 12, <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 293.

²³² *Silva Sánchez*, Aproximación, S. 401 f. (Fn. 390).

²³³ Dies wird auch von *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 27 f., zugegeben.

²³⁴ *Octavio de Toledo y Ubieto/ Huerta Tocildo*, Derecho Penal, PG, S. 134.

1. Möglichkeitstheorie

In der etwas älteren Literatur gibt es einige Stimmen, die zur Vorsatzbejahung nur eine Möglichkeitsvorstellung des Täters forderten. Demzufolge wurde die Existenz einer bewussten Fahrlässigkeit (damals als Fahrlässigkeit mit Vorhersehen bezeichnet) abgelehnt.²³⁵

Hiernach soll der Erfolg, der nach dem Täter nicht eintreten soll (Vertrauen auf ein Ausbleiben), auch nicht als möglich vorhergesehen werden können. Dies seien Fälle der unbewussten Fahrlässigkeit. Die bewusste Fahrlässigkeit dagegen sei ein Wortspiel ohne Sinn. Man könne nicht etwas vorhersehen, was gerade nicht sein soll. Dies sei kontradiktorisch.

So *Carrara*: „Wenn ich voraussehe, dass es morgen nicht regnen wird, ist es evident, dass ich nicht voraussehe, dass es regnen wird.“²³⁶

Diese Schlussfolgerung des Autors ist so zu verstehen, dass das Ereignis des Regnens als die unerwünschte Nebenfolge zu sehen ist. Falls der Täter auf ein Nichtregnen vertraut, soll er den unerwünschten Erfolg des Regnens nicht vorhersehen (auch nicht die Möglichkeit des Regnens!)²³⁷ und deswegen auch keinen Regenschirm mitnehmen.

Dies seien alles Fälle der üblichen (unbewussten) Fahrlässigkeit. In diesen Fällen, in denen der Täter pflichtwidrig auf ein Ausbleiben des Erfolges vertraue, fehle es an einer Vorstellung von der Möglichkeit der Erfolgsverursachung, d.h. dass der Erfolg eintreten kann.²³⁸ Wenn der Autor dies auch nicht näher herausstellt, so muss er aber dahingehend verstanden werden, dass der Täter beim Vertrauen auf ein Ausbleiben, seine Möglichkeitsvorstellung vom Erfolg nicht mehr präsent ist, d.h. dass er diese zur Tatzeit verdrängt hat. Letztlich muss allerdings beachtet werden, dass der Autor damals die bewusste Fahrlässigkeit als Fahrlässigkeit mit Vorhersehen verstanden hat. Ein Vorhersehen kann aber nicht unbedingt mit einer Möglichkeitsvorstellung gleichgesetzt werden.

²³⁵ *Carrara*, Programa, PG, § 70; *Sánchez-Tejerina*, Derecho penal, S. 143 ff.; *ders.*, Código penal, Art. 1, S. 8; *Alimena*, Principios, S. 381 ff.

²³⁶ *Carrara*, Programa., § 70.

²³⁷ Kritisiert wurde diese Schlussfolgerung schon ausdrücklich von *Jiménez de Asúa*, Tratado, V, S. 586; *ders.*, La ley, S. 367, der meinte, dass in diesen Fällen doch zumindest eine Möglichkeitsvorstellung des Täters vorliege und so eine bewusste Fahrlässigkeit in Betracht kommt.

²³⁸ Nach *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), III 11, Ausdruck: S. 18, <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 310 und *Silva Sánchez*, Aproximación, S. 401, macht gerade das pflichtwidrige Nichtvorhersehen des möglichen Erfolgseintritts das Institut der Fahrlässigkeit in Abgrenzung zum Vorsatz aus.

Die allgemeine Kritik an der Möglichkeitstheorie geht von den Anhängern der Willenstheorien dahin, dass alle Fälle der bewussten Fahrlässigkeit kriminalpolitisch bedenklicher Weise in qualifizierter Weise als Vorsatztat bestraft werden würden.²³⁹

Es wird zwar vereinzelt von den Kritikern zugegeben, dass nach den Anhängern der Möglichkeitstheorie bei einem pflichtwidrigen Vertrauen auf ein Ausbleiben des Erfolgs, die Möglichkeitsvorstellung des Täters verneint wird und der Fall der (unbewussten) Fahrlässigkeit vorliegt und so der Anwendungsbereich des Vorsatzes im Ergebnis nicht weiter geht als nach der Billigungstheorie. Allerdings soll dies nicht mehr mit den von den Anhängern der Möglichkeitstheorie selbst aufgestellten intellektuellen Ansätzen vereinbar sein. Beim Vertrauen des Täters auf ein Ausbleiben des Erfolgs werde der Vorsatz nur verneint, um ungerechte Ergebnisse zu vermeiden. Im Grunde würde so hinter vorgehaltener Hand das unverzichtbare voluntative Element doch herangezogen. Auch beim Vertrauen auf den positiven Ausgang soll nämlich die Gefahrvorstellung des Täters bestehen bleiben und lediglich dessen Wille zu verneinen sein.²⁴⁰

Als Beispiel wird der Fall gebracht, bei dem ein Pkw-Fahrer mit hoher Geschwindigkeit im Straßenverkehr fährt oder riskant die Straßenkurven schneidet. Der Verkehrsteilnehmer sehe zwar normalerweise eine Unfallmöglichkeit vorher, vertraue im Regelfall aber auf ein Ausbleiben des Erfolgs und könne deshalb nicht als Vorsatztäter bestraft werden.²⁴¹

In die gleiche Richtung wird von einzelnen Kritikern der Möglichkeitstheorie eingewandt, dass sich alle Menschen bewusst in Risikosphären, wie beispielsweise in der Industrie und im Straßenverkehr, aufhielten und dabei immer von einer möglichen Erfolgsverursachung ausgingen, die sie aber gerade nicht wollten.²⁴²

²³⁹ *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 107 ff., 137, 289 f.; *Maqueda Abreu*, ADPCP 1995, S. 432 ff.; *Corcoy Bidasolo*, ADPCP 1985, S. 972 = in: *Comentarios*, S. 56.

²⁴⁰ *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 58 ff.

²⁴¹ *Muñoz Conde/García Arán*, Derecho penal, PG, S. 303; *Muñoz Conde*, Teoría, S. 77 f. Kriminal-politische Kritik einer zu weiten Vorsatzbestrafung, nämlich auch bzgl. der Fälle der eigentlich bewussten Fahrlässigkeit, übt in Peru, *Hava García*, Anuario número 2003, S. 113, 116 f., 144 = Website der Universität Freiburg (Schweiz), S. 2, 4, 19, <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/03/Hava.pdf> - Stand: 25.11.2004.

²⁴² *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 103 f. In Peru: *Hava García*, Anuario número 2003, S. 117 f. = Website der Universität Freiburg (Schweiz), S. 4 f., <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/03/Hava.pdf> - Stand: 25.11.2004.

2. Wahrscheinlichkeitstheorie

Ein Teil der spanischen Literatur ist Anhänger der Wahrscheinlichkeitstheorie.²⁴³

Diese Autoren behaupten, dass sich die Wahrscheinlichkeitstheorie in der spanischen Rechtsprechung immer mehr durchsetzt, auch wenn dies von den Gerichten nicht immer ausdrücklich angemerkt werde.²⁴⁴

Darüber hinaus gibt es seit neuerer Zeit einzelne Stimmen, die behaupten, dass die klassische Billigungstheorie, die eine Billigung des Erfolgs im Sinne einer inneren Einstellung des Täters verlangt, sogar insgesamt als eine heutige Mindermeinung in Spanien gelte.²⁴⁵

Einzig entscheidend soll der Grad der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts sein, den sich der Täter vorstellt. Es wird auch vom Wissen einer bestimmten Gefahr des Erfolgseintritts gesprochen. Es sei irrelevant, ob der Täter mit dem Erfolg einverstanden gewesen ist oder diesen gebilligt hat.²⁴⁶ Die innere emotionale Einstellung des Täters zum Erfolg, seine Zustimmung, Billigung, Nichtbilligung oder Gleichgültigkeit in Bezug auf den hypothetischen Erfolg, sei unbeachtlich. Es zähle nur, dass der Täter handeln wollte, obwohl er die Gefahr, die in seiner Handlung lag, kannte und keine gewichtigen Zweifel an ihrer Verwirklichung hatte.²⁴⁷ Bei der Tatausführung werde der Täter nicht primär mit dem tatbestandlichen Erfolg, sondern eher mit der gefährlichen Situation konfrontiert.²⁴⁸

Vereinzelt wird nichtsdestotrotz gegenüber den Vertretern der Willenstheorien zugegeben, dass kognitive und voluntative Elemente in der Wissenschaft schwierig abzugrenzen und letztere auch in der Wahrscheinlichkeitsvorstellung des Täters enthalten seien. Derjenige, der die hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts kennt und trotzdem weiterhandelt, wolle den Erfolg auch.

²⁴³ *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 1990, S. 421 ff., 428 ff., *ders.*, Estudios de Derecho Penal, S. 254 ff.; *ders.*, Introducción, S. 46; *Octavio de Toledo y Ubieta/Huerta Tocildo*, Derecho Penal, PG, S. 132 ff.

²⁴⁴ *Gimbernat Ordeig*, Estudios de Derecho Penal, S. 240 ff., der bei seiner Anmerkung zu STS vom 2.12.67 (RJ 1967, 5228) die Wahrscheinlichkeitstheorie durch das TS angewandt sieht. In seiner Introducción, S. 46 deutet er in gleicher Weise SSTS vom 28.6.71 (RJ 1971, 3065) und 28.10.71 (RJ 1971, 4373). Aktueller, *ders.*, Ensayos penales, S. 405 ff. = ADPCP 1990, S. 421 ff., wird erwähnt, dass, obwohl die Rechtsprechung sich als Anhänger der Billigungstheorie bezeichne, sie in Wahrheit und in praxi die Wahrscheinlichkeitstheorie anwende. In diesem Sinne auch *Maqueda Abreu*, ADPCP 1995, S. 428. *Gimbernat* deutet in dieser Weise STS vom 28.11.86 [genannt Bultó-Urteil] (RJ 1986, 7841) und das von „Hipercor“ der Audiencia Nacional (AN) 49 vom 14.10.89.

²⁴⁵ *Ramos Tapia*, in: Zugaldía Espinart/ Pérez Alonso, Derecho penal, PG, S. 504.

²⁴⁶ *Gimbernat Ordeig*, Ensayos penales, S. 404 f.

²⁴⁷ *Gimbernat Ordeig*, Estudios de Derecho Penal, S. 251.

²⁴⁸ Vgl. *Gimbernat Ordeig*, Estudios de Derecho Penal, S. 251.

Nichts anderes gelte beim *dolus directus* II, bei dem aber auch die Vertreter der Willentheorien keine gesonderte Prüfung des Willenselements vornehmen würden.²⁴⁹

Auch seien manche Delikte im besonderen Teil berechtigterweise nur bei einer Absicht erfüllt, was letztlich deutlich mache, dass eine dogmatische Unterscheidung zum *dolus eventualis* erfolgen müsse.²⁵⁰

Wenn sich auch die Meinungen darüber spalten, wie hoch der graduell-quantitative Grad sein muss, um den Vorsatz von der Fahrlässigkeit abzugrenzen, so ist man sich - unter Berufung auf die ältere Definition des deutschen Autors *Hellmuth Mayer*²⁵¹ - darüber einig, dass der *dolus eventualis* zu bejahen ist, wenn sich der Täter die Erfolgsherbeiführung als (sehr) wahrscheinlich, d.h. mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit, vorstellt, trotzdem handelt und dabei zulässt, dass der Erfolg eintreten kann. „Wahrscheinlich“ bedeute dabei mehr als bloß möglich, wenn auch weniger als überwiegend wahrscheinlich.²⁵²

Vereinzelte wird auch gesagt, dass ein Wahrscheinlichkeitsgrad für den Täter erreicht werden muss, bei dem er sich sagen müsste, dass der Erfolgseintritt im Ergebnis als wahrscheinlich eingestuft wird.²⁵³

Früher wurde auch teilweise gesagt, dass die notwendige Wahrscheinlichkeitsvorstellung zur Bejahung des Vorsatzes schon dann vorläge, wenn nicht nur das Ja und Nein der Erfolgsverwirklichung vom Täter als gleichermaßen wahrscheinlich eingestuft würde, sondern auch wenn das Ja als etwas weniger wahrscheinlich beurteilt würde.²⁵⁴

Teilweise wird die aus Deutschland kommende Ernstnahmetheorie so verstanden, dass die Ernstnahme des Erfolgs allein dem kognitiven Bereich zugeordnet wird. Deshalb soll es nicht richtig sein, innerhalb der Ernstnahmetheorie zusätzlich auch noch von einem „Sich-Abfinden“ zu spre-

²⁴⁹ *Octavio de Toledo y Ubieto/ Huerta Tocildo*, *Derecho Penal*, PG, S. 132 f.; ähnl. der Italiener *Alimena*, *Principios*, S. 381 ff.

²⁵⁰ *Gimbernat Ordeig*, *Ensayos penales*, S. 412 f.

²⁵¹ *Mayer*, *Strafrecht*, S. 251.

²⁵² *Gimbernat Ordeig*, *ADPCP* 1990, S. 421 ff., 428 ff., *ders.*, *Estudios de Derecho Penal*, S. 254 ff.; *ders.*, *Introducción*, S. 46.

²⁵³ *Octavio de Toledo y Ubieto/ Huerta Tocildo*, *Derecho Penal*, PG, S. 133.

²⁵⁴ *Alimena*, *Principios*, S. 381 f.

chen. Es soll allein auf die Ernstnahme der Verwirklichungsgefahr ankommen.²⁵⁵ Es wird auch betont, dass man den Begriff „Rechnen-mit“ nicht mit einem voluntativen „Herbeiwünschen“ verwechseln dürfe, sondern diesen neutral als eine hinreichende kognitive Wahrscheinlichkeitsvorstellung verstehen sollte.²⁵⁶

Der bekannt übliche Hauptkritikpunkt von den Anhängern der Willenstheorien an der klassischen Wahrscheinlichkeitstheorie ist ihre Unbestimmtheit. Es wird gefragt, ob zur Vorsatzbejahung etwa 20 oder 30 % als Grad an Wahrscheinlichkeit ausreichen sollen. Die Höhe der Wahrscheinlichkeit, so die Kritiker, könne überhaupt nicht prozentual bestimmbar sein; der Täter mache sich im Regelfall über Wahrscheinlichkeitsgrade gar keine Gedanken.²⁵⁷

Außerdem wird eingewandt, dass die Wahrscheinlichkeitstheorie gerade die Fälle der mittleren Wahrscheinlichkeit, die die meisten Schwierigkeiten in der Praxis brächten, nicht lösen würde.²⁵⁸ Weiterhin werden Beispiele gebracht, um die Nachteile der Anwendung der Wahrscheinlichkeitstheorie aufzuzeigen.

Ein Chirurg, der einen Patienten mit überaus hohem Sterberisiko operiert, wolle trotz der Wahrscheinlichkeitsvorstellung schließlich nicht dessen Tod.²⁵⁹

Genauso wenig wolle der Retter seinen Freund verletzen, wenn er auf den Angreifer seines Freundes schießt und es dabei als sehr wahrscheinlich ansieht, auch letzteren zu verletzen.²⁶⁰

a) Vorsatz als Wissen von einer konkreten Gefahr

Seit der bekannten Rapsölentscheidung des TS im Jahre 1992 wird in der jüngeren spanischen Rechtslehre zur Vorsatzbejahung immer mehr nur auf die Kenntnis einer konkreten Gefahr der

²⁵⁵ *Mir Puig*, Elementos subjetivos, CGPJ 1995, S. 29.

²⁵⁶ *Gimbernat Ordeig*, Estudios de Derecho Penal, S. 251 (Fn. 45), als eigentlicher Anhänger der Wahrscheinlichkeitstheorie.

²⁵⁷ *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 97; *Mir Puig*, Derecho penal, PG, Lección 10, Rn. 96, S. 262; *ders.*, Elementos subjetivos, CGPJ 1995, S. 25.

²⁵⁸ *Landecho Velasco/ Molina Blázquez*, Derecho penal, PG, S. 267.

²⁵⁹ Bsp., das oft gegen Wahrscheinlichkeitstheorie gebracht wird, vgl. *Torío López*, Elementos subjetivos, CGPJ 1995, S. 175; *Rodríguez Devesa/ Serrano Gómez*, Derecho penal, PG, S. 467.

²⁶⁰ *Cobo del Rosal/ Vives Antón*, Derecho penal, PG, S. 629.

Erfolgsrealisierung abgestellt.²⁶¹ Auf diese Entwicklung hatte auch die Arbeit des deutschen Autors *Frisch* (Titel: *Vorsatz und Risiko*) aus dem Jahre 1983 großen Einfluss, die auch auf ein Wissen von einem tatbestandsrelevanten Risiko abstellt.²⁶²

Da innerhalb der objektiven Zurechnung mehr als das bloße Kausalwerden verlangt werde, müsse sich das Wissen des Täters eben auch auf das objektive Zurechnungskriterium, d.h. der Setzung der sozial-inadäquaten Gefahr beziehen.²⁶³ Es wird hier von einem Risikowissen im Hinblick auf den Erfolg in Form einer Prognose und nicht einer natürlich-sinnlichen Wahrnehmung gesprochen.²⁶⁴ Das objektive Zurechnungskriterium wird dabei nur genannt, um zu erklären, dass sich der Vorsatz auf eine tatbestandsmäßige Gefahr der Verwirklichung beziehen müsse. Der Erfolg sei zur Tatzeit ein zukünftiges Ereignis.

Für die Vorsatzbejahung soll aber nach allen nicht allein die Kenntnis von der unerlaubten Gefahrsetzung genügen, sondern es muss eine Kenntnis von einer bestimmten Art von Gefahr vorliegen. Ein darüber hinausgehendes voluntatives Element, wie das „Akzeptieren der Gefahr“, soll allerdings nicht erforderlich sein.

Nach den meisten wird als eine solche vorsatzbegründende Gefahr die konkrete Gefahr genannt, im Gegensatz zur abstrakten Gefahr, die dem Bereich der Fahrlässigkeit zugeordnet wird.

Für den Vorsatz sei entscheidend, dass sich der Täter über eine konkrete Gefahrsetzung, die nicht schon allein bei einer unerlaubten Gefahrsetzung bestehe, bewusst werde und trotzdem weiterhandle. In diesem Fall kenne der Täter das tatbestandliche Risiko (mit den Bedingungen, die zur Erfolgsverwirklichung tauglich sind) und sehe so den Erfolg vorher.²⁶⁵ Die Vorstellung von einer konkreten Gefahr sei zu bejahen, wenn der Täter erkenne, dass „die Tatbestandsverwirklichung dem Zufall überlassen wird und dass er genügend getan hat oder noch tun wird, um den anderen

²⁶¹ *Corcoy Bidasolo*, El delito imprudente, S. 268; *dies.*; ADPCP 1996, S. 303 ff.; *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), I ff., Ausdruck: S. 1 ff.,

<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 269 ff.; *Ramos Tapia*, in: Zugaldía Espinar/ Pérez Alonso, Derecho penal, PG, S. 507 f.; *Bacigalupo Zapater*, Lineamientos, S. 82, der als Richter des TS seit der Rapsölentscheidung im Jahre 1992 auf ein zuzügliches voluntatives Element verzichtet; *Laurenzo Copello*, Dolo y conocimiento, S. 250.

²⁶² Wobei *Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, S. 192 ff., *ders.*, Jus 1990, S. 366, zusätzlich fordert, dass der Täter das Risiko seiner Handlung ernst nimmt, für sich von diesem Risiko ausgeht, es in diesem Sinne zu seiner Entscheidungsgrundlage macht.

²⁶³ *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), IV 1/1, Ausdruck: S. 24, <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 324.

²⁶⁴ *Laurenzo Copello*, Dolo y conocimiento, S. 250.

²⁶⁵ *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), IV 1/5, Ausdruck: S. 30 f., <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004.

zu verletzen.²⁶⁶ Wenn allerdings der Täter lediglich eine gewisse Gefährlichkeit seines Handelns erkannt hat, aber irrtümlich glaubt, dass er die Lage unter Kontrolle hat, dann soll nur Fahrlässigkeit vorliegen.²⁶⁷

Es soll für den Vorsatz nicht - wie nach der herkömmlichen Wahrscheinlichkeitstheorie - der vorgestellte Grad der Erfolgsverwirklichung entscheidend sein, sondern ob sich der Täter „die abstrakte Gefahr der Tatausführung vorgestellt hat, was ihn dazu verpflichtete, vorsichtiger zu sein, oder die konkrete Gefahr der Tatausführung, was ihn direkt dazu verpflichtete, den Erfolg nicht zu verwirklichen (wenn sein Verhalten nicht gerechtfertigt ist).“²⁶⁸ Für den Vorsatz muss der Täter Kenntnis von einer konkreten Gefahr haben; Kenntnis von einer abstrakten Gefahr begründet die Fahrlässigkeit.

Es wird unter anderem zur Bestimmung der abstrakten Gefahr (Fahrlässigkeit) angemerkt: „Der Täter stellt sich eine Tathandlung vor, die im Allgemeinen gefährlich ist (abstrakte Gefahr), aber die in diesem konkreten Fall für den Täter nicht so ist, weil er denkt, sie unter Kontrolle zu haben.“²⁶⁹

*Ragués i Vallès*²⁷⁰ gelangt in seiner umfassenden Untersuchung über den Vorsatz zum Ergebnis, dass eine vorsätzliche Handlung dann vorliegt, „wenn der Täter handelt, obwohl er seinem Handeln die konkrete Fähigkeit zuschreibt, einen Straftatbestand zu verwirklichen.“

Der Täter müsse zur Vorsatzbejahung zwei Faktoren erfüllen: 1. Er hat erkannt, dass seine Handlung allgemein dazu geeignet ist, den an sich unerwünschten Erfolg herbeizuführen und 2. der Täter hat erkannt, dass auch in seinem Fall die Möglichkeit besteht, dass der Erfolg eintritt.

Für die praktische und eindeutige Umsetzung der Theorie in der Strafrechtspraxis erarbeitet *Ragués i Vallès* Beweisregeln. Der Autor greift hierfür auf die gesellschaftliche Erfahrung zurück. Hiernach sei zu entscheiden, ob es sich bei der Tathandlung um eine „spezifisch geeignete Verhaltensform“, um gewisse Erfolge zu erzielen, handelt (wie beispielsweise das Schießen auf den sensiblen Bereich des Körpers), oder um „unspezifisches Verhalten“, bei dem nach gesellschaft-

²⁶⁶ *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), III 1, Ausdruck: S. 5, <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004.

²⁶⁷ *Laurenzo Copello*, Dolo y conocimiento, S. 291 ff.

²⁶⁸ *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), IV 1/5, Ausdruck: S. 32, <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S.

338. Ähnlich auch *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 137.

²⁶⁹ *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 111.

²⁷⁰ *Ragués i Vallès*, El dolo, S. 175; *ders.*, GA 2004, S. 257 ff.

licher Wertung nicht unbedingt der unerlaubte Erfolg eintreten muss (wie beispielsweise das Fahren im Straßenverkehr). Nur beim unspezifischen Verhalten könne der Einwand des Angeklagten glaubhaft sein, er habe nicht daran gedacht, dass in seinem Fall der Erfolg eintreten könne.²⁷¹

*Cuello Contreras*²⁷² meint heute ähnlich, es müsse vom Gericht festgestellt werden, ob die Umstände, von denen der Täter bezüglich der tauglichen Erfolgsverwirklichung weiß, als ausreichend gefährlich eingestuft werden können, um wegen Vorsatz bestrafen zu können. Handele es sich nach genereller Erfahrung um eine entfernte Gefahr, läge nur Fahrlässigkeit vor. Für das Tatbestandswissen ist für den Autor darüber hinaus entscheidend, dass der Täter *ante actum* auch wirklich von einer „tauglichen Erfolgsverwirklichung“ ausgegangen ist. Insoweit zeichne sich der bedingte Vorsatz quantitativ durch ein mehr an Wissen - und nicht qualitativ wie andere meinten - von der bewussten Fahrlässigkeit ab.²⁷³ Als Indiz dafür, dass der Täter seine Handlung letztlich als untauglich zur Erfolgsherbeiführung eingestuft hat (Vorsatzausschluss), soll auch dessen betätigter Vermeidewillen (= Einsatz von Gegenfaktoren) gelten. Der Autor ist einer von wenigen in Spanien, die heute noch die Lehre des deutschen Autors *Kaufmann*²⁷⁴, nach der auf die objektive Manifestation des Vermeidewillens abzustellen ist, verteidigen.²⁷⁵ Nach der *Kaufmann'schen* Lehre genügt für den betätigten Vermeidewillen zum Vorsatzausschluss, dass der Täter „seiner eigenen Geschicklichkeit eine reelle Chance einräumt“.²⁷⁶

Nähere Definitionen zur Abgrenzung zwischen einer abstrakten und konkreten Gefahr finden sich nicht. Man kann aber festhalten, dass es auf die Einschätzung des Täters ankommen soll. Geht dieser davon aus, die erkannt gefährliche Lage unter Kontrolle zu haben, dann soll kein Vorsatz bestehen. Denkt er aber, dass das Ausbleiben der Realisierung der erkannt gefährlichen Situation im Erfolg lediglich dem Zufall überlassen ist, dann soll der Vorsatz zu bejahen sein. Hier soll der

²⁷¹ *Ragués i Vallès*, GA 2004, S. 269 f.

²⁷² *Cuello Contreras*, El Derecho Penal, PG, S. 531.

²⁷³ *Cuello Contreras*, El Derecho Penal, PG, S. 521.

²⁷⁴ *Kaufmann*, ZStW 70 (1958), S. 78 ff.

²⁷⁵ *Cuello Contreras*, El Derecho Penal, PG, S. 509 f. (Fn. 409), 517, 529 ff.; *ders.*, ADPCP 1983, S. 96 f.

²⁷⁶ Kritisiert wird die *Kaufmann'sche* Lehre dahingehend, dass es beispielsweise bei einer geringen Risikominde- rung durch Einsetzen von Gegenfaktoren durchaus immer noch möglich ist, dass der Täter das nötige Risikobewusst- sein hat und gegebenenfalls auch immer noch selbst nicht auf das Ausbleiben des Erfolgs vertraut (*Roxin*, AT/I, § 12 Rn. 53 f.; *Rudolphi*, SK, § 16 Rn. 42; *Hassemer*, Kaufmann-GS, 1989, S. 291; *Frisch*, Vorsatz und Risiko, S. 14 f.). Des Weiteren soll nicht einzusehen sein, warum derjenige schlechter stehen soll, der die Chance einer Vermeidebe- mähung gar nicht hat (*Hillenkamp*, Kaufmann-GS, 1989, S. 358 f.; *Engisch*, Untersuchungen, S. 185; *Roxin*, Täter- schaft und Tatherrschaft, S. 188).

Täter vorsatzbegründende Kenntnis „von einer konkreten Gefahr“ oder „einer tauglichen Erfolgsverwirklichung“ oder „der konkreten Fähigkeit, den Tatbestand zu verwirklichen“, haben.

Das abstrakte Wissen von einer allgemeinen Gefahrsetzung soll - wie gesagt - für den Vorsatz nicht genügend sein. Dies sei, was letztendlich nur die Gefährdungsdelikte unter Strafe stellen, die ansonsten ihre existentielle Rechtfertigung verlören.²⁷⁷ Ein abstraktes, statistisches Risikobewusstsein, wie z.Bsp. das Wissen von der Möglichkeit einer Unfallverursachung beim Fahren im betrunkenen Zustand, soll für die Bejahung des Vorsatzes bezüglich eines Erfolgsdelikts nicht ausreichen.²⁷⁸ Das Wissen von dem Setzen eines allgemein rechtlich missbilligten Risikos soll also nicht genügen. Denn diese Vorstellung des Täters sei auch in den Fällen der bewussten Fahrlässigkeit gegeben, wie im Straßenverkehr beispielsweise das Überfahren eines Stoppschildes oder das Überholen an unübersichtlichen Stellen.²⁷⁹

Bei einem Wegwerfen eines Zigarettenstummels an einem Waldweg sei dem Täter nur dann die konkrete Gefahr (Vorsatz) des Waldbrandes bewusst, wenn dieser wisse, dass auch wirklich in dieser trockenen Zone ein Feuer ausbrechen kann; falls der Täter lediglich weiß, dass Zigarettenstummel Brände im Wald auslösen können, ohne dies für das eigene Verhalten so zu beurteilen, etwa weil er die Zone nicht als trocken genug beurteilt hat, läge bloß Fahrlässigkeit vor.²⁸⁰

Das Wissen von einem allgemeinen Risiko der Tatbestandsverwirklichung könne allenfalls für den Vorsatz bei den abstrakten Gefährdungsdelikten ausreichen. Im Ergebnis sollen so Fälle der nach der herrschenden Ansicht bestehenden bewussten Fahrlässigkeit in Bezug auf Verletzungsdelikte (Möglichkeitseinstellung des Täters bei gleichzeitigem Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolgs) mit einem Gefährdungsvorsatz gleichgesetzt werden können.²⁸¹ Mit dieser Aussage soll

²⁷⁷ Corcoy Bidasolo, ADPCP 1996, S. 308 f.

²⁷⁸ Feijóo Sánchez, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), IV 1/5, Ausdruck: S. 30 ff., <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 338 ff.

²⁷⁹ Hiergegen ist allerdings Rodríguez Montañés, Delitos de peligro, S. 108 ff., 137, als Vertreter der Willentheorie mit objektiven Einschränkungen beim irrationalen Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolges. Die Autorin fordert für die bewusste Fahrlässigkeit, genauso wie beim Vorsatz auf Gefährdungsdelikte, die Vorstellung des Täters von einer konkreten Gefahr von gewisser Intensität und Nähe. Dieser Vorstellungsinhalt bliebe bei der bewussten Fahrlässigkeit bestehen, wenn also der Täter aus vernünftigen Gründen von einem Ausbleiben des Erfolges ausginge. In diesen Fällen sei lediglich das voluntative Element zu verneinen. Dementsprechend werden die Fälle der bewussten Fahrlässigkeit bei Vollendungsdelikten mit dem Vorsatz bei Gefährdungsdelikten gleichgesetzt.

²⁸⁰ Feijóo Sánchez, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), IV 1/5, Ausdruck: S. 31 ff., <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 338 ff.

²⁸¹ Rodríguez Montañés, Delitos de peligro, S. 69 f., 137; Maqueda Abreu, ADPCP 1995, S. 437; Martínez-Buján Pérez, Derecho penal económico, PG, S. 170.

letztendlich klargestellt werden, dass sich das vorsatzbegründende Wissen von einer konkreten Gefahr der Rechtsgutsverletzung von dem Inhalt des schlichten Gefährdungsvorsatzes unterscheidet.²⁸²

Der Verletzungsvorsatz soll notwendigerweise den speziell geregelten Gefährdungsvorsatz enthalten, da letzterer eine Vorstufe zum Verletzungsvorsatz sei.²⁸³

Bei den Gefährdungsdelikten (es wird hier nicht näher zwischen abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikten differenziert) soll sich das Wissen bei der Tathandlung nur auf das Risiko der Setzung einer Gefahr beziehen.²⁸⁴ Der Täter soll bei den vorsätzlich begangenen Gefährnungsdelikten lediglich ein Wissen von dem konkreten Risiko der Schaffung einer Gefahr haben, was nicht mit dem Wissen von einer konkreten Gefahr bezüglich des Verletzungsdelikts gleichzusetzen sei. Dieses konkrete Möglichkeitswissen von dem Setzen einer Gefahr (Gefährdungsvorsatz) sei nicht ausreichend, um einen Tatentschluss bezüglich des entsprechenden Verletzungsdelikts zu begründen. Es soll möglich sein, dass eine konkrete Gefahr (im Sinne eines Gefährnungsdelikts) geschaffen werde, ohne dass diese eine Vorsatzgefahr bezüglich einer Verletzung darstellen würde.²⁸⁵ Dies sei richtig, allerdings nicht wegen der unterschiedlichen Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts, sondern wegen der Beherrschbarkeit der Gefahr und wegen der bestehenden Möglichkeiten, auf das Ausbleiben des Erfolgs vertrauen zu können. Dabei wird angemerkt, dass beim Wissen von einer Gefährnungsgefahr der Täter auf das Ausbleiben des Verletzungserfolgs vertrauen könne und so der Verletzungsvorsatz zu verneinen sei. Allerdings könne der Täter nicht auf das Ausbleiben der Schaffung der erkannt konkreten Gefährnungsgefahr vertrauen, die eben auch bei einer weitgehend kontrollierten Gefahr bestehen könne. Dementsprechend läge in solchen Fällen der Gefährnungsvorsatz vor.²⁸⁶

²⁸² *Laurenzo Copello*, Dolo y conocimiento, S. 295 ff.

²⁸³ *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 103.

²⁸⁴ *Martínez-Buján Pérez*, Derecho penal económico, PG, S. 171. In der Legaldefinition des Art. 18 Abs. 1 von Brasilien bzgl. des *dolus eventualis* wird auch lediglich auf das Risiko der Tatbestandsverwirklichung abgestellt. Nach der Interpretation des Gesetzestextes soll sich - im Unterschied zum Verletzungsvorsatz - der Gefährnungsvorsatz nicht auf den Erfolg, sondern als Vorstufe auf dessen Gefährnung beziehen. Hier wolle der Täter lediglich die Gefahr der Tatbestandsverwirklichung oder nehme das Risiko, eine solche Gefahr zu setzen, auf sich (*Delmanto*, Código penal, Art. 15, S. 13). Vgl. ähnlich auch die kubanische Legaldefinition in Art. 9 Nr. 2 CP.

²⁸⁵ *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 101 f. So auch Puppe ausdrücklich, in: NK, § 15 Rn. 86.

²⁸⁶ *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 101 f.

Über die Bestimmung des *dolus eventualis* hinausgehend fordern *Bacigalupo Zapater*²⁸⁷ und *Laurenzo Copello*²⁸⁸ für sämtliche Vorsatzarten, also auch für den Absichtsvorsatz, als essentielles Element das Wissen von einer konkreten Gefahr (Einheitsdefinition).

Eine solche konkrete Gefahr bestehe nicht bei einer entfernten Gefahr. In solchen Fällen könne der Täter selbst bei einer Absicht nicht die entscheidende konkrete Gefahrvorstellung haben, genauso wenig wie bei einer hohen Gefahr ein irrationales Vertrauen seine konkrete Gefahrvorstellung im Sinne eines Irrtums ausschließen könne. Bei den dazwischen liegenden Gefahrstufen soll es allein darauf ankommen, ob der Täter die Gefahr als konkret eingeschätzt hat oder ob er auf ein Ausbleiben des Erfolgs vertraut hat.²⁸⁹

Zur Herleitung ihres Gedankengangs (vorsatzbegründende konkrete Gefahr im Gegensatz zur vorsatzausschließenden entfernten, abstrakten Gefahr) behandelt *Laurenzo Copello* in ihrem ausführlichen Werk über den Vorsatz von 1999²⁹⁰ einen historischen Exkurs über *Diego de Covarrubias*.

Schon im 16. Jahrhundert definierte dieser historisch bekannte spanische Strafrechtler, der vielerorts im Ausland als der „Vater“ des *dolus eventualis* bezeichnet wird, den damals als indirekt bezeichneten Vorsatz (*dolus indirectus*) dahingehend, dass auch derjenige Erfolg (indirekt) gewollt sei, der zwar nicht beabsichtigt ist, aber normalerweise aus der Tathandlung hervorgeht. Danach soll auch diejenige Tötungshandlung als Vorsatztat bestraft werden, aus der nach der Allgemeinerfahrung der Tod *per se* und unmittelbar und nicht nur *per accidens* hervorgeht.²⁹¹ Die Erfolge, die lediglich zufällig (*per accidens*) aus der Handlung hervorgegangen sind, könnten niemals - weder direkt noch indirekt - gewollt sein.²⁹²

²⁸⁷ *Bacigalupo Zapater*, Principios, S. 230 f.

²⁸⁸ *Laurenzo Copello*, Dolo y conocimiento, S. 245 f.; *dies.*, El nuevo Código Penal, S. 437 f.

²⁸⁹ *Laurenzo Copello*, Dolo y conocimiento, S. 253, 268 f. *Ramos Tapia*, in: Zugaldía Espinar/ Pérez Alonso, Derecho penal, PG, S. 508, will der Absicht und dem sicheren Wissen des Erfolgseintritts bei der Strafzumessung Bedeutung zukommen lassen. Maßgeblich für den einheitlichen Vorsatz in Abgrenzung zur Fahrlässigkeit sei nur das Vorhersehen des Erfolgs. Trotzdem geht sie nicht so weit wie die anderen und lässt bei den Absichtsfällen auch bei niedrigen Erfolgswahrscheinlichkeiten den Vorsatz bestehen, da der Täter hier weiterhin eine genügende Vorstellung vom Erfolgseintritt gehabt haben soll (S. 511). Auch für einen einheitlich kognitiven Vorsatzbegriff ist *Martínez-Buján Pérez*, Derecho penal económico, PG, S. 170.

²⁹⁰ *Laurenzo Copello*, Dolo y conocimiento, S. 30 ff.

²⁹¹ *Covarrubias*, in: *Pereda*, Covarrubias penalista, S. 28.

²⁹² *Covarrubias*, in: *Pereda*, Covarrubias penalista, S. 30.

Ob der Täter beim *dolus indirectus* auch selbst vorhergesehen hat oder lediglich vorhersehen musste, bleibt unklar.²⁹³ Letztlich entscheidend für den Vorsatz soll aber nach *Covarrubias* sein, dass der Täter nicht von einer überaus gefährlichen Handlung abgesehen hat.

Gegen den *dolus indirectus* wurde schon immer eingewandt, dass allein die Vorhersehbarkeit des Erfolgesintritts, ohne dass der Täter auch wirklich die Gefahr seiner Handlung kognitiv erfasst hat, zur Vorsatzbejahung nicht ausreichen könne. Ohne ein Risikowissen könne der Täter kein Handlungsvermeidemotiv bilden und somit entfele der Grund für die höhere Vorsatzstrafbarkeit. Dies seien in Wirklichkeit die Fälle der unbewussten Fahrlässigkeit.

Allerdings wird heute noch zum Teil zugegeben, dass die älteren Auffassungen um den *dolus indirectus* schwierig zu interpretieren seien. Es wird beispielsweise bezüglich der damaligen Auffassung von *Covarrubias* (*dolus indirectus*) angemerkt, dass hier der Aspekt der allgemeinen Vorhersehbarkeit wohl eher als eine Beweisregel dahingehend verstanden wurde, dass der Täter eben auch tatsächlich den Erfolg vorhergesehen hat.²⁹⁴

b) Anwendung von Kriterien der Vernunft innerhalb der Wahrscheinlichkeitstheorie

Zum Teil wird in der neueren Rechtslehre auch unter den Anhängern der kognitiven Vorsatztheorien explizit herausgestellt, dass der vorsatzbegründende Vorstellungsinhalt bei einem Vertrauen des Täters auf das Ausbleiben der Erfolgsverwirklichung bestehen bleibt, wenn dieses als unvernünftig einzustufen ist. In solchen Fällen stelle sich der Täter trotzdem weiterhin das tatbestandliche konkrete Risiko vor.

Wenn demgegenüber das Vertrauen des Täters ein rationales Fundament hat, befände sich dieser in einem Irrtum, der seine Risikovorstellung bezüglich des Erfolgs in Abweichung zur äußeren Risikorealität beträfe und letztlich seine konkrete Gefahrvorstellung beseitige (Vorsatzausschluss). Der Fahrlässigkeitsvorwurf, der diesem Täter dann gemacht werden könne, sei der, dass er sein Unwissen nicht vermieden hat, obwohl ihm dies zumutbar gewesen sei. Bei Unzumutbarkeit der Irrtumsvermeidung läge letztlich auch keine Fahrlässigkeit vor.

²⁹³ So auch die Meinung von *Pereda*, *Covarrubias penalista*, S. 15, der neben der wörtlichen Darstellung der Aussagen von *Covarrubias* auch versucht eigene Interpretationen vorzunehmen.

²⁹⁴ *Laurenzo Copello*, *Dolo y conocimiento*, S. 35 f.

In die andere Richtung gäbe es beim irrationalen Vertrauen gar keinen Irrtum des Täters; hier habe der Täter weiterhin die nötige Tatbestandsvorstellung, um den Vorsatz bejahen zu können; er wisse, dass er die Gefahr nicht kontrollieren kann.²⁹⁵ Zum Teil wird dies auch dahingehend differenziert, dass der Täter nur dann auf ein Ausbleiben vertrauen könne, wenn er sich über seine reale Fähigkeit zur Abwendung irrt. Dieser Irrtum könne nicht vorliegen, wenn der Täter überhaupt keine Kontrollmaßnahmen trifft, sondern die Erfolgsverwirklichung einfach geschehen lässt.

Mit anderen Worten soll der Bereich der Fahrlässigkeit für die Fälle der „glaubhaften“ irrtümlichen Vorstellung von einer Erfolgsvermeidungsmöglichkeit reserviert bleiben. Dies seien die Fälle, bei denen der Täter wegen seiner Kontrolle, die er über die Tatsituation zu haben glaubt, aus einigermaßen vernünftigen und realistischen Gründen auf ein Ausbleiben der Erfolgsverwirklichung vertraut und letztlich deswegen nicht von einer konkreten, sondern lediglich abstrakten Gefahr ausgeht.²⁹⁶

Wenn der vorliegende Irrtum des Täters also objektiv lediglich als einigermaßen verständlich eingestuft wird, soll nach dem Vorsatzausschluss der Fahrlässigkeitsvorwurf bestehen bleiben. Dieser entfällt nur in Fällen, in denen der Täter gänzlich auf ein Ausbleiben der Erfolgsverwirklichung vertrauen darf.

*Corcoy Bidasolo*²⁹⁷ definiert den bedingten Vorsatz negativ, indem sie die Fahrlässigkeit bestimmt. Nach ihr liegt unter Anwendung des Prinzips der Zumutbarkeit Fahrlässigkeit vor,

1. beim Wissen von der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung (zumeist als bewusste Fahrlässigkeit bezeichnet) und

a) Irrtum über die Vermeidungsfähigkeit bei bestehender Kontrolle über das Risiko oder b) Irrtum über die Höhe des effektiven Risikos bei nicht bestehender Kontrolle über das Risiko;

²⁹⁵ *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), III 3, Ausdruck: S. 7, <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 283; *Laurenzo Copello*, Dolo y conocimiento, S. 304 f.; *Corcoy Bidasolo*, El delito imprudente, S. 285; *Silva Sánchez*, ADPCP 1987, S. 652 (Fn. 22); *Bacigalupo Zapater*, Lineamentos, S. 82; *ders.*, Principios, S. 225 ff. Der chilenische Autor *Cousiño Mac Iver*, Derecho Penal, PG, § 123, S. 725, will das Vertrauen auf seinen „guten Stern“ nicht ausreichen lassen.

²⁹⁶ Vgl. *Maqueda Abreu*, ADPCP 1995, S. 436; *Corcoy Bidasolo*, ADPCP 1985, S. 970 ff. = in: Comentarios, S. 54 ff.; *dies.*; El delito imprudente, S. 282 ff.; *dies.*, ADPCP 1996, S. 304 f. Vereinzelt wird diese Argumentation nur für die Strafzumessung bei der Fahrlässigkeit verwendet, so *Landecho Velasco/ Molina Blázquez*, Derecho penal, PG, S. 268, der die unfundierte Hoffnung auf das Ausbleiben des Erfolgs (Zufall) nur als eine schwerere Form der (bewussten) Fahrlässigkeit beurteilen, da hier eine höhere Rechtsgütergeringschätzung zum Ausdruck komme.

²⁹⁷ *Corcoy Bidasolo*, El delito imprudente, S. 282 ff., 289 f.; *dies.*, Delitos de peligro, S. 117.

2. beim vermeidbaren gänzlichen Nichtwissen von der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung (zumeist als unbewusste Fahrlässigkeit bezeichnet).

Aus Punkt Nr. 1 lässt sich umgekehrt schließen, dass bedingter Vorsatz vorliegen soll, wenn keine Kontrolle über das Tatrisiko besteht und der Täter trotzdem glaubt (ohne irgendwelche Anhaltspunkte), der Erfolg werde nicht eintreten.

Die Anwendung von Kriterien der Vernunft bei der Eventualvorsatzbestimmung stößt bei Anhängern von einem subjektivistischen Vorsatzverständnis, die den Vorsatz ausschließlich über die innere Sphäre des Täters bestimmen, auf Kritik. Es wird darauf hingewiesen, dass der Vorsatz von seiner dogmatischen Einordnung Sache des subjektiven Tatbestands sei, in dem objektive Kriterien nicht zu gelten haben.²⁹⁸ Der Vorsatz dürfe nicht normativiert werden. Ansonsten würde man sich in gefährlicher Weise dem alten *dolus indirectus* annähern, was nicht mehr mit dem Schuldnerfordernis der individuellen Vorwerfbarkeit vereinbar sei. Letztlich entscheidend soll allein der Wille des Täters zum Erfolg sein und nicht die Gefährlichkeit seiner Handlung.²⁹⁹

Der Autor *Ragués i Vallès* als Anhänger der kognitiven Theorie („der Täter handelt, obwohl er seinem Handeln die konkrete Fähigkeit zuschreibt, einen Straftatbestand zu verwirklichen“) spricht sich zwar für die Anwendung von Kriterien der Vernunft bei der Vorsatzbestimmung aus. Allerdings ist für ihn hierfür eine gesetzliche Regelung *de lege ferenda* unerlässlich. Es sei nicht einzusehen, dass im Normalfall der Vorsatz immer subjektiv bestimmt werde und dann auf einmal, in den Fällen des irrationalen Irrglaubens, ohne eine bestimmte gesetzliche Regelung, die subjektiven Kriterien gänzlich beiseite gelassen würden.³⁰⁰

Ragués i Vallès gibt folgendes Beispiel für einen irrationalen Glauben eines „blind“ optimistischen Täters, bei dem der Vorsatz nach den Kriterien der Vernunft bestehen bleiben soll:³⁰¹

„Der Täter überredet einen Freund, ihm einen beträchtlichen Betrag an Geld als Darlehen zu gewähren. Dabei verspricht er, dass er das Geld in ein sehr lukratives Geschäft (die Herstellung von Maschinen) investieren werde, das in Wirklichkeit gar nicht existiert. Tatsächlich will dieser ein Zehntel aller Lotteriescheine kaufen und mit dem Gewinn, den er in unvernünftiger (da statistisch

²⁹⁸ *Mir Puig*, Derecho penal, PG, Lección 10, Rn. 100, S. 262 f.

²⁹⁹ *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 233 ff.; *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 99 ff.; *Bustos Ramírez*, Manual de derecho penal, PG, S. 289.

³⁰⁰ *Ragués i Vallès*, El dolo, S. 107 f.

³⁰¹ *Ragués i Vallès*, El dolo, S. 105.

unwahrscheinlich) Weise glaubt zu erzielen, will er nicht nur das gewährte Darlehen an seinen Freund zurückzahlen, sondern diesen auch hieran beteiligen. Wenn der Täter dann, wie es auch am wahrscheinlichsten ist, das ganze Geld verliert, soll nach dieser Ansicht ein strafbarer vorsätzlicher (auf ein Ausbleiben des Vermögensschadens des getäuschten Freundes durfte der Täter nicht vertrauen) Betrug vorliegen.“

*Ragués i Vallès*³⁰² geht sogar noch weiter und spielt mit dem Gedanken zur Erleichterung der Beweisführung, jenes Kriterium der Vernunft auch im kognitiven Wissenselement des Vorsatzes impliziert zu sehen. Ein Nichtwissen des Täters von einer Erfolgseintrittswahrscheinlichkeit, das anhand der äußeren Daten unverständlich ist, da es jedem hätte einleuchten müssen, soll den Vorsatz genauso wenig ausschließen wie ein unverständliches Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolgs. Demnach soll in diesen Fällen auch das kognitive Wissen normativ zugeschrieben werden, als Ergebnis der Anwendung von „sozialen Zuweisungsregeln der Kenntnis“ auf das tatbestandliche Verhalten.

Genauso soll aber auch zugunsten des Täters der Vorsatzausschluss normativ beurteilt werden können. Es soll nicht sein, dass ein überdurchschnittlicher Pessimist benachteiligt wird. So dürfe bei minimalen unerlaubten Gefahren nicht gleich wegen Vorsatzes bestraft werden, nur weil der Täter davon ausging, dass sein Handeln konkret dazu geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen. Es könne beispielsweise nicht ein überängstlicher Pkw-Fahrer wegen versuchten Totschlags bestraft werden, nur weil er den Abstand zum vorhergehenden Pkw etwas zu wenig einhält und dabei denkt, dass dieses Verhalten dazu geeignet ist - in der konkreten Situation - den Tod des Vordermanns herbeizuführen. Aus Gründen der Vernunft dürfe hier die Tätersvorstellung nicht den Vorsatz begründen.³⁰³

Wie gesagt, soll aber die Anwendung aller Grundsätze der Vernunft einer gesetzlichen Regelung bedürfen. In diesem Sinne wird auch von einer weiteren Autorin³⁰⁴ angemerkt, dass die normative Zuschreibung von Wissen in evidenten Fällen in jedem Fall einer Gesetzesregelung bedürfe, da Art. 14 CP (der wie bei uns der § 16 StGB den Tatbestandsirrtum regelt) bei subjektiver Unkenntnis von Tatbestandsmerkmalen eine Vorsatzbestrafung verhindere.³⁰⁵

³⁰² *Ragués i Vallès*, El dolo, S. 107 f., 275 ff., 352 f.; *ders.*, ADPCP 1996, S. 821 f.

³⁰³ *Ragués i Vallès*, El dolo, S. 170 f.; *ders.*, ADPCP 1996, S. 821 (Fn. 57).

³⁰⁴ *Ramos Tapia*, ZStW 113 (2001), S. 417 f.

³⁰⁵ Nichtsdestotrotz meint *Vives Antón*, Comentarios, I, Art. 10, S. 82 f., dass die inneren Gedanken eines Menschen prinzipiell gar nicht feststellbar seien. Im Grunde ginge es beim Vorsatzbeweis nur um die Deutung des äußeren

V. Weitere Auffassungen

1. Dolus eventualis als Fall der bewussten Fahrlässigkeit

Eine besondere Meinung im spanischen Schrifttum³⁰⁶ negiert die Berechtigung der Existenz eines dolus eventualis mit der Folge der hohen Vorsatzstrafe.

Die Fälle des so genannten dolus eventualis seien genau die Fälle der bewussten Fahrlässigkeit, die als bewusste Fahrlässigkeit im wahrsten Sinne des Wortes bezeichnet wird. Von seiner Struktur habe der dolus eventualis mehr Ähnlichkeit zur bewussten Fahrlässigkeit. Vorsatz hieße Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung. Beim so genannten dolus eventualis fehle sowohl das Wissens- als auch das Wollenselement im Rahmen einer Billigung. Es gebe in diesen Fällen lediglich eine Möglichkeits-/ Wahrscheinlichkeitsvorstellung bezüglich des Erfolgs und ein Nichteinhalten von vorgeschriebenen Vorsichtsmaßnahmen. Dieser Vorstellungsinhalt könne nicht mit dem Wissen von der Erfolgsverwirklichung (dolus directus II) gleichgesetzt werden, bei dem der Täterwille impliziert werden würde. Eine bloße Möglichkeits- oder Wahrscheinlichkeitsvorstellung sei für den bedingten Vorsatz nicht ausreichend, da hier der kriminelle Geist im Unterschied zu den sonstigen Vorsatzarten nicht mit der Tat zum Ausdruck komme, sondern sich dieser lediglich auf ein hypothetisches Geschehen beziehe.

In den Vorsatzfällen wolle der Gesetzgeber Prozesse bestrafen, die auf eine Rechtsgutsbeeinträchtigung gerichtet sind. Hingegen werde bei den fahrlässigen Delikten die Schaffung eines hohen Risikos unter Verletzung der vorgeschriebenen Vorsichtsmaßnahmen bestraft. Letzteres seien gerade die Fälle des dolus eventualis, bei denen bewusst die Vorsichtsmaßnahmen außer Acht gelassen würden.

Die Anhänger der Billigungstheorie bestrafen hier ungerechterweise die Persönlichkeit, die Art der Lebensführung und den Charakter des Täters. So ginge die unerlässliche (neutrale) Verbindung zum objektiven Unrecht verloren. Im Endeffekt werde derjenige als Vorsatztäter bestraft,

Verhaltens. So sei bei einem Maskierten, der in der Nacht die Mauer Richtung Fenster klettert, die Absicht eindeutig, dass er auch dort einsteigen wollte. Dies aus dem Grunde, weil jeder bei einer solchen Tathandlung diese Absicht habe. Im Grunde solle bei eindeutigen Fällen so immer der Vorsatz aus dem äußeren Verhalten zugeschrieben werden können (in re ipsa).

³⁰⁶ *Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée*, Lecciones, S. 70 f., 181 ff., 186 f.; *Bustos Ramírez*, Manual de derecho penal, PG, S. 290 f.; *ders.*, RJC. 1984, S. 314 f., 324 = Control social, S. 240 f., 254; *Bello Landrove*, in: *Jueces para la Democracia*, Nr. 32 (Juli 1998), S. 15 f.; *Rodríguez Muñoz*, Notas de Derecho español, S. 166 ff., 178 ff.; *Labatut Glana*, Derecho penal, S. 165, (die den dolus eventualis als tollkühne=schwere Fahrlässigkeit verstehen); *Ferrer Sama*, Comentarios, S. 33 ff.; *Tasende Calvo*, PJ 43/44 (1996), S. 144. In Peru genauso: *Peña Cabrera*, Derecho penal, S. 336.

der sich innerlich von dem Erfolg distanziert hat und diesen auch nicht wollte. Auch nach den Vorstellungstheorien werde das Vorhandensein einer tatbestandlichen Vorstellung bestraft; derjenige, der unüberlegt und blauäugig handelt, werde unverständlicherweise privilegiert. Damit werde „autoritär, repressiv und moralisch“ der Vorsatz im Einzelfall künstlich vom Richter bestimmt.³⁰⁷ Bei Anwendung der Billigungstheorie durch das Gericht soll es zu austauschbaren Ergebnissen kommen, was mit dem Legalitätsprinzip nicht vereinbar sei.³⁰⁸

Die dargestellte Ansicht hat sich zu einer Zeit entwickelt, als der bedingte Vorsatz nicht ohne weiteres mit den damaligen gesetzlichen Vorsatzbegriffen vereinbar war.

Im früheren Código Penal war hinsichtlich des Vorsatzes im Allgemeinen Teil nur von „Willentlichkeit“ (welche kraft Gesetzes vermutet wurde) und im Besonderen Teil von „Böswilligkeit“ (malicia) und „Absicht“ (intención) die Rede. Im Zuge der Gesetzesreformen ab dem Jahr 1983 ist hierfür der neutralere Begriff „dolo“ (Vorsatz) geschaffen worden.

Die früheren Legalbegriffe zum Vorsatz stellten die niedrige Gesinnung des Täters und die Zielgerichtetheit seiner Aktion in den Vordergrund. Hieraus ließ sich nicht ohne weiteres der dolus eventualis herleiten. Auf jener gesetzlich geregelten Böswilligkeit beruhte auch früher die damals herrschende dolus-malus-Lehre, wonach der böswillig Handelnde eben auch ein aktuelles Unrechtsbewusstsein haben musste.

Da aber heute im CP nicht mehr von „Böswilligkeit“ die Rede ist, hat die Ansicht ihr ursprüngliches Argument verloren. Es wird aber trotzdem weiter an ihr festgehalten, mit dem Argument eines weiterhin fehlenden Willensmoments in Fällen des dolus eventualis.

Die einstigen Begründer der Ansicht³⁰⁹, die niemals auf große Resonanz gestoßen sind, wollten beim dolus eventualis bei der Höhe der Strafe aus ihrer Sicht stringent, den einschlägigen Fahrlässigkeitsstrafrahmen anwenden, da nun mal nach ihrer Sichtweise ein Fall von Fahrlässigkeit vorliegen sollte.

Nach der hier behandelten heutigen Auffassung wird ausdrücklich betont, dass das unzweifelhaft vorliegende Plus an subjektivem Unrecht beim dolus eventualis (dort als „bewusste Fahrlässigkeit im wahrsten Sinne des Wortes“ bezeichnet) gegenüber den Normalfällen der bewussten

³⁰⁷ *Bustos Ramírez*, RJC. 1984, S. 313, 317 = *Control social*, S. 239, 245.

³⁰⁸ *Bello Landrove*, in: *Jueces para la Democracia*, Nr. 32 (Juli 1998), S. 15.

³⁰⁹ *Rodríguez Muñoz*, *Notas de Derecho español*, S. 166 ff., 179 ff.; *Ferrer Sama*, *Comentarios*, S. 33 ff.

Fahrlässigkeit (der Täter vertraue in den Fällen des *dolus eventualis* eben nicht auf ein Ausbleiben des Erfolgs, sondern rechne mit der Rechtsgutsbeeinträchtigung) durch Festsetzung einer höheren Strafe auszugleichen sei. Deswegen soll trotz Einordnung der Fälle in die bewusste Fahrlässigkeit der betreffende Vorsatzstrafrahmen („*quod poenam*“) Anwendung finden, wobei die Höhe der Strafe in der Regel im unteren Bereich anzusetzen sein soll.³¹⁰

Es wird aber ausdrücklich bevorzugt, dass letztlich ein hierfür legislativ zu schaffender erhöhter Fahrlässigkeitsstrafrahmen Anwendung finden soll.³¹¹

Anderes sehe das Strafgesetz nicht vor. Wenn der *dolus eventualis* wirklich eine Vorsatzform darstellen soll, die mit dem Strafrahmen für Vorsatztaten sanktioniert wird, so müsse dies positivrechtlich verankert sein, was eben nicht der Fall sei. Rechtsprechung und Lehre könnten weder Strafgesetze mit Hilfe von unzulässigen Analogien kreieren noch straferschwerende subjektive Tatbestände schaffen.³¹² Bei Zweifeln bezüglich des Vorliegens von Vorsatz oder Fahrlässigkeit müsse nach dem *in-dubio-pro-reo*-Grundsatz zugunsten des Angeklagten von der milderen Fahrlässigkeit ausgegangen werden.³¹³ Es sei nicht gerechtfertigt, zu Lasten des Angeklagten - wie dies zurzeit geschehe - nur aus Beweisschwierigkeiten beim *dolus directus I* wegen bedingten Vorsatzes zu bestrafen.³¹⁴

Die Anhänger der Billigungstheorie kritisieren an dieser Auffassung, dass bei einer Erfolgsbilligung des Täters eine Entscheidung gegen das angegriffene Rechtsgut getroffen wird, was gerade den Vorsatz begründe. Diese Fälle könnten so nicht im Bereich der Fahrlässigkeit angesiedelt werden, bei der es lediglich um die Verletzung von Vorsichtsmaßnahmen ginge. Das Vorliegen einer Entscheidung des Täters gegen das angegriffene Rechtsgut begründe eine größere und vor allem andere Vorwerfbarkeit. Das Vorliegen des voluntativen Elements beim Täter soll einen anderen und schwereren subjektiven Tatvorwurf im Sinne einer Vorsatztat begründen. Solche

³¹⁰ *Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée*, Lecciones, S. 186 f.; *Bustos Ramírez*, Manual de derecho penal, PG, S. 290 f.; *ders.*, RJC. 1984, S. 324 = *Control social*, S. 254; *Bello Landrove*, in: *Jueces para la Democracia*, Nr. 32 (Juli 1998), S. 15 f.

³¹¹ *Bello Landrove*, in: *Jueces para la Democracia*, Nr. 32 (Juli 1998), S. 15 f., fordert *de lege* eine gesetzliche Zwischenstellung des *dolus eventualis* mit mittlerer Strafe zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit und bis dahin provisorisch eine Bestrafung wegen schwerer Fahrlässigkeit bei allen einschlägigen Delikten trotz des in Art. 12 CP festgesetzten geschlossenen Fahrlässigkeitssystems.

³¹² *Bustos Ramírez*, RJC. 1984, S. 324 f. = *Control social*, S. 254 f.

³¹³ *Rodríguez Muñoz*, *Notas de Derecho español*, S. 178 f.; *Bello Landrove*, in: *Jueces para la Democracia*, Nr. 32 (Juli 1998), S. 15 f.

³¹⁴ *Bello Landrove*, in: *Jueces para la Democracia*, Nr. 32 (Juli 1998), S. 15 f.

Fälle als Fälle der bewussten Fahrlässigkeit einzuordnen, verkenne diese dogmatischen Grundsätze.³¹⁵

2. „Recklessness“ als Zwischenform des subjektiven Tatbestands

Eine andere Ansicht³¹⁶ folgt grundsätzlich der Möglichkeitstheorie (es soll auch keine bewusste Fahrlässigkeit geben), will jedoch *de lege ferenda* die Fälle des *dolus eventualis* als Fälle von angloamerikanischer „recklessness“, zu deutsch „Leichtfertigkeit“, im Sinne einer eigenen vom Gesetzgeber zu schaffenden Stufe subjektiven Unrechts begreifen mit dem Ergebnis, dass der Strafraum zwischen dem des Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikts liegen soll. Der subjektive Tatbestand soll so dreigeteilt werden (1. Vorsatz, 2. „Recklessness“, 3. unbewusste Fahrlässigkeit). Diese mittelschwere Sanktionierung sei schuldangemessener für derartige Fälle; die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit würden weitgehend entfallen und nur noch bei der Strafzumessung innerhalb der „recklessness“ Berücksichtigung finden. Der Richter müsste nicht mehr unangemessen niedrige (oder gar keine) Strafen für bewusste Fahrlässigkeitstaten bestimmen oder den Vorsatzbegriff künstlich aushöhlen, um gerechte Urteile zu fällen.

³¹⁵ *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho penal, PG, S. 631 f.; *Zugaldía Espinar*, ADPCP 1986, S. 403; *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 45 f.; *Bacigalupo Zapater*, Principios, S. 248.

³¹⁶ In Spanien findet diese Auffassung nicht zuletzt wegen des vorher diskutierten Infragestellens der Strafbarkeit des *dolus eventualis* als Vorsatztat von (früher) *Rodríguez Muñoz* und *Ferrer Sama* und (heute) *Bustos Ramírez* einige Anhänger, so *Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo*, Comentarios, I, zu Art. 1 Abs. 1, S. 21 f.; *Morales Prats*, in: *Comentarios Quintero Olivares*, zu Art. 12, S. 100. Vgl. auch *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 35 f., 249 ff.; 259, 309, 321; *dies.*, AP I (1995), S. 3 ff., die im Ergebnis die Einführung der „recklessness“ ablehnt. Genauso *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 73; *Feijóo Sánchez*, CPC 62 (1997), S. 347 ff. Der T.S.J. von Venezuela hat in einem neueren Urteil T.S.J. vom 21.12.2000, Nr. 1703, Az. C00-0859, in: Website des Tribunal Supremo de Justicia, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones> - Stand: 8.4.2004 = Website von Ciencias Penales y Criminológicas, <http://www.geocities.com/cienciaspenales/doloev.html> - Stand: 7.6.2004, im Ergebnis ähnlich zwar den *dolus eventualis* bejaht, jedoch auf eine Freiheitsstrafe (8 ½ Jahre), die genau zwischen der des Höchstmaßes der fahrlässigen (5 Jahre) und des Mindestmaßes der vorsätzlichen Tötung (12 Jahre) lag, entschieden. Dabei wurde auch hier das subjektive Unrecht als eine eigenständige Mischform zwischen der Vorsatz- und Fahrlässigkeitstat liegend angesehen. Rein formal wurde aber der Straftatbestand der Vorsatztötung gem. Art. 407 CP bejaht und die niedrigere Strafe u.a. mit Hilfe der Strafmilderungsmöglichkeit des Art. 74 Nr. 4 CP (geringere Schwere der Tat) verteidigt. Das Urteil wird im venezolanischen Schrifttum dahingehend kritisiert, dass das Gericht seine Kompetenz überschritten haben soll und nicht mehr das Gesetz ausgelegt hat, sondern legislativ tätig wurde, so *Chavez Inciarte*, in: Website von monografias.com, Ausdruck: S. 18 ff., 4. Kap. bis Ende, <http://www.monografias.com/trabajos15/dolo-eventual/dolo-eventual.shtml> - Stand: 17.07.2004.

Zur „recklessness“ würden die Fälle vom Wissen von einer konkreten und nicht lediglich abstrakten Gefahr der Tatbestandsverwirklichung zählen. Falls der Täter (irrtümlich) von einer Beherrschbarkeit der Gefahr ausgeht, so richte sich dessen Vorstellungsinhalt lediglich auf eine abstrakte Gefahr und es könne allenfalls wegen (unbewusster) Fahrlässigkeit bestraft werden.

Gegen diese Auffassung, die die Fälle des bedingten Vorsatzes de lege ferenda als eine eigene Stufe subjektiven Unrechts („recklessness“) begreifen will, wird von Anhängern der Billigungstheorie eingewendet, dass hiernach lediglich das Problem der Abgrenzung zwischen dem dolus eventualis und der bewussten Fahrlässigkeit in die Strafzumessung verlagert werde. Denn rein praktisch werde letztendlich unter beidem die „recklessness“ verstanden und eben auch die unterschiedliche Berücksichtigung in der Strafzumessung gefordert. Letztendlich wird darauf aufmerksam gemacht, dass der spanische Gesetzgeber mit seiner Reform im Jahre 1995 dieser Meinung nicht gefolgt ist.³¹⁷

VI. Der dolus eventualis bei der Strafbarkeit des Versuchs

Nach überwiegender Auffassung soll der dolus eventualis auch für den Tatentschluss bei der Strafbarkeit des Versuchs ausreichen.

*Luzón Peña*³¹⁸ weist auf die hierbei nach seiner Auffassung missgückte Formulierung des Versuchs in Art. 16 Nr. 1 CP hin.

Die Vorschrift besagt: „*Es liegt Versuch vor, wenn der Täter unmittelbar nach außen hin mit der Delikttausführung beginnt, dabei alle oder einzelne Tathandlungen ausübt, die den Erfolg verwirklichen sollen, und sich dieser aus Gründen unabhängig vom Willen des Täters trotzdem nicht verwirklicht.*“

³¹⁷ *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 73; *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 35 f., 249 ff.; 259, 309, 321; *dies.*, AP 1 (1995), S. 3 ff., die im Ergebnis die Einführung der „recklessness“ ablehnen. Genauso dagegen jüngst in der spanischen höchstrichterlichen Rechtsprechung, STS vom 11.3.97 (RJ 1997, 1944). Vgl. auch *Feijóo Sánchez*, CPC 62 (1997), S. 347 ff.

³¹⁸ *Luzón Peña*, Curso de derecho penal, S. 428; *ders.*, PJ 23 (1991), S. 89 f. = El dret penal, S. 184, *ders.*, Dolo y dolo eventual, in Website der Asociación internacional de derecho penal (Universidad de Castilla-La Mancha), III, 7., S. 1128 f., <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/58.pdf> - Stand: 3.3.2006 = in: Libro homenaje (Santos), S. 1128 f.

Beim Eventualvorsatz ist allerdings der Eintritt der an sich unerwünschten Nebenfolge nicht vom eigentlichen Tatplan und Willen des Versuchstäters umfasst.

Deshalb wird der *dolus eventualis* beim Versuch weit ausgelegt. Für das „Sollen“ der Erfolgsverwirklichung innerhalb des Versuchstatbestandes genüge auch schon die Billigung des an sich unerwünschten Erfolgseintritts.

*Tamarit Sumalla*³¹⁹ ist einer der wenigen spanischen Autoren, die sich gegen die Strafbarkeit des Versuchs mit *dolus eventualis* aussprechen. Er macht Bedenken hinsichtlich der Vermischung der Versuchsstrafbarkeit bei Erfolgsdelikten mit der Strafbarkeit bei Gefährdungstatbeständen geltend.

³¹⁹ *Tamarit Sumalla*, ADPCP 1992, S. 515 ff.

D) Zusammenfassung Länderbericht Spanien

I. Gesetzestext

Nach den spanischen strafrechtlichen Vorschriften wird lediglich bestimmt, dass für eine Strafbarkeit Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegen muss (Art. 10 CP). Eine Legaldefinition des Vorsatzes findet sich bis auf die Irrtumsregelung in Art. 14 CP nicht. Es gibt auch keine Gesetzesdefinition des *dolus eventualis*. Dieser Begriff ist nicht im spanischen Código Penal zu finden und wird so durch die Rechtsprechung und Lehre näher bestimmt.

Es gibt im besonderen Teil des CP Delikte, die nur mit tollkühner oder bewusster Verachtung, d.h. Rücksichtslosigkeit, begangen werden können oder wo jedenfalls diese Einstellungsmomente einen Qualifikationstatbestand erfüllen. Da hier vom Gesetzgeber die Strafbarkeit mit der einer Vorsatztat mehr oder weniger gleichgesetzt wurde, behaupten viele, dass dies gesetzliche Fälle des *dolus eventualis* seien.

II. Höchstrichterliche Rechtsprechung

Die Entwicklung in der Rechtsprechung des Tribunal Supremo ist mit der bedeutenden Rapsölentscheidung bei den Begehungsdelikten immer mehr von der Billigungstheorie über die Vereinigungstheorie hin zur Wahrscheinlichkeitstheorie gegangen.

Bei den Unterlassungsdelikten wurde schon früher einhellig auf das Willensmoment ausdrücklich verzichtet.

Die Vereinigungstheorie (Wahrscheinlichkeitswissen und Billigung) ist in Spanien aus der deutschen Ernstnahmetheorie hervorgegangen. Man ging nach der eigenen Interpretation in Spanien vermehrt davon aus, dass der Täter den Erfolgseintritt nur ernst genommen haben könnte, wenn er diesen als wahrscheinlich prognostiziert hat. Das „Sich-Abfinden“ mit dem Erfolg, das die Ernstnahmetheorie zusätzlich fordert, wird nach der Vereinigungstheorie mit der Billigung des Erfolgs gleichgesetzt.

Bei Anwendung der Vereinigungstheorie gelangte der 2. Strafsenat des TS mit seiner Rapsölentscheidung zu der Auffassung, dass mit Bejahung des Wahrscheinlichkeitswissens letztendlich das Billigungsmoment auch automatisch zu bejahen ist und die Billigung im Grunde keinen eigenständigen Prüfungsinhalt hat.

Deshalb finden sich in jüngster Zeit immer mehr Entscheidungen³²⁰, die gänzlich auf das Billigungsmoment verzichten und sich der Wahrscheinlichkeitstheorie anschließen. Statt von Wahrscheinlichkeit wird heute zumeist von dem Wissen einer konkreten (ernsten, unmittelbaren, unbeherrschbaren) Gefahr gesprochen.

Mit der Rapsölentscheidung geht auch die neuere Tendenz der spanischen Praxis dahin, ein unverständliches Vertrauen des Täters auf das Ausbleiben des Erfolgs, welches kein ausreichendes rationales Fundament hat, für unbeachtlich zu erklären. Dieses soll im Ergebnis nicht den Vorsatz ausschließen können.

Insoweit werden erstmals seit der Anwendung der klassischen Billigungstheorie auch normative Kriterien zugelassen.

Zuletzt sei nochmals erwähnt, dass das Tribunal Supremo in Bereichen mit erhöhten Unfallgefahren wie Verkehr, Bauwesen, Arbeit, Industrie, Medizin, Sport, Strom usw., bei verursachten Verletzungen oder Todesfolgen erst einmal einen ungewollten Unfall vermutet und in der Regel nicht vom Eventualvorsatz beim Täter ausgeht, sondern eher von (schwerer) Fahrlässigkeit aus tollkühnem Verhalten.

Umgekehrt wird in Fällen des so genannten unerlaubten Tuns (Drogen, Raub, Sprengstoff, Waffen usw.) erst einmal vom bedingten Vorsatz ausgegangen.

III. Lehre

Die Entwicklung in der spanischen Lehre verlief parallel zu der in der Rechtsprechung. Obschon es hier noch eine Vielzahl von Autoren gibt, die an der klassischen Billigungstheorie festhalten,

³²⁰ SSTS vom 11.5.92 (RJ 1992, 3854); 20.2.93 (RJ 1993, 1383); 28.1.94 (RJ 1994, 125); 20.4.94 (1994, 3354); 16.9.94 (RJ 1994, 6961); 5.5.95 (RJ 1995, 3590); 27.1.97 (RJ 1997, 505); 11.3.97 (RJ 1997, 1944); 18.3.97 (RJ 1997, 2523); 15.4.97 (RJ 1997, 2931); 27.6.97 (RJ 1997, 4987); 14.5.99 (RJ 1999, 5392); 21.6.99 (RJ 1999, 5975).

geht auch hier die Entwicklung dahin, dass auf das Willenselement gänzlich verzichtet wird und beim bedingten Vorsatz nur von der Kenntnis einer konkreten Gefahr gesprochen wird.

Dies stellt im Ergebnis eine neue Begriffsbestimmung der Wahrscheinlichkeitstheorie dar. Bei einer ersten, unmittelbaren und unbeherrschbaren Gefahr (= konkrete Gefahr) sei eben auch der Erfolgseintritt wahrscheinlich.

Die Rapsölentscheidung in der Rechtsprechung hat in jüngster Zeit dahingehend maßgeblichen Einfluss auf die Literatur, dass irrationales Vertrauen auf ein Ausbleiben vermehrt als nicht vorsatzausschließend angesehen wird.

In solchen Fällen soll nach den Vertretern des rein intellektuellen Ansatzes kein Irrtum des Täters über das konkrete Risiko der Tatbestandserfüllung vorliegen, sodass der Vorsatz bestehen bleiben soll.

Auch einige Vertreter, die weiter an dem Billigungselement festhalten, lassen diese normativen Einschränkungen neuerdings gelten. Hiernach soll das unvernünftige Vertrauen auf ein Ausbleiben des Erfolgs die Erfolgsbilligung nicht ausschließen.

Zur Argumentation wird der *dolus directus II* herangezogen, bei dem sich wegen der Gewissheit der an sich unerwünschten Erfolgsverwirklichung auch die Vertreter der klassischen Billigungstheorie darüber einig sind, dass Vorsatz vorliegt. Dabei werde in diesen Fällen auch nicht danach gefragt, ob der Täter nicht vielleicht doch (irrational) auf ein Ausbleiben des Erfolgs vertraut hat. Einig ist man sich, dass maßgebendes Kriterium für die Unterscheidung zwischen vernünftigem Vertrauen und unvernünftigen Hoffnungen die Höhe des vorgestellten Erfolgsrisikos und dessen Kontrollierbarkeit sein soll.

Neueste Tendenzen gehen in Spanien vereinzelt soweit, die Definition der Kenntnis einer konkreten Gefahr einheitlich für alle Vorsatzarten (*Absicht, dolus directus II, dolus eventualis*) gelten zu lassen.

Danach soll in Fällen einer niedrigen und entfernten Gefahr selbst dann kein Vorsatz vorliegen, wenn der Täter die Erfolgsherbeiführung beabsichtigt hat. Hier habe der Täter keine Kenntnis von einer konkreten Gefahr gehabt. Irrationale Absichten auf die Erfolgsherbeiführung werden (genauso wie dies nach h.A. für abergläubische und irrealen Absichten gilt) nicht als Fälle des Vorsatzes angesehen.

Genauso wenig wie das irrationale Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolgs den Vorsatz beseitigen könne, könne die irrationale Absicht, den Erfolg zu verwirklichen, nicht den Vorsatz begründen.

Zweiter Abschnitt (Mexiko)

A. Gesetzestext³²¹

Motiv für das Strafgesetzbuch des Bundesdistrikts von Mexiko (Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal [CPF]) von 1871 - geltend für die ganze Republik in allen autonomen mexikanischen Bundesstaaten - war es unter anderem, ein pragmatisches Strafgesetzbuch für das eigene Volk als Ausdruck der Loslösung von der spanischen Herrschaft zu schaffen. Dieses sollte auf die eigenen nationaltypischen Probleme der Kriminalitätsbekämpfung abgestimmt sein. Trotzdem war das mexikanische Strafgesetzbuch *de facto* weitgehend von der klassischen (spanischen) Schule geprägt.

In den einzelnen mexikanischen Bundesstaaten gelten jeweils auch eigene Strafgesetzbücher, die neben dem des Bundesdistrikts (México Distrito Federal [D.F.]), der geographisch weitgehend die Hauptstadt Mexikos (Mexiko Stadt) umfasst, bestehen. Bei Kontradiktion gilt allerdings der CP des Bundesdistrikts.

Im mexikanischen Strafgesetzbuch wird der *dolus eventualis* ausdrücklich definiert.

In Art. 18 CPF nach der Gesetzesfassung vom 29. Januar 2004 heißt es zunächst:

„Deliktische Handlungen und Unterlassungen können nur vorsätzlich und fahrlässig ausgeübt werden.“

Weiterhin wird in Absatz 2 des Art. 18 CPF der Vorsatz nach dem *dolus directus* 1. und 2. Grades und dem *Eventualvorsatz* bestimmt; darüber hinaus wird in Absatz 3 die (bewusste) Fahrlässigkeit legal definiert:

„Es handelt vorsätzlich (dolosamente), wer, wissend von den einschlägigen objektiven Tatbestandsmerkmalen³²² oder den tatbestandlichen Erfolg als möglich vorhersehend, diesen verwirklichen will oder dessen Verwirklichung akzeptiert.“

³²¹ Eine Übersicht über die gesamte gesetzliche Vorsatzentwicklung in Mexiko seit dem Jahr 1851 mit den jeweiligen Gesetzestexten gibt *Díaz-Aranda*, *Dolo*, S. 155 ff.

³²² *González de la Vega*, *El Código Penal*, Art. 9 a. E., kritisiert diese gesetzliche Formulierung. Es sei für den Täter zumeist nicht möglich, alle Tatbestandsmerkmale einer Strafnorm zu kennen. In diesen Fällen sei es ungerecht, eine Ignoranz des Täters bezüglich einzelner Tatbestandsmerkmale diesem zugute kommen zu lassen.

Es handelt fahrlässig (culposamente), wer den tatbestandlichen Erfolg produziert, dabei diesen nicht vorherieht, obwohl dieser vorherzusehen war, oder diesen vorherieht, dabei darauf vertrauend, dass sich dieser nicht ereignet, als Verletzung einer vorgeschriebenen Vorsichtsregel, die es objektiv einzuhalten galt.“

Beim Vertrauen auf ein Ausbleiben des Erfolgs trotz Vorhersehens der Erfolgseintrittsmöglichkeit sieht Art. 18 Abs. 3 CPF damit den Vorsatzausschluss und den Eintritt in die bewusste Fahrlässigkeit vor.

Bei der Vorsatzlegaldefinition in Art. 18 Abs. 2, 3 CPF (Bundesdistrikt) ist augenscheinlich, dass sich der Gesetzgeber an der Billigungstheorie orientiert hat.

Bis zum Jahre 1983/84 stellte Art. 9 CPF a.F. als strafprozessuale Vorschrift innerhalb des materiellen Rechts die grundsätzliche Vermutung für den Vorsatz auf, die nur durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden konnte.³²³

Art. 9 CPF a.F. lautete: „Der Vorsatz wird vermutet, falls nicht das Gegenteil bewiesen ist.“

Wegen Verstoßes gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung zugunsten des Angeklagten, das in Art. 11 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (Declaración Universal de los Derechos Humanos vom 10.12.1948³²⁴) und der mexikanischen Verfassung³²⁵ verankert ist³²⁶, wurde diese Legalvermutung jedoch später abgeschafft.³²⁷

Seitdem gilt auch hier, dass das Gericht dem Täter den Vorsatz vollständig nachzuweisen hat („onus probandi“).

Im Einklang hiermit gilt seit der Reform der mexikanischen Strafprozessordnung (Código Federal de Procedimientos Penales [CFPP]) vom 27.4.1999 gemäß Art. 161 Abs. 1 Nr. III i.V.m. Art. 168 derer, dass die Untersuchungshaft nur richterlich angeordnet werden darf, wenn die Schuld des Beschuldigten wahrscheinlich ist, d.h. die Erfüllung des gesetzlichen objektiven und subjektiven (hier wird ausdrücklich der Vorsatz und die Fahrlässigkeit hervorgehoben) Tatbestands wahrscheinlich ist.

³²³ Wie heute noch in Art. 1 Abs. 2 des chilenischen Strafgesetzbuchs.

³²⁴ UN-Resolution 217 A (III).

³²⁵ Vgl. hierzu *Jiménez Huerta*, Derecho penal mexicano, S. 431 f.

³²⁶ Für Europa ist das In-dubio-pro-reo-Prinzip auch in Art. 6 Abs. 2 EMRK festgeschrieben.

³²⁷ Geänderter Gesetzestext in Diario Oficial de la Federación vom 13.1.84, S. 5, zitiert bei *Díaz-Aranda*, Dolo, S. 162.

Letztlich soll also auch schon für den dringenden Tatverdacht einer Vorsatztat nicht einfach der Vorsatz des Täters vermutet werden können, sondern es müssen hinreichende Anhaltspunkte für diesen bestehen.

Erwähnenswert ist, dass die Vorsatzvermutung des Art. 9 CPF a.F. schon damals nicht für den dort bezeichneten besonderen Vorsatz („dolo específico“) galt. Hierunter werden die besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmale verstanden, die das Delikt ausdrücklich ausmachen, wie beispielsweise die Bereicherungsabsicht beim Betrug oder das Tatbestandsmerkmal „dabei wissend“. Begründet wurde dies damit, dass die einschlägigen Tatbestände im Besonderen Teil mit den besonderen subjektiven Merkmalen die spezielleren Regelungen seien, die die allgemeine Regelung des Art. 9 CPF a.F. verdrängen sollten. Die besonderen subjektiven Merkmale würden gerade das jeweilige spezielle Deliktsunrecht ausmachen und könnten deswegen nicht - wie beispielsweise der Tötungsvorsatz, wo nur ein allgemeiner Vorsatz verlangt wird („dolo genérico“) - vermutet werden.³²⁸

Auch galt die Legalvermutung nicht für die Fahrlässigkeit.³²⁹

B. Höchstrichterliche Rechtsprechung

I. Billigungstheorie

Die Suprema Corte de Justicia de la Nación (S.C.J.N.), als höchste Revisionsinstanz von Mexiko, ist ausdrücklich Anhängerin der Billigungstheorie.

Das in Art. 18 Abs. 2 CPF genannte „Akzeptieren der Erfolgsverwirklichung“ soll so zu verstehen sein, dass der Handelnde das Erfolgsrisiko bewusst auf sich nimmt und den an sich unerwünschten Erfolg billigt.³³⁰

³²⁸ Vgl. *Díaz-Aranda*, Dolo, S. 176 ff. mit zitierten Rechtsprechungsnachweisen; *Jiménez Huerta*, Derecho penal mexicano, S. 432 f.

³²⁹ S.C.J.N. *Semanario Judicial de la Federación*, Bd. CXXX, S. 257 f., 5. Epoche, zitiert bei *López Betancourt*, Imputabilidad y culpabilidad, S. 57.

Für das intellektuelle Moment des Vorsatzes ist nach der Legaldefinition des Art. 18 Abs. 2 CPF (Bundesdistrikt) die Möglichkeitsvorstellung ausreichend. In der mexikanischen Rechtsprechung geht man auch bei Affekttaten grundsätzlich davon aus, dass zwar die psychischen Vorsatzelemente beim Täter erheblich eingeschränkt sind, sie aber dennoch zur Vorsatzbejahung einen ausreichenden Minimalgehalt haben.³³¹

Mit dem Nichtabstandnehmen von einer gefährlichen Handlung für das Leben anderer soll letztendlich die innere Gleichgültigkeit des Täters zum Ausdruck kommen, die die Bestrafung wegen Vorsatzes rechtfertigen soll.

In einer Entscheidung der S.C.J.N.³³² wird der in Art. 18 Abs. 2 CPF geregelte *dolus eventualis* näher erläutert. Es heißt hierzu: „Dieser letzte Aspekt [der Wille, Anm. des Verfassers] konstituiert gewissermaßen das Entscheidende, um die bewusste Fahrlässigkeit vom *dolus eventualis* zu unterscheiden, deshalb, weil in dieser Form von Tatbestandsvorsatz der Handelnde eine Tathandlung oder -unterlassung willentlich begeht, bei der er den Tatbestandserfolg, der von der Strafnorm sanktioniert wird, bewusst als möglich vorhersieht, wenn der Handelnde auch nicht diesen möglichen Erfolg als Ziel seiner Handlung beabsichtigt oder wünscht, nichtsdestotrotz er diesen akzeptiert oder bewusst in diesen einwilligt - das, was das vorher erwähnte voluntative Element ausmacht - so billigt er den wahrscheinlichen Eventualerfolg seiner gewollten Tathandlung oder -unterlassung vor allem dann, wenn es ihm insgesamt gleichgültig ist, ob sich der mögliche Tatbestandserfolg verwirklicht oder nicht, wie es vorkommen kann, wenn der Täter in willentlicher und bewusster Manier eine hoch gefährliche Handlung ausführt, unter Bedingungen und Umständen, die notwendigerweise und unmittelbar ein Risiko der Verwirklichung eines schweren Schadens an der Integrität oder der Existenz von Personen mit sich bringen, bei der evident ohne

³³⁰ S.C.J.N., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Bd. XVIII, August 03, Urteil vom 29.5.03, S. 1739 = Website der Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www.scjn.gob.mx/iusupdate/tesis.asp?Clave=158056> - Stand: 19.3.2004; Bd. II, Dez. 95, Urteil vom 30.8.95, S. 527 = <http://www.scjn.gob.mx/ius/tesis2.asp?NSala=7&NEpoca=5&NClave=203607> - Stand: 19.3.2004; auch dort, Urteil vom 22.11.95, S. 517 = <http://www.scjn.gob.mx/ius/tesis2.asp?NSala=7&NEpoca=5&NClave=203596> - Stand: 19.3.2004.

Mexikanische höchstrichterliche Rspr. ist unter <http://www.scjn.gob.mx/inicial.asp> - Stand: 12.5.2004 zu finden.

³³¹ Vgl. ähnlich S.C.J.N., *Semanario Judicial de la Federación*, Bd. 145-150, 2. Teil, Urteil vom 27.2.81, S. 99, zitiert und aufgeführt bei *Díaz-Aranda*, *Dolo*, S. 168. In der mexikanischen Lehre genauso: *López Betancourt*, *Teoría*, S. 219.

³³² S.C.J.N., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Bd. XVIII, August 03, Urteil vom 29.5.2003, S. 1739 = Website der Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www.scjn.gob.mx/iusupdate/tesis.asp?Clave=158056> - Stand: 19.3.2004.

Notwendigkeit irgendeines direkten Beweises auf eine unmenschliche Gleichgültigkeit oder Verachtung des menschlichen Lebens geschlossen werden kann.“

In einer weiteren Entscheidung³³³ ging es tatsächlich um das bekannte Beispiel des „russischen Rouletts“, bei dem der Täter eine Kugel in seine Revolvertrommel einfügte und diese blind drehte. Bei der einverständlichen Schussabgabe auf die andere Person war dann die Kugel im Lauf; der Schuss endete tödlich für den anderen.

Das Gericht führte allgemein zum *dolus eventualis* aus: „Der *dolus eventualis* oder *indirectus* ist entweder als ein solcher definiert worden, bei dem sich der Täter einen bestimmten Erfolg als möglich vorstellt, aber trotzdem nicht von der Tatausführung Abstand nimmt, die diesbezüglichen Folgen akzeptiert, oder wenn der Täter, ohne dass er seine Tathandlung gerade auf den Erfolg richtet, sich diesen als möglich vorstellt, als zufällig, und wenn er auch diesen nicht auf direkte Weise wünscht, da dieser nicht sein Handlungs- oder Unterlassungsziel ist, so akzeptiert er diesen jedoch und willigt in diesen ein.“

Im entschiedenen Fall war die Tätersvorstellung über die Möglichkeit der Tötung des anderen unproblematisch. Der Täter wusste bei der Schussabgabe, dass die Kugel im Lauf sein und den anderen töten könnte.

Zum Willenselement heißt es: „Es ist unleugbar, dass er den Erfolg nicht wünschte, aber diesen akzeptierte, und sogar könnten wir wagen zu denken, dass er in seinem tiefen Inneren diesen sogar doch gewünscht hat. Denn wenn sich das Geschehen nicht so ereignet hätte, wie es stattfand, hätte es umgekehrt sein können, dass der Beschuldigte verletzt oder getötet wird, eine Hypothese, die definitiv nicht gewünscht, aber deren Verwirklichung möglich war, weil es - je nachdem wie sich das <entgegengesetzte Spiel des russischen Rouletts> entwickelt - unvermeidbar war, dass einer der beiden Partizipanten verletzt werden würde. Es ist nicht möglich, diesen Fall in den Bereich der bewussten Fahrlässigkeit einzuordnen, denn in dieser gibt es keinen Willen hinsichtlich des vorgestellten Erfolgs, der weder gewollt noch akzeptiert wird, im Unterschied zum *dolus eventualis*, bei dem ein Akzeptieren des als möglich oder wahrscheinlich vorhergesehenen Erfolgs besteht. Um zur Fahrlässigkeit zu kommen, ist die Verletzung von Vorsichtsoblie-

³³³ S.C.J.N., *Semanario Judicial de la Federación*, Bd. 217-228, 2. Teil, Urteil vom 3.6.87, S. 24 = Website der Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www.scjn.gob.mx/ius/tesis2.asp?NSala=1&NEpoca=3&NClave=233969> - Stand: 19.3.2004 = Informe, 1987, Segunda Parte, Penal, S. 18, zitiert bei *Reynoso Dávila*, *Teoría general*, S. 232 f.

genheiten notwendig, zu dem das vorsätzliche Handeln völlig fremd ist, in welcher Form er auch immer nach den diversen Einteilungen in der Doktrin vorliegt.“

Letztlich ist in dem Fall das entscheidende Beweisindiz der „poena naturalis“ (ohne dass dieses erwähnt wurde) angewandt worden. Allerdings nicht in dem üblichen Sinne, dass der Vorsatz so (wegen einer drohenden Selbstverletzung des Täters) verneint wird, sondern dass dieser bejaht wird. Schließlich wusste der Täter, dass entweder er oder der andere das Pech haben würde, irgendwann von der Kugel getroffen zu werden. Da der Täter das tödliche Spiel nicht abbrach, konnte man im Normalfall aus seinem natürlichen Überlebensinteresse davon ausgehen, dass dieser gerade nicht auf ein Ausbleiben des Schusses auf das Opfer vertraute. Aus diesem Umstand heraus ist die Auffassung des Gerichts zu verstehen, wenn es in der Urteilsbegründung meint, der Täter hätte sogar den Tod des Opfers im tiefen Inneren gewünscht, obwohl das Gericht letztlich nicht den Absichtsvorsatz prüfte.

Wenn auch die Suprema Corte de Justicia de la Nación immer ausdrücklich das Billigungsmoment betont, zeigt sich bei genauerem Studium der Rechtsprechung, dass oftmals ohne Weiteres von einer gesteigerten Risikovorstellung des Täters auf die „Billigung“ bzw. das „Akzeptieren“ und auch auf die „Gleichgültigkeit“ geschlossen wird.

Das Gericht bejahte beispielsweise schon den Tötungsvorsatz bei einem Autofahrer, dem bei erhöhter Geschwindigkeit die Möglichkeit des tödlichen Überfahrens eines der auf der Straße feiernden Fußballfans bewusst gewesen war. Mit dem zu schnellen Weiterfahren hätte dieser das Tötungsrisiko zugelassen und so auch den Tod des Opfers akzeptiert.³³⁴

Hier wird auch deutlich, dass die S.C.J.N. den bedingten Vorsatz bei schlechthin erhöhten Gefahren, wie im Straßenverkehr, nicht erst einmal (wie in der spanischen Rechtsprechung) einen ungewollten Unfall vermutet, sondern auch hier den allgemeinen Prüfkriterien folgt.

Bei Schüssen an frequentierten Orten mit dem Wissen, dass sich dort Menschen aufhalten, soll wegen des hohen Gefahrpotentials ohne weiteres der Eventualvorsatz zu bejahen sein. Hierzu

³³⁴ S.C.J.N., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Bd. II, Dez. 95, Urteil vom 22.11.95, S. 517 = Website der Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www.scjn.gob.mx/jus/tesis2.asp?NSala=7&NEpoca=5&NClave=203596> - Stand: 19.3.2004, zitiert bei *Díaz-Aranda*, *Dolo*, S. 148.

heißt es in einer Entscheidung³³⁵, bei der in einem Wohnhaus geschossen wurde: „Wenn der aktive Täter eine Schusswaffe trägt, mit dem Willen eine unerlaubte Handlung zu verüben, wie beispielsweise zu erschrecken, einzuschüchtern oder zu verletzen, oder irgendeine andere vergleichbare Handlung, und die Waffe an einem Ort benutzt, von dem der Täter genau weiß, dass dieser bewohnt oder einfach frequentiert ist, liegt es auf der Hand, dass der eingetretene Tod mit *dolus eventualis* herbeigeführt wurde. Denn die sicherste Konsequenz seiner Handlung war die, jemanden zu verletzen oder zu töten, der sich an dem Ort befindet, als normale oder hoch wahrscheinliche Folge. Wenn er nichtsdestotrotz seinen Willen zu schießen realisiert, zeigt er seine Gleichgültigkeit in Bezug auf den letztlich letalen Erfolg, [...]“

In weiteren Urteilen des mexikanischen Kassationsgerichts, in Fällen von unerlaubtem Transportieren von Betäubungsmitteln (Drogenkurier), ging das Gericht sogar soweit, dass die grundsätzliche Vorstellung des Täters, deliktisch zu handeln, als ausreichend angesehen wurde, um den *dolus eventualis* auch hinsichtlich der sichergestellten Rauschgiftart und -menge zu bejahen.

Ein Täter, der zum Transport von Paketen bestellt wird und dem entweder vom Auftraggeber gesagt wird, dass der Dienst unerlaubt ist oder dies jedenfalls für diesen aus der Höhe der Angebotsgeldsumme (bei einem Fall waren dies 150.000,- mexikanische Pesos, was zurzeit mehr als 10.000,- € ausmacht) hervorgehen musste, ohne dass der Auftraggeber konkret sagt, dass Drogen in den Paketen sind, handelt nach der S.C.J.N. trotzdem mit *dolus eventualis* bezüglich des unerlaubten Transportierens von Betäubungsmitteln. Der Täter akzeptiere hier stillschweigend alle möglichen Folgen, die sich ergeben können. Dieser stelle sich einen deliktischen Erfolg vor und gebe trotzdem sein weiteres Tathandeln nicht auf und akzeptiere so letztlich die Folgen seiner Tat.³³⁶

Insgesamt herrscht in der mexikanischen Rechtsprechung eine vermeintliche Sicherheit, was die Bestimmung des Eventualvorsatzes angeht. Zu einer genaueren Erklärung der Begriffe oder zu

³³⁵ S.C.J.N., *Semanario Judicial de la Federación*, Bd. IX-Februar, Urteil vom 2.5.91, S. 195 = Website der Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www.scjn.gob.mx/ius/tesis2.asp?NSala=7&NEpoca=4&NClave=220542> - Stand: 19.3.2004; ähnlich: Bd. 193-198, 2. Teil, Urteil vom 29.5.85, S. 21 = <http://www.scjn.gob.mx/ius/tesis2.asp?NSala=1&NEpoca=3&NClave=234121> - Stand: 19.3.2004, zitiert bei *Díaz-Aranda*, *Dolo*, S. 150.

³³⁶ S.C.J.N., *Semanario Judicial de la Federación*, Bd. XIII-Mai, Urteil vom 10.2.94, S. 444 = Website der Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www.scjn.gob.mx/ius/tesis2.asp?NSala=7&NEpoca=4&NClave=212572> - Stand: 19.3.2004; Bd. 217-228, 2. Teil, Urteil vom 24.6.87, S. 23 = <http://www.scjn.gob.mx/ius/tesis2.asp?NSala=1&NEpoca=3&NClave=233968> - Stand: 19.3.2004.

abweichenden Auffassungen kommt es nicht. Dies ist wohl hauptsächlich auf die Legaldefinition zurückzuführen, die ein unterschiedliches dogmatisches Angehen an das Problem eher verhindert. Es finden sich keine genaueren Erkenntnisse, was unter einer Billigung zu verstehen ist. Die Erfolgsbilligung wird unmittelbar aus der Gleichgültigkeit des Täters gefolgert, ohne einen eigenständigen Inhalt zu haben.

Aufgrund der vermeintlichen Sicherheit der mexikanischen Rechtsprechung bei der Definition des *dolus eventualis* werden in den Entscheidungsgründen der vorgefundenen Urteile oftmals die Ausführungen älterer Entscheidungen mehr oder weniger übernommen. Deshalb ist das in Mexiko vorgefundene Informationsmaterial zum bedingten Vorsatz weniger breit als in Spanien.

II. Vorsatzindizien

Auch nach der mexikanischen Rechtsprechung soll der Beweis des Vorliegens von Tätervorsatz als innere Tatseite auf Tatumständen von vor, gleichzeitig und nach der Tat in dieser Reihenfolge geführt werden. Mit der Tat werde das Innere des Täters nach außen hin manifestiert. Dabei wird von einer mehr oder weniger geradlinigen Indizienbeweissführung von vor der Tat bis danach gesprochen.³³⁷

Weiterhin wird grundsätzlich darauf aufmerksam gemacht, dass selbst wenn der Täter seinen Vorsatz gesteht, sich die Gerichte nicht allein hiermit begnügen sollen, sondern darüber hinaus eigene Feststellungen treffen müssen und die so erzielten Ergebnisse zu einem Gesamtbild zusammenzufügen sind.³³⁸

Die Suprema Corte de Justicia de la Nación stellte in einer Entscheidung³³⁹ heraus, dass die äußeren Verhaltensdaten des Täters, die unmittelbar durch Dritte wahrnehmbar sind, eine Plattform geben sollen, um in die „dunklen Regionen“ seines Inneren vorzudringen. Dabei hob es gleich-

³³⁷ S.C.J.N., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Bd. XVIII, August 03, Urteil vom 29.5.2003, S. 1739 = Website der Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www.scjn.gob.mx/iusupdate/tesis.asp?Clave=158055> - Stand: 19.3.2004.

³³⁸ S.C.J.N., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Bd. III, Urteil vom 16.2.96, S. 477, zitiert bei *Díaz-Aranda*, *Dolo*, S. 182 f.

³³⁹ S.C.J.N., *Semanario Judicial de la Federación*, Bd. 169-174, 2. Teil, Urteil vom 7.4.83, S. 37, zitiert bei *Díaz-Aranda*, *Dolo*, S. 173 f.

zeitig eine vorinstanzliche Entscheidung auf, die beim tödlichen Schuss aus nächster Nähe auf Vorsatz erkannt hatte.

Die Fakten waren so, dass das Opfer aus schlechtem Witz eine Pistole auf den Angeklagten richtete und äußerte: „Ich hab’ dich“, und letzterer unverzüglich seinen Revolver auf diesen wiederum richtete und sagte: „Ich hab’ dich auch“, und sich gleichzeitig der tödliche Schuss löste. Aus der Tatsache des beiderseitigen schlechten Witzes schloss das Gericht, dass der Angeklagte weder mit Verteidigungswillen handelte noch überhaupt einen Willen zur Schussabgabe hatte. Letztlich ginge es lediglich um die Verletzung von Vorsichtsobliegenheiten.

Der Unterschied zum oben erwähnten Fall des „russischen Rouletts“ (Bejahung des bedingten Vorsatzes) ist der, dass dort das Spiel bitterer Ernst war und beide wussten, dass einer von beiden zu Tode kommen musste.

In Fällen von gemeinschaftlichem bewaffnetem Raub stellt das Gericht bei der Beweisfindung für den Vorsatz des nicht selbst schießenden Mittäters im Ergebnis maßgeblich auf das Indiz der Nichtbetätigung des rechtlich zu fordernden Vermeidewillens ab.³⁴⁰ Bei einem so entschiedenen bewaffneten Bandenüberfall³⁴¹ auf ein fremdes Fahrzeug erschoss ein Bandenmitglied mehrere der Autoinsassen, die sich zur Wehr gesetzt hatten. Das passive Bandenmitglied leugnete im Prozess seinen Tötungsvorsatz mit der Begründung, der Schusswaffeneinsatz wäre nicht abgesprochen gewesen. Gleichwohl wurde auch er wegen (gemeinschaftlicher) vorsätzlicher Tötung mit der Begründung verurteilt, dass jener als unmittelbarer Teilnehmer an der Tatsituation den abgegebenen Schuss vorhersehen konnte, der schließlich erst nach einer kurzen Rangelei erfolgte. Hätte dieser die Verletzung des Opfers nicht gewollt, so wäre er zur Verhinderung dieser aktiv eingeschritten und hätte versucht seinen Partner zurückzurufen. So soll er aber die vorhergesehene Verletzung der Autoinsassen stillschweigend akzeptiert haben.

³⁴⁰ S.C.J.N., Semanario Judicial de la Federación, Bd. 133-138, 2. Teil, Urteil vom 8.2.80, S. 73 = Website der Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www.scjn.gob.mx/ius/tesis2.asp?NSala=1&NEpoca=3&NClave=234802> - Stand: 19.3.2004; ähnlich entschieden auch Bd. XIII-Mai, Urteil vom 10.2.94, S. 444 = <http://www.scjn.gob.mx/ius/tesis2.asp?NSala=7&NEpoca=4&NClave=212572> - Stand: 19.3.2004; Bd. 145-150, 2. Teil, Urteil vom 27.4.81, S. 98 = <http://www.scjn.gob.mx/ius/tesis2.asp?NSala=1&NEpoca=3&NClave=234654> - Stand: 19.3.2004; Bd. 217-228, 2. Teil, Urteil vom 23.9.87, S. 22 = <http://www.scjn.gob.mx/ius/tesis2.asp?NSala=1&NEpoca=3&NClave=233967> - Stand: 19.3.2004; Bd. XIII-Juni, Urteil vom 4.3.94, S. 562 = <http://www.scjn.gob.mx/ius/tesis2.asp?NSala=7&NEpoca=4&NClave=212229> - Stand: 19.3.2004.

³⁴¹ S.C.J.N., Semanario Judicial de la Federación, Bd. XIII-Juni, Urteil vom 4.3.94, S. 562 = <http://www.scjn.gob.mx/ius/tesis2.asp?NSala=7&NEpoca=4&NClave=212229> - Stand: 19.3.2004; genauso Informe, 1987, Segunda Parte, Penal, S. 17, zitiert bei *Reynoso Dávila*, Teoría general, S. 233.

Die Frage des nicht zurechenbaren Mittäterexzesses wurde in der Entscheidung nicht ausdrücklich angesprochen. Das Gericht ging davon aus, dass das passive Bandenmitglied genauso den Rauberfolg wollte und letztlich auch mit dem Schusswaffeneinsatz einverstanden gewesen war. Die Wegnahme des Fahrzeugs sollte um jeden Preis erfolgen.

In einer weiteren Entscheidung der S.C.J.N.³⁴² wird in ähnlicher Weise ausgeführt: „Im Fall lag beim Mittäter *dolus eventualis* hinsichtlich der Tötung vor, denn bei der Teilnahme am Raub, der unter Anwendung von Gewalt ausgeübt wurde, bei der der eigentlich Handelnde bewaffnet war, wurde der besagte mögliche Erfolg akzeptiert, indem kein Versuch unternommen wurde, diesen zu vermeiden.“

Genauso heißt es auch in einer weiteren Entscheidung³⁴³: „Folglich hat der Täter den Erfolg, der das neue Delikt ausmacht, stillschweigend akzeptiert, indem er sich nicht gegen die Anwendung von Waffen zur Wehr gesetzt hat, noch etwas von seiner Seite aus getan hat, um diese zu verhindern.“

C. Lehre

I. Billigungstheorie

Auch die mexikanische Literatur³⁴⁴ bezeichnet sich einvernehmlich als Vertreterin der Billigungstheorie.

Das „Akzeptieren“ der Erfolgsverwirklichung sei als eine Billigung des an sich unerwünschten Erfolgs zu verstehen. Fälle des *dolus eventualis* seien diejenigen, bei denen der Täter ein - unbeachtlich ob strafrechtlich relevantes - Hauptziel verfolgt und dabei den eventuellen Eintritt einer

³⁴² S.C.J.N., *Semanario Judicial de la Federación*, Bd. 145-150, 2. Teil, Urteil vom 27.4.81, S. 98 = <http://www.scjn.gob.mx/ius/tesis2.asp?NSala=1&NEpoca=3&NClave=234654> - Stand: 19.3.2004.

³⁴³ S.C.J.N., *Semanario Judicial de la Federación*, Bd. 133-138, 2. Teil, Urteil vom 8.2.80, S. 73 = Website der Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www.scjn.gob.mx/ius/tesis2.asp?NSala=1&NEpoca=3&NClave=234802> - Stand: 19.3.2004.

³⁴⁴ *Pavón Vasconcelos*, *Manual de derecho penal mexicano*, PG, 17. Kap., Nr. 4., S. 486; *Orellana Wiarco*, *Curso de derecho penal*, PG, Kap. XXII, S. 308, 316; *Plascencia Villanueva*, *Teoría del delito*, in: Website der Biblioteca Jurídica Virtual der UNAM Universität, S. 117 f., <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/44/8.pdf> - Stand: 15.11.2004; *López Betancourt*, *Teoría*, S. 215 f.; *Jiménez Huerta*, *Derecho penal mexicano*, S. 428.

ihm an sich unerwünschten, aber trotzdem von ihm gebilligten, strafrechtlich relevanten Nebenfolge vorhersieht.³⁴⁵

Alles in allem - so wird auch hier immer wieder von allen Seiten betont - käme beim Vorliegen dieser Merkmale die innere Gleichgültigkeit des Täters bezüglich des Erfolgs zum Ausdruck, die letztlich die Bestrafung wegen Vorsatzes rechtfertigen soll.

Zum Teil wird - genauso wie in der Rechtsprechung - zur Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit gesagt, dass es nur bei der Fahrlässigkeit hauptsächlich um die Verletzung von Vorsichtsobliegenheiten gehe.

Bei der bewussten Fahrlässigkeit verwerfe der Täter einfachen Gemüts die Gefährisiken und fahre leichtsinnig fort, dabei erwartend, dass der unerwünschte Erfolg ausbleibe. Der Täter setze sich hierbei mehr mit der Möglichkeit auseinander, dass der unerwünschte Erfolg ausbleiben werde, und mit dieser Erwartung, bestärkt durch seinen falsch selbstgezogenen inneren Schluss und dem Nichtbeachten oder Leichtsinns bezüglich der Gegenargumente, handle er. Beispiel hierfür sei etwa ein Vater, der seinen minderjährigen Sohn auf den Weg schickt, wo massiver Straßenverkehr herrscht, damit dieser etwas für ihn am Kiosk kauft. Obwohl er seinen Sohn auf die Gefahren aufmerksam macht, passiert diesem etwas.

Demgegenüber vertraue der Täter beim *dolus eventualis* gerade nicht auf ein Ausbleiben des Erfolgs. Dies sei vor allem in Fällen gegeben, bei denen der Täter den Erfolgseintritt als wahrscheinlich einstuft.³⁴⁶

Zum *dolus directus II* wird anderweitig gesagt, dass man dort - genauso wenig wie beim *dolus eventualis* - das Wollenselement nicht mit den Wünschen oder Beweggründen des Täters gleichsetzen könne.³⁴⁷ Der Wille soll sich vielmehr aus der notwendigen Verknüpfung zur angestrebten Hauptfolge ergeben. Derjenige, der schwimmen wolle, könne nicht sagen, dass er sich trotzdem nicht nass machen wolle.³⁴⁸

³⁴⁵ Vgl. beispielsweise *Villalobos*, *Derecho penal mexicano*, PG, S. 304 f.

³⁴⁶ *Villalobos*, *Derecho penal mexicano*, PG, S. 305.

³⁴⁷ *Díaz-Aranda*, *Legislación*, in: Website der Biblioteca Jurídica Virtual der UNAM Universität, S. 957, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/117/12.pdf> - Stand: 10.5.2004.

³⁴⁸ *Jiménez Huerta*, *Derecho penal mexicano*, S. 427.

Die bekannte Kritik an der Möglichkeitstheorie geht auch in Mexiko dahin, dass alle Fälle der bewussten Fahrlässigkeit kriminalpolitisch bedenklicher Weise in qualifizierter Weise als Vorsatztat bestraft werden würden.³⁴⁹

In Bezug auf die Wahrscheinlichkeitstheorie wird die angebliche Unbestimmtheit kritisiert. Die Wahrscheinlichkeit könne überhaupt nicht prozentual messbar sein; der Täter mache sich im Regelfall über Wahrscheinlichkeitsgrade gar keine Gedanken.³⁵⁰

II. Anwendung von Kriterien der Vernunft

Einzelne neue Tendenzen gehen in der mexikanischen Literatur dahin, das Willenselement des Vorsatzes beim *dolus eventualis* neu zu bestimmen, ohne dieses jedoch aufzugeben. Eine normative Bestimmung soll zusätzlich erforderlich sein, damit es nicht von der inneren Einstellung und Hoffnung des Täters abhängt, ob der Vorsatz mit der Folge der höheren Strafe zu bejahen sei.

Díaz-Aranda verlangt zur Vorsatzbestimmung maßgeblich ein hinreichendes Täterwissen von dem Erfolgseintritt. Es wird vorgeschlagen bei der Beweisführung zu hinterfragen, ob eine Durchschnittsperson in der Lage des Täters *ex ante* den Erfolg als wahrscheinlich erkannt hätte. Bei einer Bejahung dessen soll der Vorsatz und die Billigung zu bejahen sein. Hierzu sagt der Autor wörtlich: „Um den Vorsatz des Täters zu bestimmen, muss man sich an die Stelle des Täters vor Tatausführung denken und sich ein Urteil über die Wahrscheinlichkeit der möglichen Erfolgsverwirklichungen bilden. Dieses Urteil oder Vorhersage wird von normativem Wissen unterstützt. Das Resultat entscheidet dann, ob der Täter mit Vorsatz gehandelt hat oder nicht. Man muss dementsprechend keine volle Gewissheit haben, dass der Täter den tatbestandlichen Erfolg erreichen wollte.“³⁵¹

³⁴⁹ *Díaz-Aranda*, Dolo, S. 150.

³⁵⁰ *Díaz-Aranda*, Dolo, S. 152, der aber auf eine zu prüfende Wahrscheinlichkeitsvorstellung eines Durchschnittstäters in der Lage des Täters abstellt.

³⁵¹ *Díaz-Aranda*, Dolo, S. 221. Siehe auch: *ders.*, Derecho penal, PG, Kap. IV, II., 3., C., S. 288 f. Einen ähnlichen Vorschlag macht auch der Peruaner *Mazuelos Coello*, Anuario número 2003, S. 165 ff., 183 = Website der Universität Freiburg (Schweiz), Ausdruck: S. 10 ff., 13, <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/03/Mazuelos.pdf> - Stand: 17.7.2004. Nach ihm soll das Vertrauen des Angeklagten auf ein Ausbleiben des Erfolgs schwierig zu beweisen sein und letztendlich nur zur richterlichen Willkür führen. Der *dolus eventualis* sei mit der bewussten Fahrlässigkeit

In Bezug auf die Heranziehung des Gleichgültigkeitsmoments innerhalb der Billigungstheorie oder auch allgemein bei der Vorsatzbestimmung wendet der Autor ein, dass eine Gleichgültigkeit des Erfolgseintritts auch bei Fahrlässigkeitstätern vorliegen könne.³⁵²

*Altamirano Dueñas*³⁵³ verzichtet genauso wenig auf eine voluntative Entscheidung des Täters gegen das Rechtsgut. Doch sagt er weiter: „Der Vorsatz muss als Verwirklichung des Täterplans verstanden werden und ein Erfolg kann als vorsätzlich begangen gewertet werden, wenn der besagte Erfolg - objektiv gewertet - genau den Plan des Täters erfüllt. Deswegen liegt die fundamentale Unterscheidung, die die vorsätzlichen von den fahrlässigen Taten abgrenzt, in dem Beweis, ob sich der Täter (dabei sind seine Gefühle, seine inneren Einstellungen und seine Hoffnungen gleichgültig) für die Tatbestandsverwirklichung entschieden hat (er handelt weiter) oder nicht (er handelt nicht weiter). Wenn der Täter wegen der Möglichkeit der Verwirklichung von der Tat ablässt, erfüllt das Strafrecht seine präventive Funktion; wenn sich andererseits aber der Täter dafür entscheidet weiterzuhandeln, ist seine Handlung Voraussetzung der Rechtsgutsverletzung und wenn er auch innerlich die Hoffnung hat, dass sich der Erfolg nicht verwirklicht, ändert sich dies nicht. Um entscheiden zu können, ob sich der Täter gegen das Rechtsgut entschieden und so mit *dolus eventualis* gehandelt hat, muss untersucht werden, ob er die notwendigen Maßnahmen getroffen hat, um den Verletzungserfolg zu verhindern und andererseits, ob er die Möglichkeit, den Erfolg zu verwirklichen, ernst genommen hat. Wenn also der Täter nicht Verhinderungsmaßnahmen ergriffen und die Wahrscheinlichkeit der Rechtsgutsverletzung ernst genommen hat, hat er sich gegen das Rechtsgut entschieden und sein Handeln ist als vorsätzlich zu qualifizieren. Unter diesen Voraussetzungen ergibt sich der Vorwurf nicht allein aus subjektiven Aspekten, sondern der Erfolg muss auch als vorsätzlich begangen gewertet werden, wenn sich dessen Verwirklichung - objektiv analysiert - genau in den vom Täter bestimmten Handlungsplan einfügt. Unter diesen Voraussetzungen wird nur der verwirklichte Erfolg sanktioniert, unabhängig von den Gefühlen, Absichten oder Hoffnungen des Täters. Dem objektiven Aspekt wird mehr Relevanz gegeben und der *dolus eventualis* ist zu bejahen, wenn nicht der Täter die notwendigen Maßnahmen ergriffen hat, um den Erfolg zu verhindern.“

gleichzusetzen, sodass es letztere nicht geben soll. Wisse der Täter von der gegebenen Wahrscheinlichkeit der Erfolgsrealisierung, sei sein Vertrauen in die Nichtverwirklichung unbeachtlich.

³⁵² *Díaz-Aranda*, *Dolo*, S. 149 f.

³⁵³ *Altamirano Dueñas*, *El dolo*, *Revista Jurídica*, Núm. 1, S. 32, in: Website des Poder Judicial del Estado de Nayarit, México, <http://www.tsjnay.gob.mx/tribunal/revistas/revista1.pdf> - Stand: 26.07.2006.

Insgesamt lassen sich diese Meinungen so verstehen, dass die Gerichte nicht mehr verpflichtet sein sollen von vornherein ungläubhaften Einlassungen nachgehen zu müssen, sondern bei erwiesenen erkannt hohen Gefahrsetzungen vom bedingten Vorsatz des Angeklagten ausgehen dürfen. Dem Angeklagten soll entgegenzuhalten sein, warum er bei dieser kognitiv erfassten Sachlage nicht von seiner Tat abgesehen oder zumindest nicht Verhinderungsmaßnahmen getroffen hat. Im Ergebnis wird der Täter am Maßstab eines durchschnittlichen Normalbürgers gemessen.

III. Abstellen auf das äußere Erscheinungsbild

*González Quintanilla*³⁵⁴ stellt zur Frage des Vorliegens einer Erfolgsbilligung als einziger maßgebend auf das Indiz des äußeren Erscheinungsbildes beim anfänglichen Täterhandeln ab. Beim *dolus eventualis* soll der Täter hier schon auf das Terrain des Unrechts durchgedrungen sein und bei der Fahrlässigkeit noch nicht, sondern erst bei unmittelbarer Tatausführung.

Hierzu heißt es: „[...] bei der bewussten Fahrlässigkeit ist er bei Beginn niemals auf das Terrain des Unrechts durchgedrungen, wenn er auch die Möglichkeit eines schädigenden Ereignisses vorhersieht und hofft, dass dieses nicht eintritt; im Gegensatz dazu gibt es beim *dolus eventualis* immer ein willkürliches, unerlaubtes Durchdringen zu einem tatbestandlichen Inhalt; [...]; anders kann der Fall eines anfänglichen unerlaubten Handelns beispielsweise bei einer unerlaubten Abtreibung zu werten sein, die wegen fehlerhafter Behandlung den Tod der Schwangeren nach sich zieht. In diesem Fall (beispielsweise bei Fehlern des Anästhesisten bei der Verabreichung von Betäubungsgas an die Schwangere) hat sich nicht das unerlaubte Handeln der Abtreibung auf dem Terrain des Unrechts im Tod der Schwangeren verwirklicht. Auch wenn sich der Täter die Möglichkeit des Todes der Schwangeren vorgestellt hat, liegt hier Fahrlässigkeit vor. Es handelt sich dabei nicht etwa um die Spaltung eines einheitlichen Handelns, sondern um zwei verschiedene Handlungen (die der Abtreibung des ungeborenen Kindes und die der Tötung der Schwangeren, Anm. des Verfassers). Für diese Fallgestaltungen muss als Korrektiv gelten, dass die Frank'sche Formel Anwendung findet, wonach Vorsatz vorliegt, wenn der Täter seine Handlung

³⁵⁴ *González Quintanilla*, *Derecho Penal Mexicano*, Kap. IV, 4., S. 368 f.

auch bei sicherer Kenntnis des Eintritts der an sich nicht erwünschten Nebenfolge ausgeführt hätte.“

Diese Auffassung hat sich aus den vielen vom S.C.J.N. entschiedenen bewaffneten Bandenraubfällen entwickelt, in denen auch der passive Mittäter wegen Nichtverhinderung der erkannten Waffengewalt durch die anderen Mittäter den Erfolgseintritt gewollt haben soll. Der passive Mittäter ist in diesen Fällen nach *González Quintanilla* gemeinsam mit den anderen (von einem außenstehenden Dritten ersichtlich) willentlich auf das Terrain des Unrechts gelangt und soll so als Vorsatztäter behandelt werden.

D. Zusammenfassung Länderbericht Mexiko

I. Gesetzestext

Die aktuelle mexikanische Vorsatzlegaldefinition in Art. 18 CPF (Bundesdistrikt, Gesetzesfassung vom 29. Januar 2004) definiert ausdrücklich den *dolus eventualis*. Der Gesetzgeber hat sich mit dem geforderten Möglichkeitswissen und dem Akzeptieren der Erfolgsverwirklichung an der Billigungstheorie orientiert.

II. Höchstrichterliche Rechtsprechung

Die Suprema Corte de Justicia de la Nación (S.C.J.N.) ist ausdrückliche Anhängerin der Billigungstheorie.

Unter dem in Art. 18 CPF (Bundesdistrikt von Mexiko) bestimmten „Akzeptieren der Erfolgsverwirklichung“ soll letztendlich das voluntative Billigen des an sich unerwünschten Erfolgs zu verstehen sein.

Mit dem Nichtabstandnehmen von einer gefährlichen Handlung für das Leben anderer soll letztendlich die innere Gleichgültigkeit des Täters zum Ausdruck kommen, die die Bestrafung wegen Vorsatzes rechtfertigen soll.

Bei der Entscheidungsanalyse ist auffällig, dass letztendlich aus einer bewusst gefährlichen Täterhandlung sowohl das Vorliegen der Billigung, als auch der Gleichgültigkeit gefolgert wird.

Bei vorsätzlich gemeinschaftlich gefährlichem Handeln durch den Haupttäter soll der bedingte Vorsatz des passiven Mittäters dann zu bejahen sein, wenn dieser nicht zur Verhinderung des Erfolgs aktiv einschreitet. Hier ist also für die Rechtsprechung entscheidend, ob ein betätigter Vermeidewille vorliegt.

Für die Abgrenzung zur Fahrlässigkeit wird von der mexikanischen Rechtsprechung oftmals hervorgehoben, dass es bei der Fahrlässigkeit nur um die Verletzung von Vorsichtsobliegenheiten ginge.

III. Lehre

Die herrschende mexikanische Lehre vertritt auf der Linie der Rechtsprechung genauso die Billigungstheorie. Es sind jedoch neuere Tendenzen erkennbar, die ausdrücklich zur Bestimmung des voluntativen Elements normative Kriterien gelten lassen wollen. Bei erkannt hohen Gefahren und der Entscheidung des Täters, nichtsdestotrotz weiterzuhandeln, ohne Maßnahmen zur Verhinderung des an sich unerwünschten Erfolgs zu ergreifen, soll hiernach der bedingte Vorsatz zu bejahen sein. Anderweitige innere Gefühle und Einstellungen des Täters sollen dann unbeachtlich sein.

Auch hier soll also bei der Vorsatzprüfung das Fehlen eines nach außen sichtbar betätigten Vermeidewillens eine große Rolle spielen.

Es bleibt anzumerken, dass das in Mexiko vorgefundene Informationsmaterial weniger breit als das in Spanien ist. Dies liegt zum einen daran, dass es schon seit längerer Zeit so ist, dass insbesondere die spanische und deutsche Rechtslehre mit in die mexikanische Rechtswissenschaft ein-

bezogen wird, zum anderen aber auch, dass die Legaldefinition des bedingten Vorsatzes, die sich an der Billigungstheorie orientiert, eine vermeintliche Sicherheit gibt, wie der dolus eventualis zu verstehen ist. So lassen sich beispielsweise Vorstellungstheorien schwer rechtfertigen.

Dritter Abschnitt (Argentinien)

A. Gesetzestext

Der Código Penal de la Nación Argentina (Ley 11.179 vom 30.09.1921) definiert nicht ausdrücklich (bis auf die Bestimmung, dass der Irrtum und die Unkenntnis bezüglich des Erfolgs vorsatz-ausschließend sind, Art. 34 Nr. 1 CP) den Vorsatz oder die Fahrlässigkeit, obwohl der im Gesetzesprojekt Soler³⁵⁵ von 1960 herausgearbeitete Art. 19 eine Definition des Vorsatzes vorsah.

Nach dem Gesetzesentwurf sollte derjenige vorsätzlich handeln, „*der den unerlaubten Erfolg auf direkte Art wollte und auch derjenige, der in seine eventuelle Verwirklichung einwilligte, indem er nicht von seiner Tathandlung abließ.*“ Gem. Art. 20 sollte unter anderem fahrlässig handeln, wer den Erfolg vorhersieht, aber glaubt, diesen vermeiden zu können (Fall der bewussten Fahrlässigkeit).

Sebastián Soler³⁵⁶ nahm zu Art. 19 des Gesetzesentwurfs auf den deutschen StGB-Entwurf von 1962 (§ 16)³⁵⁷ Bezug, dem die Billigungstheorie zugrunde lag, der sich aber letztlich hierzulande auch nicht durchsetzen konnte. Des Weiteren rechtfertigte er die explizite Regelung des dolus eventualis mit der Schaffung von Rechtsklarheit. Gerade da Laien den Vorsatz irrtümlich lediglich als eine Form von direkter Absicht verstünden, sollte diese Legaldefinition erforderlich sein.

B. Höchstrichterliche Rechtsprechung

In der argentinischen Rechtsprechung wird seither zur Vorsatzbejahung neben einem Wissens- auch ein Wollenselement verlangt.

Hierzu heißt es näher: „Der Vorsatz ist das Wissen und Wollen der objektiven Tatbestandsmerkmale und das Vorsatzdelikt setzt eine bewusste Rebellion gegen das geschützte Rechtsgut voraus.“

³⁵⁵ Soler, Proyecto de código penal, Art. 19.

³⁵⁶ Soler, Proyecto de código penal, Art. 19, S. 36.

³⁵⁷ § 16 StGB Entwurf von 1962 lautete: „Vorsätzlich handelt, wem es darauf ankommt, den gesetzlichen Tatbestand zu verwirklichen, wer weiß oder als sicher voraussieht, dass er den gesetzlichen Tatbestand verwirklicht, oder wer die Verwirklichung für möglich hält und sich mit ihr abfindet.“, Bundestags-Drucksache VI/4095, S. 8.

Beim *dolus eventualis* stellt sich der Täter den Erfolg als eine wahrscheinliche Verwirklichung vor und er handelt weiter, wenn er auch diesen nicht verwirklichen will, und lässt seinen eventuellen Eintritt zu. Der Täter will nicht den Erfolg, aber <rechnet mit diesem>, <lässt den Eintritt zu>, <akzeptiert das Risiko> etc. Bei den Erfolgsdelikten, die bei einer Rechtsgutsverletzung vorliegen (Totschlag, Schaden), muss der Vorsatz auch auf den Erfolg gerichtet sein, ein Gefährdungsvorsatz ist nicht genügend. Da es sich um ein subjektives Element handelt, ist es für seinen Beweis am besten, das Bestehen von bestimmten objektive Indikatoren festzustellen, um zu folgern, ob es wirklich eine Entscheidung gegen das Rechtsgut gab oder nicht, zu denen als erstes das Risiko oder die Gefahr für das Rechtsgut, was durch die Tathandlung geschaffen wird, zählt und zweitens die Fähigkeit zur Erfolgsvermeidung, die der Täter haben kann, wenn er handelt. Beim *dolus eventualis* muss der Erfolg als möglich vorhergesehen werden. Seine Voraussetzungen sind die Vorhersehbarkeit des Erfolgs, die Vorstellung der Eventualität des Erfolgs auf Seiten des Täters und seine Gleichgültigkeit hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit von jenem.³⁵⁸

In einer weiteren Entscheidung³⁵⁹ wird zur bewussten Fahrlässigkeit angemerkt: „Es handelt mit bewusster Fahrlässigkeit der aktive Täter, der sich die Gefahr vorstellt, aber die Situation falsch einschätzt und glaubt, dass sich diese nicht im Erfolg konkretisiert. Der Unterschied zwischen *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit, oder Fahrlässigkeit mit Vorhersehen, besteht darin, dass bei der bewussten Fahrlässigkeit der Täter, wenn auch seine Vorstellung über den möglichen Erfolg besteht, mit der Hoffnung handelt, dass er sich nicht verwirklicht.“

In einer jüngeren Entscheidung des Superior Tribunal de Justicia³⁶⁰ wird der *dolus eventualis* ausführlich behandelt.

Der Angeklagte wurde in der Tatinstanz wegen versuchten Totschlags in Idealkonkurrenz mit vollendetem Totschlag (*dolus eventualis*) verurteilt.

Nach der Beweisaufnahme war erwiesen, dass bei einem Streit in einer Wohnung der Angeklagte (namens Agrícola) ein Messer auf einen anderen (namens Nieto) warf und dabei versehentlich dessen fünfjährigen Sohn tödlich ins Herz traf.

³⁵⁸ CNCrim. y Corr., Sala VI, Urteil vom 22.12.03, „Alegre, Eduardo Ramón“, Boletín 2003-4, S. 971 f. = in: Website von LEXPENAL, <http://www.lexpenal.com.ar> - Stand: 4.5.2006.

³⁵⁹ CNCrim. y Corr., Sala VI, Urteil vom 23.12.03, „Ranno, Carlos Alejandro“, Boletín 2003-4, S. 974 f. = in: Website von LEXPENAL, <http://www.lexpenal.com.ar> - Stand: 4.5.2006.

³⁶⁰ S.T.J. vom 26.04.02 (Az. 438/01), in: Website des Poder Judicial de Tierra del Fuego, <http://www.podjudtdf.gov.ar/jurisprudencia/SumariosHTML/TF000035%20Agricola.htm> - Stand: 11.5.2004.

Die Verteidigung war mit ihrer Revision der Ansicht, dass der Tod des Kindes eine „Tragödie“ gewesen sei. Es heißt hier: „Dieser Erfolg war unmöglich vorherzusehen und auch nicht als machbar vorstellbar. [...] Wenn der Erfolg nicht vorhersehbar ist, kann weder von *dolus eventualis* noch von der Verletzung von Vorsichtsobliegenheiten (Fahrlässigkeitsdelikt) gesprochen werden.“

Das Revisionsgericht erkannte im Ergebnis auf versuchten Totschlag in Idealkonkurrenz mit fahrlässiger Tötung.

Hinsichtlich der versuchten Tötung des nicht Getroffenen schloss sich das Gericht dem Urteil und den Ausführungen der ersten Instanz an. Dort hieß es: „Das voluntative Element, das den Wurf des Messers seitens Agrícola bestimmte, war ohne Zweifel, die gewünschte Todesverwirklichung von Félix Adrián Nieto, bewiesen durch die Gefährlichkeit des geworfenen Messers mit einer schweren Klinge von annähernd 13 cm. [...] Darüber hinaus durch die Gewalt, mit der der Wurf verübt wurde, was durch das Treffen des Minderjährigen zum Ausdruck kam, mit sofortiger letaler Wirkung, bei einer Distanz von zwischen acht und zehn Metern.“

In Bezug auf die Tötung des Kindes verneinte allerdings das Revisionsgericht im Gegensatz zur Erstinstanz den *dolus eventualis* und erkannte unter Hervorhebung des Rechtsinstituts der *aberratio ictus* auf Fahrlässigkeit.

Die Erstinstanz meinte noch, dass sich mit dem Kind und zwei weiteren Personen derartig viele Personen am Tatort befunden haben, dass „der Erfolg, wenn auch nicht gewünscht, jedenfalls für den Täter vorhersehbar war und sich mit der Vorstellung der Eventualität des Erfolgs die totale Gleichgültigkeit vor der Wahrscheinlichkeit der Erfolgsverwirklichung gezeigt hat. Die Wahrscheinlichkeit, dass das geworfene Messer eine andere Person als das gewünschte Ziel treffen würde, war hoch, denn wie er selbst in seiner Vernehmung und bei seinem letzten Wort gesagt hat, hat er niemals mit Messern geworfen, war in dieser Kunst ungeübt und deswegen hat er sich vorgestellt, dass das Messer in jede Richtung gehen könnte.“

Das Revisionsgericht wiederum zitierte zur Definition des bedingten Vorsatzes wörtlich die Auffassungen des deutschen Autors *Claus Roxin*³⁶¹ (auch zur Herleitung des *aberratio ictus*) und die ältere Auffassung des Spaniers *Bacigalupo Zapater* (die er heute nicht mehr so verfolgt), wonach

³⁶¹ Das Lehrbuch von *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 3. Aufl., München 1997, ist von *Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz* und *García Conlledo* und *Javier de Vicente Remesal*, Civitas, Madrid, 1997, ins Spanische übersetzt worden.

der Täter die Möglichkeit der Erfolgsverwirklichung ernst genommen, d.h. mit ihr gerechnet und sich mit dieser abgefunden haben muss.

Danach stellte das Gericht fest: „Wie aus den geschilderten Definitionen zu erkennen ist, reicht es für den *dolus eventualis* nicht aus, dass eine objektive Wahrscheinlichkeit besteht, das Rechtsgut zu verletzen: der Täter muss den Erfolg vorhersehen und sich mit diesem abfinden. [...] Bei Handlungsausführung muss beim Täter ein <Wollen> des wahrscheinlichen Erfolgs vorliegen. Er stellt sich diesen vor und akzeptiert alle Folgen.“

Wenn auch das Revisionsgericht meinte, dass der Angeklagte wusste, dass sich auch weitere Personen im Raum befanden, so war es nicht der Auffassung, dass genügend Indizien dafür vorlägen, dass der Angeklagte mit der Möglichkeit des Treffens einer anderen Person gerechnet hat. Da der anvisierte Vater die anderen Personen beim Ausholen verdeckte und sich das Kind in größerer Distanz aufhielt und weil der Angeklagte gerade kein geübter Messerwerfer war, soll die Wahrscheinlichkeit, das Kind zu treffen, gering gewesen sein.

Dieses geringe Wahrscheinlichkeitsrisiko sollte aber zur Bejahung von Fahrlässigkeit genügen. Ein sorgfältiger Mensch hätte in dieser Situation das Messer nicht geworfen, da der Erfolgseintritt zumindest vorhersehbar gewesen sei.

Es ist insgesamt festzustellen, dass das Revisionsgericht zur Definition des *dolus eventualis* die Ernstnahmetheorie herangezogen hat und dabei ausdrücklich nicht auf das Willenselement verzichten wollte. Dabei wird die aus Deutschland kommende Ernstnahmetheorie jedoch im Sinne der Vereinigungstheorie verstanden, nämlich dass im kognitiven Bereich ein Wahrscheinlichkeitswissen gefordert wird und im voluntativen Bereich eine Billigung des Erfolgs.

Die Feststellung der hohen Wahrscheinlichkeit der Erfolgsverwirklichung soll ausschlaggebendes Kriterium zur Bejahung des bedingten Vorsatzes sein. Hierzu heißt es vom neben einem weiteren Richter entscheidenden Richter *Martín* in Übereinstimmung mit diesem:³⁶² „Bei Vereinigung dieser letzten Punkte lässt sich nicht in definitiver und kategorischer Form <erinnert sei, dass es sich hier um ein definitives Urteil handelt> sagen, dass der eingetretene Erfolg (Tod von N.N.) hoch wahrscheinlich war, ein Element, welches für mich elementar ist - genauso wie für die zitierten Autoren - um das subjektive Element des Verhaltens von *Agrícola* zu erfassen. Es existieren keine hinreichenden Elemente, um sagen zu können, dass *Agrícola* diesen Erfolg vorhersah

³⁶² Im argentinischen Urteil ist es so, dass die Richter getrennt ihre Auffassungen und abschließende Entscheidung darlegen und die Urteilsformel dann am Schluss vom Gericht ergeht.

und er, dies nicht interessierend, mit seinem Handeln fortfuhr. [...] Wie ich gesagt habe, meine ich, dass die Möglichkeit niedrig war, dass das von Agrícola geworfene Messer dritte Personen treffen würde, und dies erlaubt es zu sagen, dass er sich nicht einen anderen, als den erwünschten Verletzungserfolg vorgestellt hat, der die Herbeiführung des Todes von Nieto (Vater) war. Ich sage <niedrig> und nicht <unvorhersehbar>, da ich meine, dass die Verletzung von dritten Personen möglich war.“

Diese Begründung kann also so verstanden werden, dass von einer objektiv hohen Erfolgswahrscheinlichkeit auf das Vorliegen von bedingtem Vorsatz geschlossen werden kann. Eine niedrige Eintrittsmöglichkeit soll nicht genügen.³⁶³

An dieser Argumentation wird deutlich, dass obwohl am Willenselement beim Vorsatz formal festgehalten wird, der bedingte Vorsatz jedenfalls bei einer hohen Erfolgswahrscheinlichkeit bejaht wird. Deshalb könnte man die Auffassung der Rechtsprechung dem Ergebnis nach eher der Wahrscheinlichkeitstheorie zuordnen, auch wenn die Praxis ausdrücklich nicht auf das voluntative Element verzichten will.

Insgesamt muss festgestellt werden, dass nicht viele gerichtliche Entscheidungen in Argentinien aufzufinden sind, die den bedingten Vorsatz näher behandeln. Dies mag wohl auch daran liegen, dass mit dem Verweis auf die deutsche und spanische Literatur eine vermeintliche Sicherheit darüber geschaffen wird, wie der *dolus eventualis* zu verstehen ist. Dass die Bestimmung des Eventualvorsatzes in Spanien und hierzulande höchst umstritten ist, wird in den vorgefundenen Entscheidungen nicht erwähnt.

³⁶³ *Camilla*, La fina línea, in: Website von Fojas Cero, La página de los abogados argentinos, Ausdruck: S. 1 f., <http://www.fojas0.com/F134NdeT2.htm> - Stand: 28.4.2006, ist Richterin des Tribunal Criminal (Gericht der ersten Instanz) und meint in einer persönlichen allgemeinen Anmerkung, dass in Straßenverkehrsfällen grundsätzlich nicht von *dolus eventualis* ausgegangen werden könne. Fahrzeugführer, die bei hoher Geschwindigkeit fahren, würden sich im Normalfall nicht eine mögliche Kollision vorstellen. Ein seltener Extremfall von bedingtem Vorsatz im Straßenverkehr sei beispielsweise der, in dem der Täter wisse, dass um eine gewisse Uhrzeit viele Schulkinder vor der Schule über die Straße laufen und trotzdem seine 80 km/h beibehalte.

C. Lehre

I. Willenstheorien

Seit jeher wird in der argentinischen Lehre³⁶⁴ bei der Bestimmung des *dolus eventualis* nicht auf das Willenselement verzichtet.

Der Autor *Zaffaroni*³⁶⁵ fordert ein Akzeptieren des Erfolgs, welches in Fällen bestehe, bei denen sich der Täter über den möglichen Erfolgseintritt sagt, „dass dieser auszuhalten ist“, „dass dies hinunterzuschlucken ist“, „wenn’s passiert, Pech gehabt“ oder „was ist mir schon daran gelegen“. Dabei merkt er an, dass sich das Akzeptieren des Täters nicht auf den Erfolg an sich, sondern auf dessen Eintrittsmöglichkeit beziehen müsse.

Bei dieser Auffassung ist zu erkennen, dass neben dem Vorstellungsmoment die innere Einstellung des Täters mitentscheidend sein soll. Beim Vertrauen auf ein Ausbleiben des Erfolgs soll der bedingte Vorsatz entfallen.

Nach *Fontán Balestra*³⁶⁶ soll auch schon die unfundierte Hoffnung auf das Ausbleiben des Erfolgs (Zufall) zur Vorsatzverneinung genügen. Allerdings soll dieser Fall als eine schwerere Form der (bewussten) Fahrlässigkeit beurteilt werden, da hier eine höhere Rechtsgütergeringschätzung zum Ausdruck komme.

Vom selben Autor wird zur Bestimmung des *dolus eventualis* ausdrücklich der ersten *Frank’schen* Formel (weiterhandeln, auch wenn sichere Kenntnis über den Erfolgseintritt) Präferenz gegeben.³⁶⁷

Auch *Nuñez*³⁶⁸ will nicht auf das Einstellungsmoment im Sinne einer Einwilligung in den Erfolgseintritt verzichten. Allerdings soll bei deren Bestimmung die Höhe der Erfolgswahrscheinlichkeit entscheidend sein. Wenn der Erfolgseintritt für den Täter wahrscheinlich war, soll er die-

³⁶⁴ *Nuñez*, *Derecho Penal*, PG, S. 58 ff.; *Zaffaroni/Alagia/Slokar*, *Derecho Penal*, PG, § 34, II., 8. f., S. 524 f.; *Fontán Balestra*, *Tratado*, II, § 38 Nr. 7, S. 262; *Creus*, *Esquema*, S. 106 f.; *Breglia Arias/Gauna*, *Código penal*, Art. 87, § 3.

³⁶⁵ *Zaffaroni*, *Manual de derecho penal*, PG, Nr. 260, S. 419.

³⁶⁶ *Fontán Balestra*, *Tratado*, II, § 39 Nr. 9, S. 294.

³⁶⁷ *Fontán Balestra*, *Tratado*, II, § 39 Nr. 9, S. 293.

³⁶⁸ *Nuñez*, *Derecho Penal*, PG, S. 58 ff.

sem mit seinem Weiterhandeln auch gleichzeitig zugestimmt haben. Selbst wenn er Hoffnungen auf ein Ausbleiben des Erfolgs gehabt hat, so sollen diese nicht den bedingten Vorsatz ausschließen können, da sie wegen seiner Wahrscheinlichkeitsvorstellung niemals hinreichend Fundament aufweisen könnten und als „tollkühn“ zu werten seien. Der Vorwurf des Vorsatzes sei in diesen Fällen gerechtfertigt, da der Täter nicht von seiner Tat abgelassen hat. Mit seinem Weiterhandeln soll er seine voluntative Zustimmung zum Erfolgseintritt gezeigt haben.³⁶⁹

Eine Möglichkeitsvorstellung allein, ohne eine Zustimmung mit dem Erfolgseintritt, sei allerdings für den bedingten Vorsatz nicht genügend. Schließlich dürfe beispielsweise ein vorsichtiger Pkw-Fahrer, dem das erhöhte Risiko im Straßenverkehr richtigerweise bewusst sei, nicht als Vorsatztäter bestraft werden. Das Willensmoment soll wegen der Entscheidung des Täters zu handeln - trotz seiner Wahrscheinlichkeitsvorstellung über den an sich unerwünschten Erfolg - zu bejahen sein. Die Wahrscheinlichkeitsvorstellung allein im Sinne der Wahrscheinlichkeitstheorie - so sagt *Núñez* ausdrücklich - soll allerdings nicht ausreichen. Es soll zusätzlich eine Entscheidung des Täters zur Erfolgsverwirklichung vonnöten sein. Hierzu heißt es: „Deswegen ist nicht das natürliche Wollen des Täters der deliktische Wille. Das Wollen wird durch eine andere affektive Position des Täters im Hinblick auf sein Bewusstsein zum eventuellen Delikt bestimmt. Der Täter, der das Delikt nicht im natürlichen Sinne will, handelt bezüglich der Eventualität seines Eintritts nur vorsätzlich, wenn er sich nicht nur aus einfachem Leichtsinn zum Handeln entscheidet, sondern in einem deliktisch vorwerfbaren geistigen Zustand. Dieser vorsatzbegründende geistige Zustand liegt nicht vor, bei Handlungsausführung des Täters mit der Vorstellung von der konkreten Möglichkeit, dass aus dem Handeln ein Delikt eintreten kann, begleitet mit der Hoffnung, dass dies gerade nicht passieren soll. Wegen dessen Hoffnung auf ein Ausbleiben des Erfolgs kann man dem Täter lediglich Leichtsinn vorwerfen. Allerdings ist die vorsatzausschließende Hoffnung nicht mit einer Tollkühnheit gleichzusetzen, denn es ist in Wirklichkeit keine Hoffnung, was als unverständlich und ohne Anlass bewertet werden kann. Der verwerfliche Geist, der den Vorsatz im Hinblick auf die Eventualität des Erfolgs charakterisiert, kann nicht das natürliche Wollen des Delikts sein, da es sich ansonsten um einen direkten Vorsatz handeln würde. Der verwerfliche Geist, der den *dolus eventualis* ausmacht, kann schon im einfachen geistigen Zustand der Gleichgültigkeit in Bezug auf die Wahrscheinlichkeitsvorstellung, dass das Delikt eintritt, liegen, wie die Gleichgültigkeit bei egoistischen oder bösen Zielen. Wird die Gleichgültigkeit in Bezug auf

³⁶⁹ *Creus*, *Derecho penal*, PG, S. 250, meint ähnlich, dass der Täter den Erfolg billige, wenn er die Sachlage so eingeschätzt hat, dass der Erfolg im Normalfall eintreten muss und trotzdem weiterhandelt.

den Erfolgseintritt durch den bloßen (unverständlichen, tollkühnen, Anm. des Verfassers) Wunsch, dass der Erfolg ausbleibt, verdrängt, so ist dies dann nicht ausreichend, um den *dolus eventualis* auszuschließen, wenn es der Täter trotz dieses Wunsches bevorzugt, das Risiko einzugehen und so implizit einwilligt, sein Handeln zum Deliktserfolg zu führen. Der *dolus eventualis* kann auch mit einem an sich gutem Handlungsziel zu bejahen sein, als Regel wird somit der *dolus eventualis* nicht durch die Gleichgültigkeit des Täters über den Erfolgseintritt bestimmt, sondern durch seine Einwilligung in diesen.³⁷⁰

Es ist bei der Auffassung von *Nuñez* festzuhalten, dass der Autor bei der Bestimmung des voluntativen Moments des bedingten Vorsatzes Kriterien der Vernunft gelten lässt, indem „tollkühne“ Hoffnungen auf ein Ausbleiben des Erfolgs gerade nicht zählen sollen. Letztlich hat der Nichtverzicht auf das Wollenselement hier eher formalen Charakter, da es im Ergebnis allein von der Wahrscheinlichkeitsvorstellung des Täters abhängt, ob der *dolus eventualis* zu bejahen ist.

II. Wahrscheinlichkeitstheorie

Sancinetti verzichtet bei der Bestimmung des Vorsatzes auf das Willenselement. Dies begründet er damit, dass nur der Tatbestandsirrtum gesetzlich den Vorsatzausschluss regele (so Art. 34 Nr. 1 CP), der eben nur dann eintrete, wenn der Täter ein Wissens- und nicht ein Wollensdefizit bezüglich des objektiven gesetzlichen Tatbestands hat.³⁷¹

Der Autor kritisiert die Billigungstheorie dahingehend, dass hiernach der Vorsatz ungerechterweise nach dem Charakter des Täters bestimmt werde, d.h. ob dieser ein guter oder schlechter Bürger ist. Letztlich werde der Vorsatz autoritär zugeschrieben.³⁷²

Der Autor gibt zwar zu, dass die von *Soler*³⁷³ in Art. 19 des nicht übernommenen Gesetzesprojekts herausgearbeitete Vorsatzlegaldefinition auf den ersten Blick der Billigungstheorie zu folgen scheint, doch meint er, dass man die Vorschrift auch im Sinne der Vorstellungstheorien interpretieren könne. Wer eben trotz einer gewissen Vorstellung von dem Eintritt des Erfolgs nicht

³⁷⁰ *Nuñez*, *Derecho Penal*, PG, S. 60 ff.

³⁷¹ *Sancinetti*, *Teoría del delito*, S. 197 ff., 201 f.; *ders.*, *Subjetivismo*, S. 64 ff.

³⁷² *Sancinetti*, *Teoría del delito*, S. 172 f.

³⁷³ *Soler*, *Proyecto de código penal*, Art. 19.

von seiner Handlung ablässt und weiterhandelt, handele vorsätzlich und es könne ihm so gleichzeitig die normative Einwilligung in die eventuelle Verwirklichung zugeschrieben werden.³⁷⁴

Sancinetti versucht alle Vorsatzarten unter eine Definition zu fassen. Dabei sollen Einstellungen und Absichten des Täters keine Rolle spielen. Den *dolus directus I* will er nicht als Prototyp des subjektiven Unrechts gelten lassen.³⁷⁵

Strafrechtliche Normen haben nach ihm nicht den Zweck, Absichten und Einstellungen zu bestrafen, sondern Rechtsgüter der Gemeinschaft zu schützen. Der Täter könne nicht Herr über seinen Vorsatz sein, sondern die gesetzliche Norm entscheide hierüber im Rahmen einer objektiven Zurechnung. Einzig entscheidend sei, dass der Täter die Umstände kenne, die die unerlaubte und vorgeworfene Gefahr ausmachen. Dies kennzeichne den Basisvorsatz („*dolo básico*“), der gegenüber dem *dolus eventualis* als Bezeichnung bevorzugt wird. Die übliche Dreiteilung des Vorsatzes verlöre so an Sinn.

Bemerkt der Täter, dass seine Erfolgchancen niedrig sind, so soll trotz einer bestehenden Täterabsicht der Vorsatz zu verneinen sein. Als Beispiel werden zwei Schützen gebracht, die gleichzeitig aufeinander schießen. Der eine will den anderen treffen, weiß aber, dass er kaum eine Erfolgchance hat. Der andere erkennt, dass sein Schuss sehr gefährlich für den anderen ist, hat aber keine Absicht, diesen zu treffen. Hier übe letzterer das höhere und für die Rechtsgemeinschaft gefährlichere Tatumrecht aus und nur dieser handele vorsätzlich.

Als Beispiel für das Vorliegen einer lediglich abstrakten (niedrigen) Gefahr wird das Brennenlassen einer Kerze im Sommer - unter Hoffen einer zufälligen Gasexplosion und Tötung des Nachbarn am selben Tage - genannt. Hier habe der Täter keine speziellen Gründe gehabt, um den angestrebten Erfolg als wahrscheinlich anzusehen, weshalb der Vorsatz zu verneinen sei.

Um zu gewährleisten, dass die Absicht keine Relevanz für die Vorsatzbestimmung hat, müsse sich der Richter die Täterabsicht - beim tatsächlichen Vorliegen einer solchen, beispielsweise durch ein glaubhaftes Geständnis - hinweg denken und sich einen Fall des *dolus eventualis* vorstellen.

Im umgekehrten Fall des Vorliegens von *dolus eventualis* müsse sich der Richter eine Täterabsicht vorstellen und sich fragen, ob nach dem hypothetisch angestrebten Kausalverlauf eine relevante Vorsatzgefahr vorliegt.³⁷⁶

³⁷⁴ *Sancinetti*, *Subjetivismo*, S. 65 f. (Fn. 85).

³⁷⁵ *Sancinetti*, *Teoría del delito*, S. 145 ff, 197 ff.; *ders.*, *Subjetivismo*, S. 64 ff.

Der Autor geht sogar soweit, die Tatbestände im Besonderen Teil, die besondere Absichten für die Strafbarkeit vorschreiben, wie beispielsweise die Bereicherungsabsicht, in ihrer Legitimität in Frage zu stellen. Es soll für ihn keinen Unterschied ausmachen, ob der mögliche Erfolg auf einem bestimmten Motiv des Täters beruht oder sich einfach als Folge seines Handelns ergibt.

Nicht bei der Vorsatzfrage, sondern alleine bei der Prüfung der konkreten Strafzumessung im Rahmen der Schuld, könne der Täterabsicht Bedeutung zukommen.

Einzig entscheidend für die Vorsatzprüfung sei, welchen Grad des vorgeworfenen Risikos der Täter als möglich auf sich nehme.

Nach *Sancinetti* soll es zur Vorsatzbejahung allein darauf ankommen, dass der Täter von einer nach seinen Worten „nicht abstrakten“, „konkreten“, „nicht unwahrscheinlichen“ oder „normrelevanten Gefahr“ weiß.

Zur Definition der konkreten (Vorsatz-)Gefahr wird doppelt negativ bestimmt, dass diese bei einer „Nicht-Unwahrscheinlichkeit“ der Erfolgsrealisierung vorliegen soll.³⁷⁷ Weiterhin soll die Fahrlässigkeitsgefahr als niedrige Gefahr *a minori ad maius* eine Vorstufe zur hohen Vorsatzgefahr darstellen, d.h. jede Schaffung einer konkreten Vorsatzgefahr durchlaufe zunächst das Stadium der Schaffung einer abstrakten Fahrlässigkeitsgefahr, wie dies auch beim Tatbestandsversuch vor der Vollendung der Fall sei. Die Einschätzung einer qualifizierten Tathandlung im Sinne eines Vorsatzdelikts soll auf der Ebene der objektiven Zurechnung erfolgen.

Dabei sei nicht allein die prozentuale Quantität des gesetzten Risikos entscheidend, sondern auch die hiermit verbundene Art der Tathandlung und deren objektiv-gesellschaftlicher Unwert. Zur Erklärung werden folgende Beispiele gebracht: Das Fahren im Straßenverkehr oder die Nuklearforschung über mehrere Jahre seien mit einem hohen Risiko der Verletzung von Rechtsgütern Dritter verbunden, genauso wie das unerlaubte Durchschneiden der Venen eines Mitmenschen hinsichtlich dessen Tötung. Der Unterschied sei lediglich der, dass letztere Handlung für die Volksgemeinschaft nicht juristisch als wertvoll oder von Nutzen qualifiziert werde und deswegen auch unmittelbar von Vorsatz ausgegangen werden könne. Die Nuklearforschung habe demgegenüber wegen ihres grundsätzlich legitimen Zwecks einen gewissen Spielraum der Schaffung von statistischen Risiken, die vom Erlaubtsein über die Fahrlässigkeitsgefahr bis hin zur Vorsatz-

³⁷⁶ *Sancinetti*, Teoría del delito, S. 202. Der Autor spricht hier von einer Umkehrung der *Frank'schen* Formel.

³⁷⁷ *Sancinetti*, Teoría del delito, S. 202.

gefahr gingen. Auch gerechtfertigtes Handeln (legitimer Zweck) ließe den Vorsatz trotz einer möglicherweise hohen Eintrittswahrscheinlichkeit des an sich unerwünschten Erfolgs entfallen.³⁷⁸

III. Der *dolus eventualis* bei der Strafbarkeit des Versuchs

Nach früherer überwiegender Auffassung sollte der *dolus eventualis* nicht zur Bejahung des Tatenschlusses bei der Strafbarkeit des Versuchs ausreichen.³⁷⁹

Grund hierfür ist Art. 42 CP, wonach der Täter beim Versuch „*das Ziel zur Vollendung eines bestimmten Deliktes*“ haben muss. Hierunter wurde der Absichts- und der Kenntnisvorsatz, nicht aber der bedingte Vorsatz erfasst.³⁸⁰

Ein Teil der Lehre³⁸¹ wollte jedoch schon damals aus Zweckmäßigkeitserwägungen auch den *dolus eventualis* unter Art. 42 CP erfasst sehen. Der Gesetzgeber habe die Vorschrift lediglich dahingehend verstanden, gerade den „vulkanartigen“ ungestümen Vorsatz eines Täters, bei dem kein Ziel zur Vollendung einer bestimmten Tat bestehe, von der Strafbarkeit des Versuchs auszunehmen. Beim *dolus eventualis* hingegen sei der wahrscheinliche Erfolgseintritt mit dem Vollendungsziel gleichzusetzen.

Mittlerweile hat sich diese Ansicht, die den *dolus eventualis* für den Versuch genügen lässt, weitgehend in der Lehre und Praxis durchgesetzt.³⁸²

³⁷⁸ Auch bei der mit dem *dolus eventualis* vergleichbaren angloamerikanischen „recklessness“, Art. 2 Section 2.02(2)(c) Model Penal Code (USA), muss das erkannte Risiko zusätzlich ungerechtfertigt („unjustifiable risk“) und damit rechtswidrig sein. Insoweit spielen auch dort - genauso wie nach *Sancinetti* - Rechtswidrigkeitsaspekte der Tathandlung schon bei der Bestimmung des Vorliegens von Vorsatz auf einer einheitlichen Prüfungsebene eine maßgebliche Rolle.

³⁷⁹ Vgl. *Nomdedeu*, Derecho penal tentativa, in: Website von LEXPENAL, 3.1, <http://www.lexpenal.com.ar> - Stand: 12.5.2004; *Fontán Balestra*, Tratado, II, § 38 Nr. 11, S. 272 f.

³⁸⁰ CNCrim. y Corr., Sala IV, Urteil vom 5.9.88, „Selva, Andrés A.“, LL, 1989-E-437; Cám. Penal Morón, Sala II, Urteil vom 20.5.86, „Ramos, José“, DJ, 1987-2-282; Cám. Penal Santa Fe, Sala I, vom 20.4.79, „Bello, José L. u.a.“, JA, 1979-IV-586. Sämtliche Urteile sind zitiert bei *Fernández*, in: Baigún/ Zaffaroni/ Terragni, Código penal y normas complementarias, Art. 42/44, S. 122 f.

³⁸¹ *Zaffaroni*, Manual de derecho penal, PG, Nr. 419, S. 604 f.; Nr. 261, S. 421; *Zaffaroni/ Alagia/ Slokar*, Derecho Penal, PG, § 56, I., 3., S. 823; *Fernández*, in: Baigún/ Zaffaroni/ Terragni, Código penal y normas complementarias, Art. 42/44, S. 117.

³⁸² CNCrim. y Corr., Sala I, Urteil vom 31.3.05, „Avalos, Alejandro Marcelo“, Boletín 2005-1, S. 133 f. = in: Website von LEXPENAL, <http://www.lexpenal.com.ar> - Stand: 4.5.2006; Sala VI, Urteil vom 7.10.2004, „Cabieri, Raúl Orlando“, Boletín 2004-4, S. 858. = in: Website von LEXPENAL, <http://www.lexpenal.com.ar> - Stand: 4.5.2006.

D. Zusammenfassung Länderbericht Argentinien

I. Gesetzestext

Der Código Penal de la Nación Argentina definiert bis auf die Irrtumsregelung in Art. 34 Nr. 1 CP nicht ausdrücklich den Vorsatz, obwohl hierzu in der Vergangenheit im Jahr 1960 ein konkretes Gesetzesprojekt von *Soler* ausgearbeitet wurde.

Der *dolus eventualis* ist im argentinischen Código Penal nicht zu finden und wird erst durch die Rechtsprechung und Lehre (näher) bestimmt.

II. Höchstrichterliche Rechtsprechung

Die Rechtsprechung argumentiert beim Vorsatz mit der Ernstnahmetheorie. Diese wird allerdings im Sinne der Vereinigungstheorie (Wahrscheinlichkeitsvorstellung und Billigung) verstanden.

Obwohl ausdrücklich an einem Wollensmoment festgehalten wird, ist für die argentinische Rechtsprechung die Wahrscheinlichkeitsvorstellung des Täters für die Bejahung des bedingten Vorsatzes entscheidend. Bei einer hohen Erfolgswahrscheinlichkeit wird auch der Erfolgswille des Täters bejaht.

Dem Ergebnis nach lässt sich die Praxis bei der Bestimmung des *dolus eventualis* eher der Wahrscheinlichkeitstheorie zuordnen.

III. Lehre

Seit jeher wird in der Lehre bei der Vorsatzfrage nicht auf das Willenselement verzichtet, wobei auch hier die Wahrscheinlichkeitsvorstellung des Täters letztlich entscheidend ist.

Dabei gibt es auch normative Ansätze, wonach unfundierte („tollkühne“) Wünsche auf ein Ausbleiben des Erfolgs den Eventualvorsatz nicht ausschließen sollen. In solchen Konstellationen

soll der vorsatzbegründende „affektive, verwerfliche Geist“ beim Willensmoment des Täters wegen seines Weiterhandelns bestehen bleiben.

Vereinzelt wird - in Abkehr zu den traditionellen Auffassungen - ausdrücklich auf das voluntative Element verzichtet und versucht, eine einheitliche Vorsatzdefinition für alle Vorsatzarten anzubieten. Dabei soll allein die Kenntnis eines bestimmten Grades einer Gefahr entscheidend sein. Absichten und Einstellungen des Täters sollen für die Vorsatzbestimmung unbeachtlich sein. Um den Vorsatz bejahen zu können, müsse die Gefahr als „nicht abstrakt“, „konkret“, „nicht unwahrscheinlich“ oder „normrelevant“ zu beurteilen sein.

Vierter Abschnitt (Kolumbien)

A. Gesetzestext

Art. 36 CP a.F. vom 23.01.1980 definierte den Vorsatz ausdrücklich:

„Die Tatausführung ist vorsätzlich, wenn der Täter den strafbaren Erfolg kennt und seine Vollendung will, genauso wenn er letztere akzeptiert und wenigstens als möglich vorhersieht.“

Augenscheinlich ist, dass die Billigungstheorie Grundlage des in Halbsatz 2 definierten Eventualvorsatzes war.

In der neuesten Fassung des Código Penal vom 24.07.2000 (Ley 599), in Kraft seit dem 25.07.2001, ist der Vorsatz nun in Art. 22 bestimmt. S. 1 der neuen Fassung ist dabei weitgehend gleich geblieben mit dem Halbsatz 1 a.F.:

„Die Tatausführung ist vorsätzlich, wenn der Täter die Merkmale des Straftatbestands kennt und seine Vollendung will. Genauso ist die Tatausführung vorsätzlich, wenn die Tatbestandsvollendung als wahrscheinlich vorhergesehen wurde und dessen Nichteintritt frei dem Zufall überlassen wurde.“

Der S. 1 regelt den *dolus directus* 1. und 2. Grades.³⁸³ S. 2 bestimmt - wie schon früher - explizit den *dolus eventualis*. Dabei geht aus den Gesetzesmotiven hervor, dass Grundlage der Definition die Theorie des deutschen Autors *Herzberg* von der Kenntnis einer unabgeschirmten Gefahr war.³⁸⁴

Art. 23 CP n.F. (ähnlich schon Art. 37 a.F. [1980]) bestimmt die (unbewusste und bewusste) Fahrlässigkeit:

³⁸³ *Velásquez Velásquez*, La teoría, Nuevo Foro Penal, Nr. 63, S. 15 ff. = Website der Universität Freiburg (Schweiz), S. 8, <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Velasquez1.pdf> - Stand: 25.5.2004.

³⁸⁴ Vgl. Fiscalía General de la Nación: Proyecto de Ley por la cual se expide el Código Penal, Santa Fe de Bogotá (Kolumbien), Imprenta Nacional, 1998, S. 21, zitiert bei *Velásquez Velásquez*, in: Website der Universität Freiburg (Schweiz), S. 9 (Fn. 50), <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Velasquez1.pdf> - Stand: 25.5.2004.

„Die Tatausführung ist fahrlässig, wenn der tatbestandliche Erfolg Produkt der Verletzung von Vorsichtsobliegenheiten ist und der Handelnde diesen vorhersehen musste, oder er diesen vorhersah und darauf vertraute, diesen vermeiden zu können.“

B. Höchstrichterliche Rechtsprechung

Früher nannte die Corte Suprema de Justicia (C.S.J.)³⁸⁵ als höchstes Instanzgericht zur Definition des Vorsatzes stets die Definition von *Carrara*, nach der der Vorsatz als der mehr oder weniger perfekte Wille zur Ausübung eines Aktes anzusehen ist, der bekanntermaßen gesetzwidrig ist.³⁸⁶ Infolgedessen wurde beim *dolus eventualis* nicht auf das Willenselement verzichtet.

Die C.S.J. machte in einem älteren Urteil an einem hypothetischen Beispielsfall deutlich, dass bei einem Vertrauen des Täters auf ein Ausbleiben des vorhergesehenen Erfolgs aufgrund eigener Geschicklichkeit nicht wegen Vorsatzes bestraft werden könne, sondern nur wegen bewusster Fahrlässigkeit. Hierfür wird ein Schütze genannt, der einem anderen den Hut vom Kopf herunter-schießen will und dabei versehentlich diesen verletzt oder tötet.

Im Gegensatz dazu sei der bedingte Vorsatz zu bejahen, wenn dem Täter der Erfolgseintritt gleichgültig ist. Hierzu heißt es: „[...] er denkt oder hofft nicht, dass er den Tod oder Verletzungen vermeiden kann und macht und versucht nichts, um diese zu vermeiden, sondern urteilt wie folgt: Es ist mir egal, wenn einer der beiden Erfolge eintritt (Tod oder Verletzungen); ich gehe die Risiken ein oder willige in diese ein. [...] Der Fall ist sehr ähnlich zum Ersten (dem genannten Fall mit dem fehlgegangenen Schuss auf den Hut, Anm. des Verfassers). Aber mit einem speziellen Unterschied: dass in jenem der Täter in die ausdrücklich vorgestellten oder vorhergesehenen Risiken und Erfolge nicht eingewilligt hat; er hat diese bloß als Möglichkeiten in Betracht gezogen, jedoch auf der psychologischen Basis, dass er diese vermeiden kann. Und dies ist eins

³⁸⁵ Kolumbianische Rechtsprechung ist zu finden in: Website der Rama Judicial de Columbia, <http://www.ramajudicial.gov.co> - Stand: 17.9.2007.

³⁸⁶ *Carrara*, Programa, PG, § 69. In der kolumbianischen Rspr. wurde die Definition beispielsweise angewendet in: C.S.J. Urteil vom 13.7.53, GJ, Bd. LXXV (2131), S. 676; 4.7.62, GJ, Bd. XCIX (2256-9), S. 402.

der Dinge, auf die er hofft und die er sucht: dass der Erfolg, trotz allem, nicht eintritt. Das Verhalten ist fahrlässig, aber der Wille erscheint nicht mit den Erfolgen verbunden. Dagegen hat er in der zweiten Hypothese jene schädigende Ereignisse psychologisch akzeptiert, wenn auch bedingt. Über die einfache Vorstellung hinaus gab es genauso Willen, Billigung. Es ist gewiss, dass diese Form von Wille nicht direkt ist, sondern bedingt: Ich schieße und wenn ich damit töte oder verletze, ist mir gleich. Aber dieser bedingte Wille hört nicht auf einer zu sein. Man befindet sich - wie die Mehrheit der Doktrin herausgestellt hat - im Anwendungsbereich des *dolus eventualis*.³⁸⁷

Hervorzuheben bleibt, dass ein getätigter Versuch, den Erfolg zu vermeiden, nach dem Gericht Beleg dafür ist, dass der Täter dem möglichen Eintritt des Erfolgs nicht gleichgültig gegenüberstand und diesen deshalb auch nicht akzeptierte.

Früher war die Rechtsprechung noch zum Teil der Auffassung, dass der Vorsatz des Täters mit dessen äußerer Strafnormverletzung vermutet werden könne. Diese Regel würde durch die Normen des Strafgesetzbuchs impliziert werden. Nur bei den Delikten, bei denen ein besonderer Vorsatz verlangt wird (beispielsweise die Absicht), sollte dies nicht gelten und eine einzelne Beweisführung vonnöten sein.³⁸⁸

Allerdings wurde diese Rechtsprechung schon in den sechziger Jahren aufgegeben.³⁸⁹ Der Vorsatz muss seitdem anhand von äußeren Indizien durch das Gericht bewiesen werden können.³⁹⁰

Art. 36 CP a.F. wurde von der C.S.J. so ausgelegt, dass „sich der Täter beim *dolus eventualis* die Möglichkeit der Erfolgsverwirklichung vorstellt und sie innerlich akzeptiert, was Akzeptieren des Erfolgs seiner Handlung mit einschließt, das sich mit diesem Abfinden; wohingegen der Täter bei der bewussten Fahrlässigkeit - bei der er sich genauso das Risiko der Tatbestandsverwirklichung vorstellt - wegen seiner irrtümlichen, von den Umständen abhängigen Bewertung, darauf vertraut, dass sich der Erfolg nicht konkretisiert, d.h. er stimmt diesem nicht zu.“³⁹¹

³⁸⁷ C.S.J., Urteil vom 18.12.58, GJ, Bd. XC, (2207-9), S. 129, zitiert bei *Reyes Echandía*, *Culpabilidad*, Kap. III, Nr. 2, 1°), S. 93 f.

³⁸⁸ C.S.J., Urteil vom 19.10.51, GJ, Bd. LXX, (2105-6), S. 622, zitiert bei *Reyes Echandía*, *Culpabilidad*, Kap. II, Nr. 5, S. 70.

³⁸⁹ C.S.J., Urteil vom 14.03.61, GJ, Bd. XCV, (2238), S. 171 f., zitiert bei *Reyes Echandía*, *Culpabilidad*, Kap. II, Nr. 5, S. 71.

³⁹⁰ C.S.J., Urteil vom 23.08.76, (nicht veröffentlicht), zitiert bei *Reyes Echandía*, *Culpabilidad*, Kap. II, Nr. 5, S. 73.

³⁹¹ C.S.J., Urteil vom 14.5.96, (9196), in: Website der Rama Judicial de Columbia, <http://www.ramajudicial.gov.co> - Stand: 19.5.2006.

Ähnlich heißt es in einer weiteren Entscheidung: „Im Unterschied zur bewussten Fahrlässigkeit, bei der der Handelnde das tatbestandliche Risiko kennt, dessen Verwirklichung er weder will noch akzeptiert und er sich deshalb zwecklos um eine Vermeidung des Erfolgseintritts bemüht hat, ist beim *dolus eventualis* die Vorstellung des strafbaren Erfolgs nicht von einer auf den Weg gebrachten Aktivität begleitet, diesen zu vermeiden, sondern ihm wird zugestimmt und er wird als mögliche Alternative akzeptiert.“³⁹²

Das Wollensmoment im Rahmen einer Akzeptanz (= Billigung) des Erfolgs soll also genügen. Es wird dabei dargelegt, dass „das emotionale Element nicht reiner Wille ist, sondern Willenseinstellung hinsichtlich des Vorgestellten, derart, dass nicht nur das direkt Gewollte zählen muss, sondern auch das implizit Zugelassene.“³⁹³

Auch hier bleibt festzuhalten, dass schon früher ein getätigter Vermeidewille für die Frage des Vorliegens des Willensmoments maßgebend entscheidend sein sollte.

Ohne nähere Begründung wurde bei Anwendung des Art. 36 CP a.F. auch zum Teil von der Rechtsprechung im kognitiven Bereich nicht auf das Möglichkeits-, sondern auf das Wahrscheinlichkeitswissen des Täters abgestellt; dabei wurde die zusätzliche Prüfung des Willensmoments nicht aufgegeben.³⁹⁴

In einer weiteren Entscheidung³⁹⁵ wurde (abermals unter Anwendung der Vorschrift des Art. 36 CP a.F.) wegen der Schaffung einer hohen Gefahr der bedingte Vorsatz bejaht.

Die erwiesenen Tatsachen waren die, dass der Angeklagte nach einem heftigen Streit aus dem Haus zu seinem Pkw ging. Im Haus verblieben mehrere Personen, darunter auch seine Lebensgefährtin und ein sechs Monate altes Kleinkind. Als die Lebensgefährtin aus dem Haus rufend mit dem Herbeirufen der Polizei drohte, holte der Angeklagte einen Revolver hervor und schoss blind durch ein mit einer Zinkplatte verdecktes Fenster des Hauses. Dabei wurde unbeabsichtigt das

³⁹² C.S.J., Urteil vom 12.10.95 (9032), in: Website der Rama Judicial de Columbia, <http://www.ramajudicial.gov.co> - Stand: 19.5.2006. Vgl. auch C.S.J., Urteil vom 25.11.87, JD, Bd. XVII, Bogotá, Legis, 1988, S. 35, zitiert bei *Velásquez Velásquez*, Derecho penal, PG, S. 410 (Fn. 156); Urteil vom 29.10.01 (10009), in: Website der Rama Judicial de Columbia, <http://www.ramajudicial.gov.co> - Stand: 19.5.2006.

³⁹³ C.S.J., Urteil vom 29.10.01 (10009), in: Website der Rama Judicial de Columbia, <http://www.ramajudicial.gov.co> - Stand: 19.5.2006.

³⁹⁴ C.S.J., Urteil vom 24.04.03 (17618), in: Website der Rama Judicial de Columbia, <http://www.ramajudicial.gov.co> - Stand: 19.5.2006.

³⁹⁵ C.S.J., Urteil vom 18.7.02 (12764), in: Website der Rama Judicial de Columbia, <http://www.ramajudicial.gov.co> - Stand: 19.5.2006.

Kleinkind tödlich getroffen. Der Angeklagte verließ den Tatort, ohne Hilfe zu leisten. Bei der Tat befand sich der Angeklagte in einem alkoholisierten Zustand.

Die Vorinstanz verurteilte den Angeklagten wegen vorsätzlicher Tötung. Die C.S.J. als Revisionsinstanz schloss sich dieser Auffassung an. Es wurde damit argumentiert, dass bei einem Schuss in ein Haus, in dem sich wissentlich mehrere Personen befinden, wegen des hohen Risikos (Wahrscheinlichkeit) des Treffens einer Person von Vorsatz ausgegangen werden könne. Auch läge kein Fall der *aberratio ictus* vor, da keine bestimmte Person anvisiert worden sei, mit einhergehendem Fehlgehen des Schusses.

Interessant an der Entscheidung ist das kurze Eingehen auf den mentalen Zustand des Angeklagten zur Tatzeit. Er war angetrunken und der Tat ist ein Streit vorhergegangen.

Ein in Betracht kommender Affekt kann allerdings nach der kolumbianischen Rechtsprechung grundsätzlich nicht den bedingten Vorsatz ausschließen. Hierzu heißt es in der Entscheidung: „Es lässt sich auch nicht rechtfertigen, dass im Moment der Tat die <volle mentale Klarheit> fehlte. Falls seine Entscheidung zu handeln, auf seine plötzliche Erregtheit zurückzuführen ist, so wird sein Wollen der Handlung nicht durch diesen emotionalen Zustand beseitigt. Man muss sich daran erinnern, dass gerade dieser <dolo de ímpetu> aus dem Bewusstsein und Willen des Täters, die persönliche Integrität eines anderen zu verletzen, besteht, welche Folgen auch immer eintreten. Der Eintritt von Verletzungen oder dem Tod ist dem Täter direkt und gleichermaßen seiner Vorstellung und seinem Wollen zuzurechnen. Der besagte seelische Zustand begründet die Entscheidung und Handlungsausführung des Täters in jeder Hinsicht <C.S.J., Urt. v. 14.07.99, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego>.“

Nach dem Wortlaut des Art. 22 CP n.F. ist das Wahrscheinlichkeitswissen beim *dolus eventualis* festgeschrieben worden.

In dem ersten hierzu vorgefundenen Urteil der C.S.J., bei dem allerdings noch Art. 36 CP a.F. zur Anwendung kam, heißt es: „Das aktuelle Gesetz (Art. 22) erwähnt, dass das Handeln vorsätzlich ist, wenn die Tatbestandsverwirklichung als wahrscheinlich vorhergesehen wurde, während die für die Tat anzuwendende Norm (Dcto. 100/80, Art. 36) die Handlung als vorsätzlich qualifiziert, wenn der Täter die Tat als möglich akzeptiert, eine Aussage, die weiter geht, wenn man bedenkt, dass das allgemein oder abstrakt Mögliche immer mit dem eingetretenen Erfolg oder dem Tatprozess in Verbindung steht, denn die eingetretene Realität befindet sich immer im Bereich der Möglichkeit (ansonsten wäre sie ja gerade nicht eingetreten, Anm. des Verfassers). Wohingegen

ein Urteil über die Wahrscheinlichkeit, die als konkrete Möglichkeit umschrieben werden kann, von erkenntnistheoretischer Art ist, die das einzutretende Gewisse oder Wahrhafte impliziert, abhängig von den Graden der Annäherung zur Gewissheit.“³⁹⁶

In den darauf folgenden Urteilen der C.S.J., bei denen erstmals Art. 22 CP n.F. zur Anwendung kam, stellte das Gericht dann auch wirklich im kognitiven Bereich nur noch auf das Wahrscheinlichkeitswissen ab. Am Willensmoment halten die Revisionsgerichte allerdings weiter fest. Durch das „Frei-dem-Zufall-Überlassen“ (so der neue Gesetzeswortlaut!) soll der Wille des Täters zur Erfolgsverwirklichung vermutet werden. Durch die Nichtbetätigung des rechtlich geforderten Vermeidewillens soll diese innere (vorsatzbegründende) Einstellung des Täters zutage kommen. Aufgezeigt seien folgende aktuelle Urteile:

In einer Entscheidung bestätigte die Revisionsinstanz die Bejahung des Eventualvorsatzes. Der Revisionsführer schoss mit einer Pistole, Kaliber 9 mm, aus nicht mehr als 2 Meter Entfernung auf den Körper eines anderen. Das Projektil ging durch den Körper des anvisierten und traf auch den Hals des unmittelbar dahinter stehenden zweiten Opfers, welches daraufhin verstarb. Der Revisionsführer hatte nachweislich nicht die Absicht, diese zweite Person zu treffen. Die Verteidigung berief sich auf die Neufassung des Art. 22 CP und führte aus, dass sich der Angeklagte wegen der Dunkelheit, seiner Furcht, Wut und seinem Zorn, auch nicht den zusätzlichen Treffer des zweiten Opfers für wahrscheinlich vorgestellt hatte. Diese Einlassung ließ das Revisionsgericht nicht gelten und berief sich auf die anderweitigen Feststellungen der Tatsacheninstanz, an die es grundsätzlich gebunden sei. Hiernach hatte der Angeklagte Übung mit der gefährlichen Schusswaffe großen Kalibers und wusste auch von der Todesgefahr für das zweite Opfer. Rechtsfehler bei der Beweisführung lägen nicht vor. Zu Art. 22 CP n.F. führte das Gericht folgendes aus: „Satz 1 der Norm definiert den *dolus directus*, Satz 2 den *dolus eventualis*, welcher vorliegt, wenn sich der Täter eine konkrete Wahrscheinlichkeit der Erfolgsverwirklichung vorstellt. Die Erfolgsherbeiführung ist nicht Teil seiner kriminellen Absicht, sie ist aber trotzdem in seinen Willen integriert, weil er nicht versucht, den Erfolg zu vermeiden und dessen Nichteintritt frei dem Zufall überlässt. [...] Ob eine Person mit Absicht zur Erfolgsverwirklichung gehandelt oder sich einen anderen als den gewollten Erfolg vorgestellt hat und diesen auf sich nahm, indem sie nichts zur Erfolgsvermeidung tat, sind folglich innere Tatsachen, die sich aus den äußeren Daten für den Richter nach der gesetzlichen Beweisführung ergeben. Dies ist so in diesem Fall gesche-

³⁹⁶ C.S.J., Urteil vom 18.2.04 (17252), in: Website der Rama Judicial de Columbia, <http://www.ramajudicial.gov.co> - Stand: 19.5.2006.

hen: da es heute unmöglich ist, zu wissen, was der Revisionsführer wirklich dachte und was von seinem Willen umfasst war, als er auf Hólverth Arturo Ardila zielte und schoss, haben die Instanzen den Tatablauf in ihrem Kontext gewürdigt und erkannten auf Vorsatz in Bezug auf den zweiten Erfolg. Sie folgten einem Erfahrungssatz, welcher mehr oder weniger folgenden Tenor hat: Immer wenn einer mit einer Schusswaffe auf eine andere bestimmte Person an einem stark besuchten Ort schießt, muss er wissen, dass jemand weiteres durch den Schuss verletzt oder getötet werden kann. Für diesen Senat handelt es sich hierbei um eine absolut adäquate Beweisführung, nach der man schlussfolgern kann, dass Rodríguez Balaguera - als er sich an dem Ort, an dem sich viele Personen befanden, zur Schussabgabe entschied - von der konkreten Wahrscheinlichkeit des nicht beabsichtigten Treffens einer weiteren Person wusste und trotzdem nichts unternahm, dies zu verhindern. Dies bedeutet damit die Billigung des wahrscheinlichen Erfolgs, im Falle seines Eintretens, und muss folglich für den zweiten Erfolg gewiss als vorsätzlich gewertet werden.“³⁹⁷

Auch in einer weiteren Entscheidung wollte die C.S.J. die Begründung der Revision, der Täter habe den Tod nicht vorhersehen können, nicht gelten lassen. Der Täter knebelte hier mit Raubabsicht seine 89 Jahre alte Tante mit derartiger Brutalität, dass diese schließlich an ihrer im Schlaf benutzten Zahnprothese erstickte. Auch nachdem das Opfer weniger atmete, ihren Angreifer identifizierte und schließlich verstarb, führte dieser seine Tat weiter aus, beendete seinen Raub und versuchte vorher auch nicht, den Tod zu verhindern. Der Täter führte zusätzlich ein Messer bei sich. Im Urteil heißt es: „Ein durchschnittlicher Mensch, wie dies der Beweisführer ist, in einem normalen mentalen Zustand, Abiturient, 28 Jahre alt, verheiratet, 3 Kinder, war fähig, die elementarste Folge seines Handelns zu erkennen (den Tod des Opfers, Anm. des Verfassers), was nach allgemeiner menschlicher Erfahrung nach einiger Zeit eintreten kann, wenn man einer alten Person den Mund stopft und dabei beobachtet, wie das Opfer im Vergleich zur Ausgangslage <nicht mehr dieselbe Kraft aufwendet und auch weniger schreit> und <sehr wenig atmet>, wie sich der Revisionsführer eingelassen hat.“ Es folgen dann Ausführungen zu Art. 36 CP (1980) a.F. im Vergleich zu Art. 22 CP (2000) n.F.: „Unzweifelhaft hat der Código von 1980 in Bezug auf den *dolus eventualis* strikt die Billigungstheorie verfolgt, (mit Verwendung der Begriffe <es akzeptiert, als möglich vorhersieht>) die ihren Schwerpunkt auf den volitiven Faktor legt, wenn nämlich der Täter die Erfolgsverwirklichung akzeptiert und billigt, da er mit dem Eintritt rechnet.

³⁹⁷ C.S.J., Urteil vom 8.9.04 (20373), in: Website der Rama Judicial de Columbia, <http://www.ramajudicial.gov.co> - Stand: 17.9.2007.

Der Código von 2000 verfolgt nicht mehr diese Theorie und entscheidet sich für die Wahrscheinlichkeitstheorie, in welcher das volitive Moment deutlich reduziert ist und der kognitive Bereich überwiegt. Unbeachtlich des Willens bei diesem Konzept des *dolus eventualis*, liegt der feine Unterschied zur bewussten Fahrlässigkeit darin, dass dort der Täter auf ein Ausbleiben vertraut und mit dieser Überzeugung handelt. Beim *dolus eventualis* hingegen findet sich der Täter mit der Erfolgsverwirklichung ab, weil er sich diese für wahrscheinlich vorstellt und nichts zur Verhinderung des Eintritts tut. Andererseits wird im Código von 2000 geregelt, dass nicht die Vorstellung von der Möglichkeit genügt, wie dies der Código von 1980 bestimmte, die als das Reale, Objektive, Notwendige (nur das Reale ist möglich und real ist nur etwas, wenn es möglich ist) als Teil des Seins verstanden wurde. Es zählt nun das, was wahrscheinlich ist, d.h. was von erkenntnistheoretischer Art ist. Es handelt sich um eine subjektive Betrachtung in Bezug auf das Ereignis. Hier entscheidet die relative Beziehung zur Handlung, der Glaube, die Häufigkeit der Handlung, wie auch die Größe der Gefahr. Die Wahrscheinlichkeit ist ein Begriff, der mit Argumenten ausgefüllt werden muss.³⁹⁸

C. Lehre

Auch wenn in der Lehre vor der letzten Gesetzesreform allgemein im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut die Billigungstheorie vertreten wurde, wurde vereinzelt der *dolus eventualis* auch so bestimmt, dass die Möglichkeitsvorstellung auf der kognitiven Seite nicht ausreichen sollte. Der bedingte Vorsatz sei nur dann zu bejahen, wenn der Täter den als wahrscheinlich vorhergesehenen Erfolgseintritt akzeptiert hat (Vereinigungslehre). Hierzu heißt es von *Reyes Echandía*³⁹⁹: „Beim *dolus eventualis* verfolgt der Täter ein strafrechtlich unbeachtliches Ziel, aber er stellt sich die Verwirklichung eines unerlaubten Erfolgs als wahrscheinlich vor, ohne dass er von seiner Linie seines anfänglichen Handelns ablässt, sondern im Gegensatz dazu macht er weiter und nimmt das Risiko jenes Erfolgseintritts auf sich; oder es richtet sich sein bewusster Wille auf ein

³⁹⁸ C.S.J., Urteil vom 15.9.04 (20860), in: Website der Rama Judicial de Columbia, <http://www.ramajudicial.gov.co> - Stand: 17.9.2007. Vgl. auch C.S.J., Urteil vom 7.9.06 (25565), 25.7.07 (21559) in: Website der Rama Judicial de Columbia, <http://www.ramajudicial.gov.co> - Stand: 17.9.2007.

³⁹⁹ *Reyes Echandía*, Culpabilidad, Kap. II, Nr. 3, 2°, S. 58 f. Vgl. auch, *ders.*, Derecho penal, S. 212.

unerlaubtes gewünschtes Ereignis, aber er stellt sich die Wahrscheinlichkeit vor, dass statt dessen, oder zusätzlich zu diesem, ein anderes, gleichermaßen unerlaubtes Ereignis eintreten kann, und er entscheidet sich, fortzufahren, ohne etwas zu tun, um zu vermeiden, dass die besagten eventuellen Erfolge eintreten. [...] Damit reicht für den *dolus eventualis* die bloße Möglichkeit - verstanden als entferntes und vages Ereignis - nicht aus, auch ist die Gewissheit der unerlaubten Erfolgsverwirklichung nicht unerlässlich, sondern es muss die Wahrscheinlichkeit vorliegen, dass es sich verwirklicht, in dem Sinne, dass der Täter die Verwirklichung des konkreten Ereignisses ernst nimmt. Es ist nicht so, dass der Täter in solchen Fällen den Erfolg nicht will, sondern dass - wie die Deutschen sagen - er diesen nicht nicht will; [...]. Beim *dolus eventualis* bevorzugt der Täter die Ausführung der Anfangs vorhergesehenen und gewollten Tat, obwohl er darüber hinaus die Wahrscheinlichkeit eines anderen unerlaubten Erfolgs erkennt. Der Täter setzt sich mit seinem Weiterhandeln über diese Erkenntnis hinweg. In solchen Fällen sagt sich der Täter, wie *Frank* hervorhebt: Sei es so oder anders, egal was passiert, ich handle in jedem Fall.“

Zuletzt macht derselbe Autor an gleicher Stelle geltend, dass in Art. 36 CP a.F. vom Gesetzgeber besser das Wort „wahrscheinlich“ statt „möglich“ hätte eingefügt werden müssen.

Die Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit nimmt *Reyes Echandía*⁴⁰⁰ mit dem Vertrauen des Täters auf ein Ausbleiben des Erfolgs vor. Im Gegensatz dazu nehme der Täter beim *dolus eventualis* das Risiko des unerwünschten und wahrscheinlichen Erfolgseintritts auf sich und unternehme nichts, um diesen zu verhindern. Weiter führt er aus: „Wir könnten hinzufügen, dass der Handelnde beim Vorsatz - wenn er auch eventuell ist - reales Bewusstsein über das Unerlaubtsein seines Verhaltens hat, oder genauer, des Erfolgs seines Handelns, wohingegen bei der bewussten Fahrlässigkeit sein Bewusstsein über das Unerlaubtsein weniger Potenzial hat.“

In der neuesten Literatur macht *Velásquez Velásquez* deutlich, dass die Vorsatzlegaldefinition in Art. 22 CP n.F. weiterhin so verstanden werden sollte, dass es für jegliche Form von Vorsatz jedenfalls eines Wissens- und Wollensmoments bedarf.⁴⁰¹ In Bezug auf den *dolus eventualis* soll mit dem Tatbestandsmerkmal des „Frei-dem-Zufall-Überlassens“ die Entscheidung des Täters (Einstellungsmoment) zur Rechtsgutsverletzung zum Ausdruck kommen. Letztlich zeige dies die Gleichgültigkeit und Einwilligung des Täters in Bezug auf den Erfolg. Hierin soll jedenfalls ein dogmatischer Unterschied zur Auffassung *Herzbergs* liegen, wobei zugegeben wird, dass jetzt

⁴⁰⁰ *Reyes Echandía*, Culpabilidad, Kap. III, Nr. 2, 1°), S. 93.

⁴⁰¹ *Velásquez Velásquez*, Manual, Kap. XI, III., C), a), S. 297.

mit der Betonung im Gesetz auf das Wahrscheinlichkeitswissen, die kognitiven Elemente in ihrer Bedeutung überwiegen.⁴⁰² Andererseits geht der Autor nicht soweit, nur ein Wahrscheinlichkeitswissen für den bedingten Vorsatz zählen zu lassen, ein Möglichkeitswissen soll genügen, eine eventuelle Diskrepanz mit dem eindeutigen Gesetzeswortlaut wird nicht diskutiert.⁴⁰³

Die Auswertung weiterer Literatur unterstreicht dieses Ergebnis. Die Gesetzesreform hat die bereits bestehenden Auffassungen in der Literatur nicht großartig beeinflusst. Es wird weiterhin der Billigungstheorie gefolgt.⁴⁰⁴ In Bezug auf Affekttaten soll dabei der impulsiv Handelnde alle möglichen und diesem gleichgültigen Erfolge akzeptiert haben und so in der Regel immer der bedingte Vorsatz zu bejahen sein. Wenn der Täter wutentbrannt plötzlich auf sein Opfer schießt, habe dieser zwar keine Absicht dieses zu töten oder zu verletzen, aber der Wille sei auf beide ihm in diesem Moment gleichgültigen Erfolge gerichtet.⁴⁰⁵

Insgesamt muss erwähnt werden, dass es in der Rechtslehre von Kolumbien weniger Literatur gibt, die den *dolus eventualis* genauer behandelt, als das in Spanien oder Deutschland der Fall ist. Oftmals werden auch hier spanische und deutsche Autoren zitiert und deren Meinung mit in die Diskussion einbezogen.

D. Zusammenfassung Länderbericht Kolumbien

I. Gesetzestext

Bis zur Reform im Jahre 2000 definierte Art. 36 CP a.F. (1980) den Vorsatz. Für den *dolus eventualis* musste hiernach, wie nach der klassischen Billigungstheorie, eine Möglichkeitsvorstellung und ein Akzeptieren hinsichtlich des Erfolgs vorliegen.

⁴⁰² Velásquez Velásquez, Manual, Kap. XI, III., C), a), S. 302.

⁴⁰³ Velásquez Velásquez, Manual, Kap. XII, II., C), c), S. 344.

⁴⁰⁴ Vgl. etwa hierzu Arboleda Vallejo, Portafolio de derecho penal, Art. 22 CP (m.w.N.).

⁴⁰⁵ Altavilla, La culpa, S. 80. Vgl. auch Fernández Carrasquilla, Derecho penal fundamental, S. 266 (spricht von „dolo afectivo“).

Der neue Código Penal (Ley 599) lässt in Art. 22 S. 2 beim *dolus eventualis* dem Wortlaut nach die Möglichkeitsvorstellung auf der kognitiven Seite nicht mehr genügen. Hiernach muss zu dessen Bejahung der Erfolg vom Täter als wahrscheinlich vorhergesehen und dessen Nichteintritt frei dem Zufall überlassen worden sein.

II. Höchstrichterliche Rechtsprechung

Die kolumbianische Corte Suprema de Justicia bestimmte bis zur Gesetzesreform im Jahre 2000 den bedingten Vorsatz weitgehend nach der Billigungstheorie, wobei auch zum Teil ohne nähere Begründung im Wissensmoment eine Wahrscheinlichkeitsvorstellung gefordert wurde. Beim Vertrauen des Täters auf ein Ausbleiben des Erfolgs sollte der Vorsatz zu verneinen sein. Dieses Vertrauen wurde in Fällen verneint, bei denen der Täter nichts zur Erfolgsvermeidung getan hat und so das Risiko der Erfolgsverwirklichung zuließ, d.h. sich hierauf einließ und sich so mit der Verwirklichung abfand. Hieran ist zu erkennen, dass schon früher der betätigte Vermeidewille bei der Frage um den Eventualvorsatz mit einer entscheidenden Rolle gespielt hat.

Die aktuelle Eventualvorsatzdefinition in Art. 22 CP S. 2 n.F., nach der der Nichteintritt des als wahrscheinlich erkannten Erfolgs frei dem Zufall überlassen werden muss, ist das gesetzgeberische Resultat dieser Entwicklung. Dabei wird weiterhin nicht auf das voluntative Moment verzichtet, es wird aber zugegeben, dass es jetzt deutlich mehr auf den kognitiven Bereich ankommt, bei dem nur die Wahrscheinlichkeitsvorstellung des Täters zählt, die in einer wertenden Betrachtung festgestellt werden muss und weniger weit als die Möglichkeitsvorstellung geht. Hat der Täter die erforderliche Wahrscheinlichkeitsvorstellung und tut er nichts, um den Erfolgseintritt zu vermeiden, so soll auch sein notwendiger Wille zur Erfolgsverwirklichung vorliegen. Mit seinem Weiterhandeln zeige der Täter, dass er sich mit dem Erfolg abgefunden hat. Vertraue der Täter hingegen auf ein Ausbleiben des Erfolgs, so soll bei ihm keine Wahrscheinlichkeitsvorstellung vorliegen. Die Tendenz geht allerdings dahin, bei der Beweisführung irrationale Schutzbehauptungen nicht gelten zu lassen.

III. Lehre

In der Lehre hat sich seit der Gesetzesreform nicht soviel geändert, wie man eigentlich bei der Neudefinition erwarten würde. Allgemein wird weiter der Billigungstheorie gefolgt. Durch das „Frei-dem-Zufall-Überlassen“ soll letztendlich der Wille (Billigung) zur Erfolgsverwirklichung zum Ausdruck kommen. Unternimmt der Täter bei dieser Vorstellung nichts, um den Erfolg zu vermeiden, so lässt er nach der Literatur den Erfolg zu und akzeptiert diesen. Nur vereinzelt wird zugegeben, dass die Betonung nun mehr auf der Wissensseite liegt.

Fünfter Abschnitt (Deutschland)

A. Gesetzestext

Das Strafgesetzbuch (StGB) vom 15.05.1871 definiert weder den direkten noch den bedingten Vorsatz.

Vorschläge hierfür fanden sich in §§ 16 - 18 StGB-Entwurf von 1962, der sich allerdings nicht durchsetzen konnte.⁴⁰⁶

§ 16 StGB-Entwurf (1962) lautete: „Vorsätzlich handelt, wem es darauf ankommt, den gesetzlichen Tatbestand zu verwirklichen, wer weiß oder als sicher voraussieht, dass er den gesetzlichen Tatbestand verwirklicht, oder wer die Verwirklichung für möglich hält und sich mit ihr abfindet.“⁴⁰⁷

In der aktuellen Fassung des StGB finden sich Regelungen zum Vorsatz in §§ 15 f.

§ 15 StGB lautet:

„Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht.“

§ 16 StGB behandelt den Irrtum:

„Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt.

Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche den Tatbestand eines milderen Gesetzes verwirklichen würden, kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem milderen Gesetz bestraft werden.“

Aus der Regelung des § 16 StGB ist erkennbar, dass nach dem Willen des Gesetzgebers bei einer Unkenntnis des Täters über ein Tatbestandsmerkmal der einschlägigen Strafnorm kein Vorsatz (in welcher Form auch immer) vorliegen kann.

⁴⁰⁶ Vgl. *Hauf*, Strafrecht, AT, S. 23.

⁴⁰⁷ Bundestags-Drucksache VI/4095, S. 8. *Roxin*, JuS 1973, S. 201, sprach sich im Nachhinein jedenfalls für die Übernahme der Legaldefinition des *dolus eventualis* aus. Hiergegen ist *Puppe*, NK, § 15, Rn. 13.

Die nähere Bestimmung des Vorsatzes, inklusive des *dolus eventualis*, bleibt der Rechtsprechung und Lehre überlassen.

B. Höchstrichterliche Rechtsprechung⁴⁰⁸

I. Billigungstheorie

Der Bundesgerichtshof (BGH)⁴⁰⁹ als Revisionsgericht verfolgt bei der Frage des Bestehens von bedingtem Vorsatz⁴¹⁰ schon immer die Billigungstheorie. Danach muss der Täter den wenigstens für möglich erkannten Erfolg billigend in Kauf genommen haben.⁴¹¹

Hinsichtlich des Vorstellungsmoments spricht der BGH vom Erkennen eines möglichen und nicht ganz fern liegenden tatbestandlichen Erfolgs.⁴¹² Die Möglichkeitsvorstellung des Täters müsse sich im Einzelfall nachweisen lassen und könne nicht schon aus einer allgemeinen Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem Schicksal seines Opfers abgeleitet werden.⁴¹³

1. Tötungsdelikte

Bei der Rechtsprechung des BGH zum bedingten Vorsatz ist zwischen Tötungsdelikten und anderen Delikten zu unterscheiden. In den überwiegend entschiedenen Fällen, bei denen der beding-

⁴⁰⁸ Entscheidungen des BGH ab dem 01. Januar 2000 sind im Internet unter <http://www.bundesgerichtshof.de/entscheidungen/entscheidungen.php>, veröffentlicht.

⁴⁰⁹ Bis zum Ende des 2. Weltkrieges Reichsgericht (RG).

⁴¹⁰ Heutzutage wird der *dolus eventualis* von der Rechtsprechung zumeist als bedingter Vorsatz bezeichnet. Diese Bezeichnung wird in der Literatur von *Roxin*, AT/1, § 12 Rn. 24 und *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 215 abgelehnt, da der bedingte Wille ein irrelevanter strafloser interner Akt sein soll. Jeder Tatbestandsvorsatz setze gerade einen unbedingten Handlungswillen voraus.

⁴¹¹ Siehe beispielsweise BGHSt 36, 9; BGH StV 1995, 511; BGH NStZ 1988, 175; 2000, 583; 2001, 86.

⁴¹² So z.Bsp. BGHSt 36, 9; BGH JZ 1981, 35; BGH NStZ 1981, 23; BGH, Beschl. v. 3.11.93 - 4 StR 583/93, in: BGHR StGB § 223 Vorsatz, 1; BGH NStZ 2002, 315.

⁴¹³ BGH StV 1995, 511; BGH NJW 1953, 152.

te Vorsatz von der Rechtsprechung näher erörtert wurde, handelt es sich um Tötungsdelikte.⁴¹⁴ Dies hat zum einen seinen Grund darin, dass es hier um höhere Strafen geht und so eine besonders sorgfältige Prüfung bei den Gerichten propagiert wird. Zum anderen hat sich aber bei den Tötungsdelikten eine eigene Rechtsprechung zum *dolus eventualis* herausgebildet. Bei der Prüfung des Tötungsvorsatzes hat der BGH die sog. Hemmschwellentheorie entwickelt. Diese besagt, dass jeder Mensch erst einmal eine natürliche, instinktive Hemmschwelle vor der Tötung eines anderen habe, was erst einmal gegen dessen Vorsatz sprechen soll. Dies soll allerdings nicht bei Unterlassungsdelikten gelten, da ein passives Sterbenlassen emotional leichter durchführbar sei.⁴¹⁵

Eine viel zitierte klassische Entscheidung des BGH über den *dolus eventualis* bei Tötungsdelikten ist die sog. *Lederriemenentscheidung*⁴¹⁶ vom 22.4.1955.

In Bezug auf die voluntative Seite wird von einem Billigen „im Rechtssinne“ gesprochen, was darauf aufmerksam machen soll, dass dem Täter der Eintritt der Nebenfolge höchst unerwünscht sein kann. Es wird kein natürlicher Wille gefordert, ein juristisch-normativer Wille, der auch als ein „sich-Abfinden-mit-dem-Erfolg“ umschrieben wird, soll für den *dolus eventualis* genügen. Hierzu heißt es: „Bedingter Vorsatz kann auch dann gegeben sein, wenn dem Täter der Eintritt des Erfolgs unerwünscht ist. Im Rechtssinne billigt er diesen trotzdem, wenn er, um des erstrebten Zieles willen, notfalls, d.h. sofern er anders sein Ziel nicht erreichen kann, sich auch damit abfindet, dass seine Handlung den an sich unerwünschten Erfolg herbeiführt, und ihn damit für den Fall seines Eintritts will (vgl. für einen ähnlich liegenden Fall RGSt 67, 424).“

a) Rein subjektivistischer Ansatz

Obwohl die *Lederriemenentscheidung* in der aktuellen Literatur immer wieder genannt wird, gibt sie nicht die heutige zumeist rein subjektivistische Rechtsansicht des BGH wieder. In den heuti-

⁴¹⁴ Eine übersichtliche Zusammenfassung der neuesten höchstrichterlichen Rechtsprechung von mit bedingtem Vorsatz begangenen Tötungsdelikten bietet *Schneider*, MüKo/ StGB, § 212 Rn. 4 ff.

⁴¹⁵ BGH NStZ 1992, 125 mit kritischer Besprechung von *Puppe*, NStZ 1992, S. 576 f., die berechtigterweise kritisiert, dass derjenige schwerer bestraft wird (Vorsatztötung), der eine niedrigere Hemmschwelle zu überwinden hat (Unterlassungsdelikte), obwohl doch den, der sich gar über eine hohe Hemmschwelle hinwegsetzt, ein höherer strafrechtlicher Vorwurf trifft.

⁴¹⁶ BGHSt 7, 363, 369.

gen Entscheidungen spricht der BGH nicht mehr von einem „Billigen im Rechtssinne“, sondern von einem „Billigend in Kaufnehmen“. Nach heutiger Sichtweise des BGH muss der Täter selbst den Erfolg gebilligt haben. Vereinzelt verwendet der BGH neben „Billigen“ den Begriff „Akzeptieren“.⁴¹⁷

Dem Täter soll die Billigung nicht von Rechts wegen zugeschrieben werden können. Auch wenn es dem BGH schwer fällt, zu erklären, wie die Billigung genauer zu verstehen ist, so fordert er dennoch, dass die Billigung im Inneren des Täters auch wirklich vorliegt. Die Billigung wird also heute als eine natürliche, emotional-voluntative Einstellung des Täters zum Erfolg verstanden.

Für den Vorsatzausschluss verlangt die Rechtsprechung ein ernsthaftes, und nicht bloß vages, Vertrauen oder Hoffen auf ein Ausbleiben des Erfolgs, was zeigen soll, dass der Täter mit dem Erfolgseintritt nicht einverstanden ist.⁴¹⁸ Letztlich soll der Vorsatz im voluntativen Bereich allein von der Einstellung des Täters abhängig sein. Auf dieser Linie wird in vielen Entscheidungen betont, dass auch bei bewusst gefährlichen Handlungen zu prüfen ist, ob der Täter nicht doch auf ein Ausbleiben des Erfolgs vertraut hat und der bedingte Vorsatz so zu verneinen ist.⁴¹⁹

Die Instanzgerichte werden dabei vom BGH immer wieder ausdrücklich ermahnt, den Ausdruck „billigend in Kauf nehmen“ nicht formelhaft zu verwenden, sondern den zur inneren Tatseite aufgeklärten Sachverhalt unter dieses Merkmal konkret zu subsumieren und den Sachverhalt umfassend zu würdigen.⁴²⁰

Zwar gibt dabei das Revisionsgericht zu, dass die in § 261 StPO geregelte Beweiswürdigung auch beim bedingten Vorsatz grundsätzlich Sache des Tatgerichts ist und eine Überprüfung nur eingeschränkt möglich ist; die Prüfung durch das Revisionsgericht dürfe lediglich auf Rechtsfehler erfolgen. Eine rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung sei dann gegeben, „wenn sie widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, wenn sie gegen gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit zu hohe Anforderungen gestellt worden sind.“⁴²¹

⁴¹⁷ BGH NStZ 1988, 175.

⁴¹⁸ So z.Bsp. BGHSt 36, 10; BGH NJW 1989, 3027; BGH NStZ 1987, 362.

⁴¹⁹ BGH NStZ 1984, 19; 1986, 550; 1987, 424.

⁴²⁰ BGH (bei Holtz) MDR 1977, 105; StV 1983, 444; NJW 1983, 2268; NStZ 1984, 19; StV 1984, 187; NStZ 1986, 550; 1987, 424; 1988, 175. Ähnlich betont *Puppe*, Anm. zu BGH NStZ 1987, 362, dass zur Vermeidung eines Argumentationszirkelschlusses bei der konkreten Subsumtion unter den *dolus eventualis* die erwiesenen deskriptiven Tatsachenumstände herangezogen werden und nicht etwa mit den Rechtsbegriffen an sich argumentiert wird, die es gerade erst zu subsumieren gilt.

⁴²¹ Ständige Rspr.: vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 16; Überzeugungsbildung 33.

Der BGH betont gerade bei Tötungsdelikten im Hinblick auf seine Hemmschwellentheorie immer wieder, dass die Größe der vom Täter bewusst gesetzten Gefahr allenfalls ein Indiz für den *dolus eventualis* sei, die Gerichte aber auch bei Schaffung einer unmittelbaren, vom Täter nicht kontrollierten Erfolgsgefahr sorgfältig zu prüfen hätten, ob der Täter den Erfolg auch wirklich billigend in Kauf genommen hat oder nicht doch ernsthaft auf ein Ausbleiben desselben vertraut hat.⁴²² Dass bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen auch der Tötungsvorsatz verneint werden kann, zeige § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, wonach es eben auch eine gefährliche Körperverletzung „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung“ gibt. Es sei durchaus möglich, dass sich der Täter aller Umstände einer das Leben gefährdenden Behandlung bewusst sei, ohne sich konkret klar darüber zu werden, dass er auch den Tod des Opfers herbeiführen kann.⁴²³

Ähnlich meint der BGH⁴²⁴ in einer aktuelleren Entscheidung, bei der der Ehemann beim Pkw seiner Ehefrau den Bremsschlauch fast vollständig durchtrennt hatte, dass vom Landgericht Feststellungen dazu getroffen werden müssten, ob nicht im konkreten Fall der Täter doch nur mit einem darauf folgenden Unfall ohne Todesfolgen gerechnet hat. Die Ehefrau musste, bevor sie auf die stark befahrene Bundesstraße kam, von ihrer Wohnung erst einmal 500 Meter ein Wohngebiet, in dem mehrere Vorfahrtstraßen zu beachten waren, durchfahren. Hier gelang es ihr auch mit Betätigung der Handbremse zu halten, ohne dass es zu einem Unfall kam.

Nach Ansicht des Revisionsgerichts sollen jedenfalls vom Tatgericht Feststellungen dazu getroffen werden, ob der Täter nicht doch „nur“ mit einem solchen Verlauf, ohne Eintritt von Todesfolgen, gerechnet hat.

In einem anderen Fall hat der BGH entschieden, dass bei wiederholter Verabreichung von suchterzeugenden, lebensgefährdenden Schmerzmitteln in einer hohen Dosis an einen Säugling über einen längeren Zeitraum beim Täter ein Gewöhnungseffekt eintreten kann und infolgedessen die tatrichterliche Feststellung, dass die angeklagte Mutter - wie in den Fällen zuvor - auf einen guten Ausgang vertraut hat (Vorsatzausschluss), nicht zu beanstanden sei.⁴²⁵

Auch in der umstrittenen Entscheidung des BGH⁴²⁶ im Jahre 1988, bei der es um den bedingten Ansteckungsvorsatz zur Übertragung des AIDS-Virus ging, ließ das Gericht jedenfalls hinsicht-

⁴²² BGH NStZ 1984, 19; 1986, 550; 1991, 126; StV 1991, 510.

⁴²³ BGHR § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter, 10; BGH StV 1995, 511.

⁴²⁴ BGH NStZ 2006, 446.

⁴²⁵ BGH NStZ 2006, 36.

⁴²⁶ BGHSt 36, 1.

lich des Versuchs einer Tötung die Hoffnung auf das Ausbleiben des Todes zur Verneinung des Tötungsvorsatzes genügen.

Bei dem entschiedenen Sachverhalt handelte es sich um einen angeklagten Homosexuellen, der von seiner HIV-Infektion wusste und trotzdem ungeschützten Geschlechtsverkehr mit einem anderen hatte, ohne diesen über seine Krankheit aufzuklären. Der Angeklagte wusste, dass zur sicheren Vermeidung der Übertragung der Krankheit geschützter Geschlechtsverkehr unter Verwendung von Präservativen notwendig gewesen wäre.

Der BGH bejahte den bedingten Vorsatz hinsichtlich des Versuchs einer gefährlichen Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (der Infektion) und verneinte - wieder mal unter Zuhilfenahme seiner Hemmschwellentheorie - den hinsichtlich des Versuchs einer Tötung. Letzteres aus dem Umstand heraus, dass die Inkubationszeit bis zum tödlichen Ausgang der Krankheit über mehrere Jahre dauere und der Angeklagte möglicherweise (in dubio pro reo!) auf die vorherige Entdeckung eines Heilmittels gehofft haben könnte.

Hierzu heißt es in der Urteilsbegründung: „Die Annahme, der Angeklagte habe jeweils mit bedingtem Vorsatz einen Versuch der gefährlichen Körperverletzung begangen, wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass das Landgericht trotz der mit einer Ansteckung verbundenen tödlichen Gefahr einen bedingten Tötungsvorsatz nicht festgestellt hat. Auch insoweit hält sich das angefochtene Urteil im Rahmen gefestigter Rechtsprechung, die immer wieder darauf hingewiesen hat, dass vor dem Tötungsvorsatz eine viel höhere Hemmschwelle steht als vor dem Gefährdungs- oder Verletzungsvorsatz (vgl. BGH StV 1984, 187; 1986, 421; BGH NStZ 1983, 407; 1984, 19; 1988, 175; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 8 und 12). Dass diese Hemmschwelle hier überschritten war, konnte die Strafkammer nicht feststellen: Zweifel an der Billigung eines tödlichen Ausgangs leitet sie insbesondere daraus her, dass bei AIDS mit einer variablen, unter Umständen sehr langen Inkubationszeit gerechnet wird und dass der Angeklagte möglicherweise die Hoffnung vieler HIV-Infizierter teilte, in dieser Zeit werde ein Heilmittel gegen AIDS gefunden werden, und die Krankheit werde bei ihm selbst, aber auch bei seinen Partnern, sollte er sie überhaupt angesteckt haben, erst nach der Entdeckung eines solchen Heilmittels ausbrechen. Entgegen insoweit im Schrifttum geäußelter Kritik (Herzberg NJW 1987, 1461, 1465; Geppert Jura 1987, 668, 672; Prittitz JA 1988, 486, 501 f.) enthält die Entscheidung des Landgerichts keinen methodischen Widerspruch. Dies zeigt schon die Unterscheidung des Gesetzes zwischen - bedingt - vorsätzlicher Tötung und vorsätzlicher Körperverletzung <mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung> (§ 223 a StGB [heute § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, Anm. des Ver-

fassers]). Es ist durchaus möglich, dass der Täter alle Umstände kennt, die sein Vorgehen zu einer das Leben gefährdenden Behandlung machen, ohne doch - infolge welcher Gegebenheiten der konkreten Situation auch immer - billigend in Kauf zu nehmen, dass sein Tun zum Tode des Opfers führt (BGH, Urt. vom 11. Juni 1985 - 1 StR 200/85; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 6 und 10).⁴²⁷

Genauso betont der BGH in vielen Entscheidungen, dass bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen der bedingte Tötungsvorsatz zwar nahe liege.⁴²⁸ Dabei sollen jedoch anderweitige Umstände, wie beispielsweise die psychische Verfassung des Täters (Affekt), seine eigentlichen Tatmotive und seine allgemeine Persönlichkeit, dazu führen können, dass der Tötungsvorsatz dennoch zu verneinen ist. In einer Entscheidung⁴²⁹ heißt es beispielsweise hierzu: „a) Die Abgrenzung des bedingten Tötungsvorsatzes vom Körperverletzungsvorsatz erfordert bei schwerwiegenden Gewalttaten eine sorgfältige Prüfung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls. Der Täter handelt mit bedingtem Tötungsvorsatz, wenn er den Eintritt des Todes als möglich und nicht ganz fern liegend erkennt und ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen mit ihm abfindet. Für den Nachweis stellt die offensichtliche Lebensgefährlichkeit einer Handlung einen Umstand von erheblichem Gewicht dar, so dass bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen der subjektive Tatbestand eines Tötungsdelikts sehr nahe liegt. Angesichts der hohen Hemmschwelle bei Tötungsdelikten bedarf die Frage der Billigung des Todes indes eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände, in die auch die psychische Verfassung des Täters bei der Tatbegehung sowie seine Motive mit einzubeziehen sind (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 35, 38, 51; BGH NStZ-RR 2000, 165, BGH, Urt. v. 24. März 2005 - 3 StR 402/04).“

Beim so genannten *Karatefall*⁴³⁰, bei dem ein ausgebildeter Karatekämpfer dem einjährigen Kind seiner Freundin aus Wut über dessen Schreie mit aller Kraft einen Handkantenschlag gegen den Kopf versetzte und es so tötete, kam dem Täter nach Ansicht des BGH letztlich seine affektive Erregung bei der Tat und seine allgemein gute Persönlichkeit zugute.

⁴²⁷ BGHSt 36, 15 f.

⁴²⁸ BGH, Urt. v. 9.8.2005 - 5 StR 352/04; 26.1.2005 - 5 StR 290/04; vgl. auch NStZ 2003, 31; BGHR StGB § 212 Vorsatz bedingter 58.

⁴²⁹ BGH, Urt. v. 9.8.2005 - 5 StR 352/04, S. 7 f., in: BGH NStZ 2006, 99.

⁴³⁰ BGH JZ 1989, 449 f. = NStZ 1988, 175 = MDR 1988, 277. Diese Entscheidung wird berechtigterweise dahingehend kritisiert, dass es nun im Einzelnen darauf ankommen soll, ob der Täter im Allgemeinen ein anständiger Kerl ist, so *Herzberg*, JZ 1988, S. 637; eingehender Kommentar bei *Schumann*, JZ 1989, S. 427 ff.

Seine „gute“ und „fürsorgliche“ Persönlichkeit wurde daraus geschlossen, dass er vorher immer gegenüber seinen eigenen Kindern ein „zärtlicher“ Vater gewesen sein soll und dies auch immer vorher gegenüber dem Opfer gewesen sein soll. Das Kind hat der Angeklagte noch vorher geduscht, gewickelt, ihm zu Essen gegeben und ins Bett gebracht. Später aus Verärgerung über die Schreie des Kindes hat er dieses „entweder mindestens viermal mit der Faust gegen die Stirn geschlagen oder ihn mit der Hand am Hinterhaupt gepackt und mit der Stirn mindestens zweimal auf eine feste Unterlage geschlagen.“ Danach gab er dem Kind eine Banane zu Essen, worauf am Ende der zum Tode führende Handkantenschlag folgte.

Der BGH beanstandete die Bejahung des bedingten Vorsatzes durch das Tatgericht. Trotz der äußerst gefährlichen Gewaltanwendungen sei vom Landgericht unter Beachtung der Hemmschwellentheorie nicht genügend geprüft worden, ob der Angeklagte nicht dennoch auf einen guten Ausgang vertraut hat. Zur Einbeziehung der Persönlichkeit des Angeklagten in die Prüfung heißt es: „Insbesondere bei einer spontanen, unüberlegten, in affektiver Erregung ausgeführten Einzelhandlung kann aus dem Wissen von einem möglichen Erfolgseintritt nicht allein ohne Berücksichtigung der sich aus der Persönlichkeit des Täters und der Tat ergebenden Besonderheiten geschlossen werden, dass auch das - selbständig neben dem Wissenselement stehende - voluntative Vorsatzelement gegeben ist. Die Würdigung hierzu muss sich mit den Feststellungen des Urteils zur Persönlichkeit des Angekl. auseinandersetzen und auch die zum Tatgeschehen bedeutsamen Umstände mit in Betracht ziehen (BGH, bei *Holtz*, MDR 1977, 458).“

Für den BGH kommt der Persönlichkeit des Angeklagten sowie seine Beziehung zum Opfer bei der Erörterung der Vorsatzfrage auch in vielen weiteren Entscheidungen ein nicht zu unterschätzender Stellenwert zu. Dort, wo die vorsätzliche Tötung dem ersten Anschein nach nicht zu diesen Kriterien passt, wird eine noch eingehendere Prüfung zur Bejahung des Vorsatzes verlangt. Zugunsten des Täters soll eine im Vergleich zur eigentlichen Täterpersönlichkeit zur Tatzeit abnormale affektive Erregung in Betracht kommen, die den Vorsatz ausschließt.

Der BGH hat hierzu entschieden, dass die affektive Einengung des Bewusstseins hinsichtlich des alleinigen Ziels und der dazugehörigen Mittel auch dazu führen kann, dass sich der Täter anderer Tatumstände (z.Bsp. Mordmerkmale) gar nicht (mit-)bewusst ist, es also auch hier an der nötigen Vorsatzkenntnis fehlt,⁴³¹ oder dass der Tötungsvorsatz gar entfällt.⁴³² Dabei wird betont, dass

⁴³¹ BGHSt 6, 332; 11, 144. In der Literatur wird vereinzelt gesagt, dass es bei Affekttaten gar keinen *dolus eventualis* geben könne. Denn jemand, der in „blinder Wut“ auf einen anderen einschlägt, habe nur den vorsätzlichen (Absicht) Gedanken „der kriegt eine Abreibung!“ (Körperverletzung) im Kopf und mache sich um eventuelle Nebenfol-

man beim Affekt bei der Prüfung der Vorsatzfrage durchaus zu anderen Ergebnissen kommen kann, als bei der Schuldfrage i. S. der §§ 20, 21 StGB. Die Fähigkeit, das Unrecht einer Tat einzusehen und die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung zu erkennen, seien verschiedene psychische Prozesse. Dabei könnte es durchaus so sein, dass wegen hochgradiger Alkoholbeeinträchtigung des Täters dessen Vorsatz ausgeschlossen werden muss, obwohl seine Schuldfähigkeit zu bejahen ist,⁴³³ oder, dass der Vorsatz trotz alkoholbedingter verminderter Schuldfähigkeit bejaht werden muss.⁴³⁴

Im *Hamburger Kampfhunde-Fall* hat der 5. Strafsenat des BGH die allgemeine Sorg- und Rücksichtslosigkeit und den problematischen persönlichen Hintergrund der beiden Angeklagten zur Verneinung des *dolus eventualis* hinsichtlich einer Körperverletzung mit Todesfolge herangezogen und damit letztlich zugunsten dieser gewertet (lediglich fahrlässige Tötung).⁴³⁵

Beide Angeklagte waren Halter von Hunden mit erheblicher Beißkraft (Mischlinge der Rassen Bullterrier, Pitbull und American Staffordshire Terrier). Beide Hunde waren den Behörden schon wiederholt wegen Beißvorfällen mit anderen Hunden aufgefallen. Deshalb wurde jedenfalls für einen der beiden Hunde Leinenzwang und Maulkorbpflicht angeordnet. Zum Hause der Angeklagten gehörte ein Innenhof, der mit einer 1,40 m hohen Mauer an ein Schulgelände angrenzte. Als die Angeklagten die Hunde dort - wie gewohnt - ihr „Geschäft“ verrichten ließen, sprangen diese über die Mauer (was sie auch schon vorher mehrmals taten!), rannten auf die in der Pause befindlichen mit einem Ball spielenden Schulkinder zu und bissen eins davon derart in das Gesicht und den Hals, dass dieses verstarb. Einer der beiden Angeklagten versuchte vorher vergeblich, dies zu verhindern. Er hob den zwischenzeitlich schwer verletzten Jungen über seinen Kopf, wurde aber selbst angesprungen und stürzte zu Boden. Der Angeklagte legte sich zum Schutz über den Jungen, konnte die weiteren tödlichen Bissverletzungen aber nicht verhindern. Beide Angeklagte waren sichtlich erschüttert über den Tod des Jungen.

Das Revisionsgericht beanstandete nicht die tatrichterliche Würdigung der Strafkammer. Es sei den Angeklagten zwar wegen der vergangenen Vorfälle die Möglichkeit bewusst gewesen, dass etwas Derartiges passieren könne, doch hätten sie zur konkreten Tatzeit aus Nachlässigkeit nicht hiermit gerechnet und die Gefahr „in hohem Maße verdrängt“. „Danach sei (nach zulässiger

gen, wie beispielsweise den Tod des Opfers, gar keine Gedanken und habe so auch kein Mitbewusstsein diesbezüglich. Dessen „Tunnelblick“ sei vollständig auf das Handlungsziel gerichtet, so *Ambrosius*, Untersuchungen, S. 72 f.

⁴³² BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter, 23; BGHSt 6, 332; 11, 144; BGH NStZ-RR 2000, 165 f.

⁴³³ BGH NStZ 1991, 126.

⁴³⁴ BGH bei Holtz, MDR 1980, 812 f.; BGH, Urt. v. 14.12.2004 - 4 StR 465/04.

⁴³⁵ BGH NStZ 2002, 315.

Würdigung der Strafkammer, Anm. des Verfassers) das Denken und Handeln beider Angeklagten von Unwissenheit und Unverstand, Verleugnung und Verdrängung als erlernte Problembewältigungsstrategie, Nachlässigkeit, Acht- und Sorglosigkeit und in hohem Maße auch von Egoismus und Rücksichtslosigkeit geprägt. Infolge dieser Eigenschaften hätten sie die von den Hunden ausgehende Gefahr unterschätzt und aus Nachlässigkeit und Sorglosigkeit die vom Schulhof ausgehenden, die Hunde anlockenden Reize nicht gesehen.“

b) Anwendung von Kriterien der Vernunft

Ohne nähere Erklärung finden sich aber auch vereinzelt Entscheidungen des BGH zu Tötungsdelikten, bei denen die rein subjektivistische Ansicht nicht verfolgt wird und der bedingte Vorsatz normativer gefasst wird. Dabei ist zur Vorsatzbejahung die Höhe der Gefahr entscheidend. Bei wissentlicher äußerster Gefährlichkeit des Vorhabens überlässt der Täter den Eintritt des Erfolgs dem Zufall und soll so nicht auf einen guten Ausgang vertrauen können. Gedanken in diese Richtung ohne tatsächliche Grundlagen seien als unbeachtliche vage Hoffnungen einzustufen.⁴³⁶ Hier ist klar erkennbar, dass nun doch eine normative Wertung des Vertrauens auf ein Ausbleiben zulässig sein soll.

Beispielsweise sollen Schüsse mit einem Kleinkalibergewehr auf eine Gruppe von Menschen mit bedingtem Tötungsvorsatz verübt worden sein. Hierzu wurde vom BGH festgestellt: „Denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird 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 (vgl. nur BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 38).“⁴³⁷

In einer aktuellen Entscheidung des BGH, bei der die Angeklagte zwei solch wichtigen Hammerschlägen auf den Hinterkopf ihres Ehemanns ausführte, dass dort die Schädeldecke zertrümmert wurde, findet sich wörtlich dieselbe Aussage. Es heißt dann weiter: „Wird das Opfer in einer Weise verletzt, die offensichtlich mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit - etwa einem Stich in das Herz vergleichbar - zum Tode führt (vgl. BGHR aaO, 35 und 51) liegt (zumindest) bedingter Tötungsvorsatz auf der Hand, ohne dass es dafür besonderer Anforderungen an die Darlegung der

⁴³⁶ BGH NStZ 1981, 22 f.; BGH StV 1985, 100.

⁴³⁷ BGH, Ur. v. 16.9.2004 - 1 StR 233/04.

inneren Tatseite in den Urteilsgründen bedarf (vgl. BGHR aaO, 57; BGH NStE Nr. 27 zu § 212 StGB).⁴³⁸

Der BGH gibt auch in anderen Entscheidungen zu, dass die Annahme der Billigung sehr nahe läge, wenn der Täter trotz äußerster Gefährlichkeit handle, ohne auf ein Ausbleiben des Erfolgs vertrauen zu können und dieses Ausbleiben dann auch rein zufällig wäre.⁴³⁹ Dahingehend hat der BGH in einer Entscheidung bei einem Wurf mit einem Beil durch eine Glasscheibentür auf einen Menschen aus nächster Distanz auf Eventualvorsatz erkannt. Es läge nämlich, so der BGH, die Annahme von Billigung nahe, „wenn der Täter sein Vorhaben trotz äußerster Gefährlichkeit durchführt, ohne auf einen glücklichen Ausgang vertrauen zu können, und wenn er es dem Zufall überlässt, ob sich die von ihm erkannte Gefahr verwirklicht oder nicht.“ Ein vorsatzausschließendes Vertrauen auf ein Nichttreffen sei nicht möglich, da die Glasscheiben für ein „[...] aus kurzer Entfernung mit Wucht geworfenes Beil [...], jedenfalls dem Angeklagten keinen begründeten Anlass boten, auf einen glücklichen Ausgang seines Handelns zu vertrauen.“⁴⁴⁰

Letztlich ist die Entwicklung in der Rechtsprechung festzustellen, dass die mit Überlegung handelnden Täter auch bei lang andauernden persönlichen Konfliktsituationen im Gegensatz zu den spontanen Affekttätern zumeist als Vorsatztäter bestraft werden.⁴⁴¹ Des Weiteren sollen auch wiederholt hemmungslose Misshandlungen auf den bedingten Tötungsvorsatz hindeuten.⁴⁴²

2. Andere Delikte als Tötungsdelikte

Die Vorsatzfrage stellt sich nicht nur bei Tötungs- und Körperverletzungsdelikten, sondern bei allen Delikten.

⁴³⁸ BGH NStZ 2007, 150 f.

⁴³⁹ Vgl. BGH NStZ 1981, 22 f.; BGH bei Holtz, MDR 1980, 812; BGHR StGB § 212 Abs. 1, bedingter Vorsatz, 3, 4.

⁴⁴⁰ BGH JZ 1981, 35. Köhler, Die bewusste Fahrlässigkeit, S. 98 f., behauptet (wohl etwas zu weit gehend), dass sich diese Art der Vorsatzbestimmung beim BGH weitgehend durchgesetzt hat. Vgl. auch ähnlich (Bierglaswurf ins Gesicht), BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter, 3. Anders jedoch (Vorsatzverneinung) bei Schlägen mit Bierflasche ins Gesicht, BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter, 41.

⁴⁴¹ Vgl. BGHSt 30, 105; BGH NStZ 1984, 20. Dies wird von Puppe, NStZ 1992, S. 576 f., dahingehend kritisiert, dass spontane, unberechenbare, hemmungslose und zumeist auch höchst unverständliche Gewalttäter wegen bejahten Affektes oft nicht wegen vorsätzlicher Tötung bestraft werden, wohingegen die mit Überlegung handelnden Täter trotz ihrer wenigstens einigermaßen nachvollziehbaren Gründe zur Tötung (wie längere Konfliktsituation) die hohe Vorsatzstrafe auferlegt bekommen.

⁴⁴² BGH NStZ 2006, 445 (mehrfache Schläge auf ein Kleinkind mit Todesfolge).

In einem Fall⁴⁴³ bei der Verurteilung wegen Untreue (§ 266 StGB) hat der BGH schon die Kenntnis der angeklagten Bankleiter von der höchsten Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs wegen mangelnder Bonität und Zuverlässigkeit des Kreditnehmers für den bedingten Vorsatz hinsichtlich einer schadensgleichen Vermögensgefährdung der Bank (die vergebenen Kredite beliefen sich auf eine zweistellige DM-Millionensumme) ausreichen lassen. Die Bankleiter hatten nach Finanzierung erkennbar unwirtschaftlicher Vorhaben, danach weitere Kredite gewährt. Dies deshalb, weil sie hofften, dadurch könnte das Gesamtvorhaben des Kreditnehmers doch noch wirtschaftlich werden und die Gesamtkredite könnten so vom Kreditnehmer zurückgezahlt werden.

Das Hoffen oder Glauben der Angeklagten - so der BGH -, den endgültigen Schaden für die Bank abwenden zu können, sei in einem solchen Fall des reinen Risikogeschäfts unbeachtlich. Zwar betont der BGH unermüdlich wieder einmal das Billigungsmoment - er gibt aber zu, dass in Fällen wie diesen, insbesondere wenn das Kreditgeschäft unbeherrschbar ist und die Existenz der Bank aufs Spiel setzt, die Billigung nahezu stets anzunehmen sei.⁴⁴⁴ Hierzu heißt es: „bb) Dementsprechend muss sich auch das Billigungselement des bedingten Vorsatzes nur auf die schadensgleiche Vermögensgefährdung beziehen. Zwar kann der Grad der Wahrscheinlichkeit des Erfolgeintritts *allein* kein Kriterium für die Frage sein, ob der Bankleiter mit dem Erfolg auch einverstanden war (BGHSt 46, 30 [35] = NJW 2000, 2364 = NSTZ 2000, 655). Diese in BGHSt 46, 30 = NJW 2000, 2364 = NSTZ 2000, 655, aufgestellte Einschränkung betrifft jedoch in erster Linie die Fälle, in denen die dort genannten Anhaltspunkte für eine Pflichtverletzung nicht vorliegen. Liegt indessen - wie hier - neben einer gravierenden Verletzung der Informations- und Prüfungspflicht bereits eine derart über das allgemeine Risiko bei Kreditgeschäften hinausgehende erkannte höchste Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs der Bank vor, so liegt es nahe, dass der Bankleiter die Schädigung der Bank im Sinne einer Vermögensgefährdung auch billigend in Kauf genommen hat. Die Billigung liegt noch näher, wenn das Kreditengagement unbeherrschbar ist. Generell gilt, dass eine Billigung nahezu stets anzunehmen ist, wenn der Bankleiter erkennt, dass die Kreditvergaben die Existenz der Bank aufs Spiel setzen. Bei positiver Kenntnis von der

⁴⁴³ BGH NJW 2002, 1216. Genauso entschied auch schon das RG bei einem vergleichbaren Sachverhalt, in: JW 1927, 2033 ff.

⁴⁴⁴ Puppe, NK, § 15 Rn. 82, meint, dass die Rspr. außerhalb von Tötungsdelikten grundsätzlich das Willenselement gar nicht ernsthaft prüft und Fälle, die sie bei Tötungen eigentlich der bewussten Fahrlässigkeit zuordnen würde, als vorsätzlich qualifiziere, z.T. um den Täter nicht straffrei ausgehen zu lassen.

persönlichen Unzuverlässigkeit des Kreditnehmers kann sogar ein direkter Vorsatz bezüglich der schadensgleichen Vermögensgefährdung nahe liegen.“

Der *Falschgeldfall*⁴⁴⁵ ist der bekannteste Fall, bei dem sich der BGH mit dem *dolus eventualis* nicht - wie sonst im Regelfall - hinsichtlich eines Tötungsdelikts befasste. Bei der Entscheidung ging es um den Vorsatz bezüglich des „Inverkehrbringens von Falschgeld als echt“ gem. § 146 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

Der Täter hatte ein Falschgeldpaket in einen Abfalleimer einer Autobahnraststätte geworfen, um es loszuwerden. Hierdurch bestand die Gefahr, dass ein Dritter das gefälschte Geld finden und als echt in den Verkehr bringen würde. Der Angeklagte hatte jedoch in der Tatinstanz vorgebracht, er habe darauf vertraut, dass das Falschgeld mit dem Inhalt des Abfalleimers der Vernichtung zugeführt werde. Trotzdem hatte das Landgericht dessen bedingten Vorsatz bejaht.

Nach den Ausführungen des Revisionsgerichts soll für den *dolus eventualis* zu prüfen sein, wie hoch die Gefahrschaffung, dass unbekannte Dritte das Falschgeld finden und in den Verkehr bringen würden, war. Hierzu wird gesagt: „Das Vertrauen auf die Vernichtung schließt den bedingten Vorsatz nicht aus, wenn nämlich der Angeklagte trotz seiner Hoffnung den gegenteiligen Erfolg billigend in Kauf genommen hätte. Ob dies der Fall war oder nur fahrlässiges Verhalten vorlag, wird das Landgericht neu zu prüfen haben. Dabei wird es zweckmäßig sein, die näheren Umstände des Wegwerfens aufzuklären, insbesondere die Abfalleimer näher zu beschreiben und darzulegen, auf welche Art und Weise der Angeklagte die Pakete mit dem Falschgeld dort hineingetan hat, ob diese z.B. oben auflagen oder unter anderem Unrat verborgen waren. Je größer die Gefahr des Auffindens war, desto eher kann auf ein billigendes Inkaufnehmen eines solchen Erfolgs geschlossen werden.“

In Fällen der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln muss nach dem BGH der Vorsatz des Kuriers auch auf die konkret transportierte Betäubungsmittelart, -menge und dessen Wirkstoffgehalt gerichtet sein. Bedingter Vorsatz ist auch hier ausreichend. Hiernach muss er die für möglich erkannten Eigenschaften der Drogen auch billigend in Kauf genommen haben.

Die Einlassung des Angeklagten, er sei nicht von einem Drogentransport ausgegangen, soll dabei vom erkennenden Gericht nicht schon allein mit der Begründung ausgeräumt werden können,

⁴⁴⁵ BGHSt. 35, 21 = NJW 1988, 79.

dass dieses Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben des Auftraggebers anhand der äußeren Umstände nicht nachvollziehbar ist.

So sollte in einer Entscheidung die Einlassung der Angeklagten, dass sie von einem (illegalen) Transport von 3 kg Goldstaub statt Kokain ausgegangen ist, wie ihr das auch von ihrer Auftraggeberin (Schwägerin) versichert wurde, trotz der hohen Vorkehrungen, die für die Flugreise getroffen wurden, und eines hohen Kurierlohns von 1.500,00 US-Dollar, nicht schon deshalb als reine Schutzbehauptung gewertet werden dürfen. Vielmehr soll es weiterer Feststellungen bedürfen, warum die Angeklagte die deutlichen Verdachtsmomente ignoriert, ihrer Auftraggeberin nicht misstraut und nicht die verschlossenen Päckchen in der Reisetasche auf ihren wirklichen Inhalt kontrolliert hat.⁴⁴⁶

Anders lag die Beurteilung bei einem drogen- und szeneerfahrenen Angeklagten, der Kokain für einen unbekanntem Auftraggeber schmuggelte und sich darauf berief, er habe nur mit Amphetamin gerechnet. Hierzu führt der BGH⁴⁴⁷ u.a. aus: „Die Schlussfolgerungen zur subjektiven Seite liegen nahe, zwingend brauchen sie nicht zu sein. Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht zunächst entscheidend auf die <Gesamtumstände> abgehoben, insbesondere darauf, dass der einschlägig vorbestrafte Angekl. sich seit Jahren in der Drogenszene aufhielt und dort so eingebunden war, dass er wegen Mordverdachts inhaftiert wurde. Nachdem der Unbekannte dem Angekl. das Rauschgiftpäckchen ohne nähere Angaben zum Schmuggeln überreichte, durfte der Tatrichter bei einem so geprägten und erfahrenen Angekl. die Schlussfolgerung ziehen, dass diesem der Inhalt letztlich gleichgültig war, er also auch den Transport von Kokain billigend in Kauf nahm. Das gilt umso mehr, als der Angekl., ohne nach dem Inhalt des Drogenpäckchens zu fragen, das Risiko der Entdeckung beim Schmuggeln auf sich nahm (vgl. BGH, 2 StR 299/96). Hinzu kommen die vom Landgericht im einzelnen dargelegten Unterschiede in Konsistenz und Geruch der beiden Betäubungsmittel (Amphetamin ist eine klebrig-feuchte Masse, Kokain pudierzuckerartig).“

Hinsichtlich des Eventualvorsatzes auf die konkret transportierte Rauschgiftmenge gelten nach dem BGH folgende Kriterien:

Wenn dem Kurier die Drogenmenge im Ergebnis gleichgültig ist, dann könne von einem bedingten Vorsatz ausgegangen werden. Dies sei allgemein der Fall, wenn der Kurier weder auf die

⁴⁴⁶ BGH, B. v. 24.2.1995 - 2 StR 668/94 = StV 1995, 524; vgl. auch für die Strafzumessung BGH, B. v. 21.3.1989 - 1 StR 11/89.

⁴⁴⁷ BGH, Urt. v. 11.12.1996 - 3 StR 383/96.

Drogenmenge Einfluss nehmen noch diese überprüfen könne und trotzdem den Auftrag übernehme. Hier soll der Täter eine höhere Menge als der Angegebenen billigend in Kauf genommen haben. Anderes gelte, wenn zwischen diesem und dem Auftraggeber ein persönliches Vertrauensverhältnis bestand, weswegen der Täter auf die Mengenangaben des Auftraggebers vertrauen durfte. Es soll insgesamt auf die Umstände ankommen, die dem Kurier die Überzeugung zu vermitteln vermögen, der Auftraggeber habe ihm die Wahrheit gesagt. Ein solcher Umstand soll die Bemessung des Kurierlohns nach der angegebenen Menge jedenfalls dann sein, wenn der Auftraggeber damit rechnen musste, dass der Kurier nach Tatausführung erfährt, dass er in Wirklichkeit eine höhere Menge transportiert hat.⁴⁴⁸

Der bedingte Vorsatz des Kuriers auf den tatsächlichen Wirkstoffgehalt der geschmuggelten Betäubungsmittelart (z.Bsp. bei Marihuana der THC-Gehalt) soll nach Ansicht des BGH grundsätzlich vorliegen.

Ein mit Drogen unerfahrener Kurier, der den Wirkstoffgehalt der Drogenart nicht kennt und dem auch nichts hierüber gesagt wird, soll bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte im Allgemeinen mit jedem Reinheitsgrad einverstanden sein, der nach den Umständen des Einzelfalls in Betracht kommt.⁴⁴⁹ Verbleiben trotzdem Zweifel, so soll zugunsten des Angeklagten von den Mindestwerten der betreffenden Rauschgiftart auszugehen sein.

II. Vorsatzindizien

In der Rechtsprechung wird beim Vorsatzbeweis von einer Menge von Indikatoren und Gegenindikatoren gesprochen.⁴⁵⁰ Eine objektive Gefährlichkeit der Situation impliziere im Ausnahmefall nicht das entsprechende Wollen des Handelnden, falls es Gegenindikatoren für eine reduzierte Wahrnehmungsmöglichkeit oder -fähigkeit gäbe, wie vor allem affektive Erregungszustände sowie Beeinflussung durch Drogen und Alkohol. Auch sei bei unüberlegten Spontantaten das voluntative Element sorgfältiger zu prüfen. Derartige Umstände könnten die Persönlichkeit des Tä-

⁴⁴⁸ BGH NStZ 1999, 467 = StV 1999, 432; vgl. auch BGH NStZ-RR 1997, 121.

⁴⁴⁹ BGH NStZ RR 1997, 121.

⁴⁵⁰ Vgl. beispielsweise BGH NStZ-RR 2000, 165 f.

ters zur Tatzeit schwer erschüttern und so das Wollenselement ausschalten.⁴⁵¹ Persönliche oder professionell erworbene Fähigkeiten könnten wiederum die Wahrnehmungsfähigkeit steigern.

In die Vorsatzprüfung sollen auch vorherige Beweggründe des Täters und Tatvorbereitungen, die bei Spontanataten fehlten, sowie dessen Nachtatverhalten⁴⁵² (wie z.Bsp. Wiederbelebungsversuche⁴⁵³), mit einfließen. Eine über einen längeren Zeitraum vorgenommene höchst gefährliche Tatbestandsausführung spreche für den Vorsatz.⁴⁵⁴

Als objektives Gegenindiz zum Vorsatz des Täters könne im Regelfall (wenn es nicht gerade um einen Suizidversuch oder einen fundamentalistischen Terroranschlag oder dergleichen geht) auch eine mit der Opfergefährdung einhergehende eigene (oder der nahe stehender Personen) Gefährdung von Rechtsgütern sein, sog. „poena naturalis“. Für einen egoistischen Täter müssen nach Ansicht des BGH bei der Selbstgefährdung zumeist höhere psychische Barrieren überwunden werden, als bei der Fremdgefährdung.⁴⁵⁵ Dieser Gesichtspunkt ist so zu verstehen, dass beispielsweise bei einem Verkehrsunfall mit Verletzungen auf beiden Seiten eher von einer ungewollten Tat des deliktisch handelnden (selbst verletzten) Fahrers ausgegangen wird.

⁴⁵¹ BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter, 23; BGHSt 6, 332; 11, 144.

⁴⁵² BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter, 32; BGH NStZ 1999, 454; 2002, 541 f.

⁴⁵³ BGH v. 20.9.05 - 3 StR 324/05.

⁴⁵⁴ BGH StV 1992, 575.

⁴⁵⁵ BGH v. 29.9.99 - 2 StR 349/99, aufgeführt bei *Altwater*, NStZ 2000, S. 19.

C. Lehre

I. Rein subjektivistische Ansätze

1. Billigungstheorie

Parallel zur Entwicklung in der Rechtsprechung gibt es auch viele Anhänger in der Literatur, die die Billigungstheorie in rein subjektivistischer Form vertreten. Hiernach soll bei einem Vertrauen des Täters auf ein Ausbleiben des Erfolgs die Erfolgsbilligung immer auszuschließen sein, selbst wenn dieses unvernünftig, sprich ohne jegliche Grundlage ist.⁴⁵⁶

Es findet sich aber von anderen Autoren auch viel Kritik an diesem Ansatz.

Haupteinwand ist der, dass es nicht von den inneren Einstellungen des Täters abhängen dürfe, ob der Eventualvorsatz zu bejahen ist. Bei der „Billigung des Erfolgs“ oder dem „sich Abfinden mit diesem“ im Gegensatz zum Vertrauen auf dessen Ausbleiben, handele es sich um eine schwierig bestimmbare und empirisch nicht beweisbare innere Einstellung des Täters. Dem Grunde nach sei die Einstellung des Täters über den Erfolgseintritt nicht mit dessen Willen gleichzusetzen; die Anhänger der Billigungstheorie bedienen sich eines Willenssurrogates.⁴⁵⁷ Es wird gegen eine deskriptiv-psychologische Betrachtung des Vorsatzes geltend gemacht, dass diese zwar für den Absichtsvorsatz richtig sein kann, aber genauso wenig wie für den *dolus directus* 2. Grades, für den *dolus eventualis* gelten könne. Schließlich habe beim *dolus directus* II der Täter die sichere Nebenfolge im Gegensatz zur Hauptfolge nicht im natürlichen Sinne gewollt, sondern nur in einem normativ zurechnenden Sinne.⁴⁵⁸ Auch zeige der *Lacmann'sche* Schießbudenfall⁴⁵⁹, dass der Täter die Verletzung des Mädchens unter keinen Umständen im psychologischen Sinne gewollt haben könne.⁴⁶⁰ Beim *Lacmann'schen* Schießbudenfall hätte der Schütze nicht geschossen, wenn er gewusst hätte, dass er nicht die Glaskugel in der Hand des Opfers trifft, sondern das Opfer selbst. Schließlich hätte er dann von vorneherein gewusst, dass er die Wette (Treffer Glaskugel in der Hand des Opfers) verlieren würde.

⁴⁵⁶ *Maurach/Zipf*, AT/I, § 22 Rn. 34; *Blei*, AT, § 32 IV.; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, 20/54 (m.w.N.).

⁴⁵⁷ *Puppe*, NK, § 15 Rn. 30.

⁴⁵⁸ *Puppe*, NK, § 15 Rn. 24 ff.; *Schröder*, Sauer-FS, 1949, S. 235; *Kindhäuser*, ZStW 96 (1984), S. 23.

⁴⁵⁹ *Lacmann*, ZStW 31 (1910), S. 159 f.

⁴⁶⁰ *Puppe*, NK, § 15 Rn. 39 f.

Wegen der nicht hinreichenden Bestimmbarkeit des Billigungsmoments soll der Vorsatz im Ergebnis von der Rechtsprechung „autoritär“ zugeschrieben werden können.⁴⁶¹ Beispielsweise wird an der *Karatefallentscheidung*⁴⁶² kritisiert, dass es im Grunde im Einzelnen darauf angekommen sei, ob der Täter im Allgemeinen ein anständiger Kerl ist.⁴⁶³ Ein anderer Einwand geht dahin, dass der Täter oft gar keine Zeit habe über die Folgen seiner Handlung nachzudenken. Daher könne dieser auch gar nicht den Erfolg im Sinne eines persönlichen Urteils gebilligt oder ernst genommen haben.⁴⁶⁴ Zuletzt wird auch eingewandt, dass ein irrationaler Optimist, der trotz höchster Gefahrvorstellung blauäugig auf ein Ausbleiben des Erfolgs vertraut, nach den Willens-theorien nicht als Vorsatztäter bestraft werden könne. Dieses Ergebnis sei mit einem hinreichenden Rechtsgüterschutz nicht vereinbar.⁴⁶⁵

2. Ernstnahmetheorie

Die Ernstnahmetheorie ist heute herrschende Lehre in der deutschen Literatur. Hiernach muss der Täter zur Bejahung des Eventualvorsatzes die für möglich erkannte Erfolgsverwirklichung auch ernst genommen haben, d.h. mit ihr gerechnet und sich mit ihr abgefunden haben. Hat der Täter aber die erkannte Möglichkeit verdrängt, weil er etwa leichtsinnig auf das Ausbleiben der Erfolgsverwirklichung vertraut hat, so soll nur (bewusste) Fahrlässigkeit vorliegen.

Die meisten verstehen die Ernstnahme als voluntatives Element neben der notwendigen Möglichkeitsvorstellung als zusätzliches kognitives Element.⁴⁶⁶ Den Täter, der die Gefahr ernst genommen hat und trotzdem weiterhandelt, soll ein erhöhter Vorwurf (Vorsatz) treffen. Mit seinem Weiterhandeln drücke dieser aus, dass zur Erreichung des eigentlichen Tatziels auch notfalls die Verwirklichung der an sich unerwünschten Nebenfolge eintreten darf. Der Eventualvorsatztäter sehe im Gegensatz zum Fahrlässigkeitstäter klar die Gründe, die es ihm gebieten, von seiner Tat

⁴⁶¹ Geppert, Jura 1987, S. 670.

⁴⁶² BGH JZ 1989, 449 f. = NStZ 1988, 175 = MDR 1988, 277.

⁴⁶³ Herzberg, JZ 1988, S. 637; eingehender Kommentar bei Schumann, JZ 1989, S. 427 ff.

⁴⁶⁴ Schroth, JuS 1992, S. 4.

⁴⁶⁵ Schünemann, JA 1975, S. 788.

⁴⁶⁶ Vgl. statt vieler Rudolphi, SK, § 16 Rn. 43. Siehe auch Stratenwerth, ZStW 71 (1959), S. 51 ff. In Roxin, AT/1, § 12 Rn. 29 (Fn. 37) sind weitere Nachweise zu finden, wobei Roxin in jüngster Zeit normativen Maßstäben größere Bedeutung einräumt und deshalb nicht mehr als streng-subjektivistischer Vertreter bezeichnet werden kann.

Abstand zu nehmen. Mit seinem Weiterhandeln entscheide sich der Täter gegen das angegriffene Rechtsgut.

Ein Teil der Literatur ordnet aber die Ernstnahme nur dem kognitiven Bereich zu. Nach dieser Sichtweise soll jedoch das „Sich-Abfinden-mit-dem-Erfolg“ nicht Teil der Ernstnahme, sondern als ein eigenständiges voluntatives Element zu begreifen sein, auf welches genauso wenig verzichtet wird.⁴⁶⁷

3. Verdrängungstheorien

Die Verdrängungstheorien stellen beim Eventualvorsatz dem ersten Anschein nach nur auf das Wissensmoment ab. Bei näherem Hinsehen wird jedoch klar, dass letztendlich hier auch entscheidend ist, ob der Täter auf das Ausbleiben des Erfolgs vertraut hat. Ist dies der Fall, so wird hiernach das vorsatzbegründende Wissen des Täters verdrängt. Damit sind auch hier die Einstellungsmomente des Täters mitentscheidend. Deswegen können diese Theorien nicht als reine Wissenstheorien verstanden werden.

Unter Bezug auf *Schröder* wird heute von einigen Autoren⁴⁶⁸ die Auffassung vertreten, dass nur eine Möglichkeitsvorstellung zur Eventualvorsatzbejahung erforderlich ist (vielfach als Möglichkeitstheorie bezeichnet). Hiernach soll es keine bewusste Fahrlässigkeit geben.⁴⁶⁹

Schröder meinte, dass es für den Eventualvorsatz ausreichen soll, dass sich der Täter der Möglichkeit des an sich unerwünschten Erfolgs bewusst ist. Auch die innere Ablehnung des Erfolgseintritts oder das Hoffen auf dessen Nichteintritt soll nach ihm in solchen Fällen belanglos sein.⁴⁷⁰ In einer weiteren zusammenfassenden Passage heißt es: „Dolus eventualis bedeutet Handeln mit der Vorstellung möglicher Rechtsverletzung. Der gesamte Bereich des Zweifels gehört also zum Vorsatz. Seine Grenze liegt einmal dort, wo der Zweifel aufhört und das Bewusstsein beginnt, der Eintritt des ungünstigen Erfolges sei unmöglich, oder dort, wo die Möglichkeit un-

⁴⁶⁷ *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 III 3 a), S. 299 f.

⁴⁶⁸ *Schröder*, Sauer-FS, 1949, S. 232 f.; *Lesch*, JA 1997, 805 ff.; *Morkel*, NStZ 1981, S. 178 f.; *Schumann*, JZ 1989, S. 432.

⁴⁶⁹ *Schröder*, Sauer-FS, 1949, S. 244 f.; *Schumann*, JZ 1989, S. 432

⁴⁷⁰ *Schröder*, Sauer-FS, 1949, S. 238.

günstigen Ausgangs so gering veranschlagt wird, dass sie nicht in Rechnung gestellt zu werden braucht.“⁴⁷¹

Gerade beim Vertrauen auf den Nichteintritt des Erfolgs soll die Möglichkeitsvorstellung des Täters entfallen und der bedingte Vorsatz zu verneinen sein. *Schröder* sagt hierzu: „Oder aber der Täter beruhigt sich bei der Überzeugung, es werde schon gut gehen, er <vertraut> also auf den Nicht-Eintritt des Erfolges. Dann fehlt es überhaupt an einer wirklichen Vorstellung von der Möglichkeit der Erfolgsverursachung, an dem Urteil: Der Erfolg kann eintreten, und schon deswegen und nur deswegen liegt kein Vorsatz vor, nicht jedoch wegen der fehlenden emotionalen Einstellung zum möglichen Erfolg.“⁴⁷²

Hier ist erkennbar, dass auch nach diesem Ansatz die innere Einstellung des Täters beim bedingten Vorsatz entscheidend ist. Vertraut der Täter (sei es auch irrational) auf ein Ausbleiben des Erfolgs, so wird das Wissen um die Möglichkeit der Erfolgsverursachung verdrängt und der Vorsatz entfällt.

Basierend auf *Mayer* wird von anderen Autoren nicht auf das Möglichkeits-, sondern auf das Wahrscheinlichkeitswissen abgestellt (vielfach als Wahrscheinlichkeitstheorie bezeichnet).⁴⁷³

Nach dem klassischen Ansatz von *Mayer* ist es gleichgültig, aus welchen Gründen der Täter zu seiner Wahrscheinlichkeitseinschätzung gekommen ist. Es spiele keine Rolle, ob diese Gründe für einen Außenstehenden vielleicht unvernünftig sind oder etwa unter unbewusst-psychologischem Druck zustande gekommen sind.⁴⁷⁴ Wenn der Täter auf das Ausbleiben des Erfolgs vertraut, soll der Vorsatz zu verneinen sein, selbst wenn das Vertrauen unverständlich sei. Hier hielte der Täter den Eintritt des Erfolgs im Ergebnis für unwahrscheinlich. Im umgekehrten Fall sei der Vorsatz zu bejahen, wenn der Täter die Erfolgsherbeiführung als wahrscheinlich einstuft, obwohl hierfür objektiv gar keine Gründe vorliegen.⁴⁷⁵

⁴⁷¹ *Schröder*, Sauer-FS, 1949, S. 243.

⁴⁷² *Schröder*, Sauer-FS, 1949, S. 231.

⁴⁷³ *Mayer*, Strafrecht, S. 250 ff.; *Kargl*, Der strafrechtliche Vorsatz, S. 67 ff.; *Grossmann*, Die Grenze, S. 36, 53 f.; *Ross*, Über den Vorsatz, S. 114, 149 ff. (der jedoch diesbezüglich für die Formulierung „Rechnen mit“ plädiert); *Tompert*, Wahrscheinlichkeitsurteil, S. 45 ff.; vgl. auch *Prützwitz*, JA 1988, S. 498 ff.; *Schroeder*, LK, § 16 Rn. 93. *Ross*, Über den Vorsatz, S. 79 ff., 114, 149 f., ist der Auffassung, dass in der deutschen Rspr. letztendlich die Wahrscheinlichkeitstheorie vorherrschend sei. Mit der Verbalkonstruktion des Billigungsmoments soll lediglich eine Fassade für das Einstellungsmoment vorliegen, welche im Prinzip inhaltsleer sei. Übereinstimmend mit letzterem: *Puppe*, NK, § 15 Rn. 33 f.; *Kargl*, Der strafrechtliche Vorsatz, S. 52 f.; *Otto*, Grundkurs, § 7 Rn. 38 ff.

⁴⁷⁴ *Mayer*, Strafrecht, S. 251.

⁴⁷⁵ *Mayer*, Strafrecht, S. 251; *Tompert*, Wahrscheinlichkeitsurteil, S. 28.

Lediglich bei unbegründeten Hoffnungen auf einen guten Ausgang, an die der Täter wegen des überaus hohen Gefahrpotentials selbst nicht wirklich glaubt, soll die Wahrscheinlichkeitsvorstellung bestehen bleiben.⁴⁷⁶

Insbesondere von *Schmidhäuser*⁴⁷⁷ wird statt von einer Möglichkeits- oder Wahrscheinlichkeitsvorstellung von dem Erkennen einer konkreten Gefahr gesprochen. Wenn sich der Täter der Erfolgseintrittsmöglichkeit wirklich *konkret* bewusst sei, dieses kognitive Urteil nicht mehr korrigiere und sich trotz dieses Wissens nicht davon abhalten lasse zu handeln, soll Vorsatz vorliegen. Andererseits soll in dem Fall, in dem der Täter pflichtwidrig zu dem Urteil gelangt, dass ein ungünstiger Ausgang nicht zu erwarten ist, lediglich Fahrlässigkeit vorliegen. Hier soll der Täter lediglich eine abstrakte und eben nicht konkrete Gefahr erkannt haben (als scheinbar bewusste Fahrlässigkeit⁴⁷⁸ bezeichnet). Das sei aber nicht schon dann der Fall, wenn der Täter auf einen günstigen Ausgang hofft, aber sich weiterhin auch der ungünstigen Ausgangsmöglichkeit bewusst bleibt.⁴⁷⁹

*Frisch*⁴⁸⁰ argumentiert folgendermaßen: Wer - wissend von einem nicht tolerierten Risiko seines tatbestandlichen Verhaltens - trotzdem handelt, entscheide sich gegen das Rechtsgut und handele so vorsätzlich. Genau genommen verstoße der Täter mit dem Weiterhandeln gegen die Pflichtmaxime, die der Gesetzgeber bei Vorsatzdelikten durch positives Tun allen auferlegt, dieses gerade zu unterlassen.⁴⁸¹

Gegenstand des Vorsatzes sei dabei nicht der Tatbestand (deliktischer Erfolg) als solcher, sondern das tatbestandsmäßige Verhalten. „Tatbestandsmäßig“ im Sinne der Erfolgsdelikte ist nach *Frisch* Verhalten, „das eine bestimmte Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit, ein bestimmtes nicht mehr toleriertes Risiko des Eintritts des tatbestandlich vertypen Erfolgs, nach den Umständen der konkreten Situation in sich birgt.“⁴⁸²

⁴⁷⁶ Mayer, Strafrecht, S. 252.

⁴⁷⁷ Schmidhäuser, GA 1957, S. 312 f.; ders., GA 1958, S. 178 ff.; ders., JuS 1980, S. 241 ff.; Maihofer, ZStW 70 (1958), S. 191.

⁴⁷⁸ Schmidhäuser, JuS 1980, S. 252.

⁴⁷⁹ Schmidhäuser, JuS 1980, S. 252.

⁴⁸⁰ Frisch, Vorsatz und Risiko, S. 1 ff.; ders., JuS 1990, S. 362 ff.; ders., NStZ 1991, S. 23 ff.; ders., Meyer-GS, 1990, S. 533 ff.; auf dieser Linie auch Zielinski, AK, §§ 15, 16 Rn. 73 ff.; Kindhäuser, GA 1994, S. 203 f.

⁴⁸¹ Frisch, Vorsatz und Risiko, S. 98, 103, 186, 341.

⁴⁸² Frisch, Vorsatz und Risiko, S. 340 f.

Letztlich ginge es zur Tatzeit der Handlungsausführung um eine Zukunftsprognose des Täters hinsichtlich des Erfolgseintritts.

„Wissen“ oder „Kenntnis“ bedeute dabei mehr als bloßes Erfassen im Bewusstsein oder Vorstellen. Es setze voraus, dass der handelnde „Täter das von ihm erkannte tatbestandsrelevante Risiko seiner Handlung ernst nimmt, für sich von diesem Risiko ausgeht, es in diesem Sinne zu seiner Entscheidungsgrundlage macht. Das Sich-Abfinden mit dem Erfolgseintritt ist nichts, was noch hinzukommen muss, damit man einem Täter Vorsatz bescheinigen kann, der gehandelt hat, obwohl er für sich selbst bei seinem Handeln den Erfolgseintritt als ernsthaft möglich zugrunde gelegt hat.“⁴⁸³ An anderer Stelle sagt er ähnlich: „Kennzeichnend für den vorsätzlich handelnden Täter ist, dass er den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs *für sich* als eine mit seinem Handeln verbundene Möglichkeit ansieht, also *von einer in Richtung auf den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs offenen Situation ausgeht* (und handelt). Die Zufälligkeit des Ausbleibens des Erfolgs ist nichts weiter als die nicht betonenswerte Kehrseite solcher Offenheit. Zugleich steht damit fest, dass derjenige unvorsätzlich handelt, der für sich davon ausgeht, dass der Erfolg nicht eintreten werde; [...].“⁴⁸⁴

Frisch ist der Ansicht, dass wenn der Täter das Erfolgsrisiko ernst genommen hat, er sich sowie so mit diesem abgefunden haben müsse. Deshalb müsse letzteres nicht zusätzlich geprüft werden. Der Autor stellt ausdrücklich zusammenfassend fest: „Um das Verhalten des wissenden Täters als <Entscheidung gegen das Rechtsgut> qualifizieren zu können, bedarf es zusätzlicher volitiver oder emotionaler Erfordernisse neben dem Wissen nicht.“⁴⁸⁵ Der Autor erwähnt dabei, dass es bei dem Willen lediglich um das Wollen der Tathandlung geht, was aber nur in den Bereich der Handlungslehre (gewillkürte Handlung) und nicht zum Vorsatz gehöre. Es heißt sodann: „Mit dieser Einsicht steht fest, dass sich über das Moment der <Kenntnis> hinausgehende Vorsatzerfordernisse aus den bisher herausgestrichenen Hintergründen der Vorsatzbestrafung nicht ableiten lassen. Denn dass der Gesichtspunkt der erhöhten Vermeidemacht, der ebenfalls legitimierend hinter der hervorgehobenen Vorsatzbestrafung steht, solche zusätzlichen voluntativen oder emotionalen Beziehungen zum Erfolg nicht zu begründen vermag, ist ohnehin offensichtlich: Aktuelle Wollensbeziehungen liegen von vornherein jenseits der Ebene der Vermeidemacht - die Vermeidemacht des Täters ist nicht prinzipiell größer oder geringer, je nachdem, ob er etwas will

⁴⁸³ *Frisch*, JuS 1990, S. 366. So auch schon vom selben Autor in: *Vorsatz und Risiko*, S. 192 ff., 341. Zustimmung: *Zielinski*, AK, §§ 15, 16 Rn. 78.

⁴⁸⁴ *Frisch*, NStZ 1991, S. 24. Genauso *ders.*, in: *Meyer-GS*, 1990, S. 544 f.

⁴⁸⁵ *Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, S. 342 f. Siehe auch S. 268 f.; 300 f.

oder nicht will; sie hängt vielmehr von seinen Kenntnissen und Fähigkeiten ab. Wenn es im Vorsatz auch noch auf andere psychische Elemente als das Wissen um das Verhalten in seiner tatbestandsrelevanten Dimension ankommen sollte, so könnte es sich mithin nur um Erfordernisse handeln, deren Unverzichtbarkeit sich aus Leittopoi ergibt, die jenseits der bisher erarbeiteten Gesichtspunkte der <Entscheidung des Täters gegen das Rechtsgut> und der <erhöhten Vermeidbarkeit> liegen.⁴⁸⁶

Die vorsatzbegründende Ernstnahme des Erfolgsrisikos, d.h. das „Für-sich-Ausgehen von einer normrelevanten Gefahr“, soll nach *Frisch* ausscheiden, wenn der Täter auf einen guten Ausgang - sei es auch irrational⁴⁸⁷ - vertraut.⁴⁸⁸ Hier wird deutlich, dass auch nach *Frisch* die innere Einstellung des Täters entscheidend ist und er lediglich terminologisch die voluntative Komponente in das Wissenselement verlagert.⁴⁸⁹

Beim Gefährdungsvorsatz wendet der Autor seine Definition gleichermaßen an. Diesbezüglich sagt er: „Ebenso gilt natürlich - nach der hier vertretenen Auffassung - im jetzigen Zusammenhang gleichermaßen alles über das psychische Substrat des Vorsatzes Gesagte: auch hier ist das Spezifikum des Vorsatzes ein <Für-sich-Wissen> des Gegenstands, ein <Für-sich-Ausgehen> von diesem. Daraus folgt der Inhalt des Gefährdungsvorsatzes. Notwendig, aber auch ausreichend ist, dass der Täter seinem Verhalten für sich eben die Dimension zuschreibt, die den spezifischen Verhaltensunwert der (konkreten) Gefährdungsdelikte ausmacht. Der Täter muss also für sich davon ausgehen, dass sein Verhalten jenes spezifische Risiko in sich birgt, auf das es gerade in den konkreten Gefährdungsdelikten ankommt: das - objektiv nicht mehr tolerierte - Risiko, dass es zu einer Situation kommt, die <konkrete> Gefahr heißt.“⁴⁹⁰

⁴⁸⁶ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, S. 268 f.

⁴⁸⁷ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, S. 215 f., 224.

⁴⁸⁸ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, S. 482 ff. Kritisiert wird diese Schlussfolgerung von *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), Fn. 26 a. E., Ausdruck: S. 49, <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 279 und *Torio López*, Elementos subjetivos, CGPJ 1995, S. 172, die meinen, dies sei ein Bruch in *Frischs* Argumentation, da doch auf einmal emotional-voluntative Aspekte herangezogen werden würden.

⁴⁸⁹ So auch ausdrücklich *Schünemann*, FS-Hirsch, 1999, S. 369 (Fn. 20).

⁴⁹⁰ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, S. 295 ff.

4. Vorsatzindizien

Es gibt in jüngster Zeit vermehrt Autoren, die zur Vorsatzbestimmung des kognitiven und voluntativen Elements maßgeblich auch auf vielfältige äußere Indizien abstellen wollen. Dabei soll die Höhe des Risikos wichtigster Indikator sein. Je höher das erkannte Risiko ist, desto eher soll der Handelnde den Erfolgseintritt auch gewollt und nicht auf ein Ausbleiben des Erfolgseintritts vertraut haben.⁴⁹¹

*Hassemer*⁴⁹² schlägt zur Bestimmung des Eventualvorsatzes einen offenen Indizienkatalog vor. Er ist der Ansicht, dass alle Definitionsversuche darunter leiden, dass sie den Vorsatzbegriff nicht richtig fassen können. Auch könne ein einziger Indikator wie „Vermeideverhalten“ oder „Unabgeschirmtheit der Gefahr“ nicht genügen, der Katalog der Indikatoren müsse komplex und differenziert sein.

Nach dem Autor kennzeichnen den Vorsatz sowohl kognitive als auch voluntative Merkmale. Die Prüfung soll in drei Schritten erfolgen: (äußere) Gefahr; (innere) Vorstellung von der Gefahr; (innere) Entscheidung für die Realisierung der erkannten Gefahr. Zu den einzelnen Indizien und Gegenindizien heißt es: „So geht es auf der Stufe objektiver Gefährlichkeit für das tatbestandlich geschützte Rechtsgut etwa um die Sprengkraft einer Bombe und deren Entfernung vom bedrohten Objekt; um die abgestuften Möglichkeiten, eine Schusswaffe gezielt zu verwenden; um die Zeitspanne, während deren ein Verletzungsvorgang (etwa das Würgen eines Menschen) andauert; um die Körperzone, auf die sich ein Angriff richtet; um die Existenz und das Naheliegen rettender oder abschirmender Auswege. So geht es auf der kognitiven Ebene etwa um die Sichtbarkeit des Geschehens durch den Handelnden (Anwesenheit am Tatort; räumliche Nähe zum Tatobjekt); um dessen Wahrnehmungsfähigkeit (Trübungen durch Drogen oder Affekt, Steigerungen durch bestimmte persönliche oder professionell erworbene Fähigkeiten), um die Kompliziertheit vs. Überschaubarkeit der Situation; um die Zeit, in der relevante Wahrnehmungen gemacht werden konnten. So geht es auf der Ebene der Entscheidung etwa um betätigtes Vermeideverhalten; um die Wahrscheinlichkeit einer Selbstverletzung im Verhältnis zur Motivierbarkeit des Handelnden dadurch; um Indikatoren besonderer Motivierung wie Jugendlichkeit, Behinderung, besondere

⁴⁹¹ *Hassemer*, Kaufmann-GS, 1989, S. 302 ff.; *Philipps*, Roxin-FS, 2001, S. 365 ff.; *Prittowitz*, JA 1988, S. 497 ff.; *Schünemann*, FS-Hirsch, 1999, S. 374 f.; *Frisch*, Meyer-GS, 1990, S. 550 ff.

⁴⁹² *Hassemer*, Kaufmann-GS, 1989, S. 302 ff.

Professionalisierung oder das frühere Verhalten des Täters in vergleichbaren Situationen, welches zur jetzigen Situation in einem vorsatzrelevanten Zusammenhang steht; um Anzeichen emotiver Nähe zwischen Täter und Opfer.⁴⁹³

*Philipps*⁴⁹⁴ ordnet seine herausgearbeiteten vielfältigen Indizien in einer Baumstruktur vom allgemeinen („dolus eventualis“) zum speziellen Begriff (wie beispielsweise „tödliche Waffe als Mittel“). Die Bewertung eines Falls soll dann in umgekehrter Richtung verlaufen. Dabei betont auch *Philipps*, dass sein Indikatorenbaum bei Schwierigkeiten der einzelnen Subsumtion entweder an dieser Stelle analog anwendbar oder weiter entwickelbar - sprich offen - sei. Bei Erfüllung von einzelnen Indikatoren (und Gegenindikatoren) sollen unterschiedliche Zahlenwerte vergeben werden, ähnlich wie bei der Prüfung von juristischen Klausuren, die dann in der Gesamtberechnung entscheiden sollen, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt.

Puppe kritisiert insgesamt, dass das Herausstellen von Indizien nicht dazu geeignet ist, den Vorsatzbegriff zu definieren. Man könne einem Rechtsbegriff nicht dadurch Sinn geben, dass man Beweisregeln für sein Vorliegen aufstelle. Nach der Rechtsdogmatik könne das Beweisindiz nicht mit dem Begriffsmerkmal gleichgesetzt werden.⁴⁹⁵

II. Anwendung von Kriterien der Vernunft

Wegen der Kritik an den rein subjektivistischen Ansätzen, dass hiernach der blauäugige Optimist, der trotz des hohen Gefährpotentials unverständlicherweise auf ein Ausbleiben des Erfolgseintritts vertraut, ungerechtfertigterweise nur als Fahrlässigkeitstäter bestraft werden könne, werden von einigen Autoren als Korrektiv bei der Bestimmung des Eventualvorsatzes Kriterien der Vernunft angewandt.⁴⁹⁶

⁴⁹³ Hassemer, Kaufmann-GS, 1989, S. 308.

⁴⁹⁴ *Philipps*, Roxin-FS, 2001, S. 365 ff.

⁴⁹⁵ *Puppe*, NK, § 15 Rn. 54.

⁴⁹⁶ Heutzutage wird sogar vom Autor *Küpper*, ZStW 100 (1988), S. 766, behauptet, dass die Anwendung von objektiven Einschränkungen herrschende Auffassung in Deutschland sei. Der BGH verneine dementsprechend nicht den Vorsatz in Fällen, in denen wegen des hohen Risikopotentials bloß unbeachtliche Hoffnungen möglich seien.

Schon der bekannte Autor *Welzel*⁴⁹⁷ hat in den sechziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts seine Ernstnahmetheorie dahingehend verstanden, dass bei einer hohen Wahrscheinlichkeitsvorstellung des Täters, dieser nicht mehr auf ein Ausbleiben des Erfolgs vertrauen könne. Er versteht unter dem „Rechnen-mit-dem-Erfolgseintritt“ den Verwirklichungswillen, der allerdings bei einer hohen Wahrscheinlichkeitsvorstellung immer zu bejahen sein soll. Bei einer Möglichkeitsvorstellung soll es darauf ankommen, ob der Täter auf das Ausbleiben des Erfolgs vertraut hat.

In seinen neueren Ausführungen stellt auch *Roxin* klar, dass nach ihm „Gefahrverdrängungen nur insoweit entlasten, als sie bei normativer Beurteilung aller Umstände die Schuld des Täters so weit mildern, dass man ihm zubilligen kann, sich nicht gegen das geschützte Rechtsgut entscheiden zu haben. Wer seinem Feind eine Kugel durch den Kopf schießt oder ein Messer in die Brust sticht, kann sich nicht darauf berufen, dass er auf ein Überleben des Opfers vertraut habe. Die normative Überformung auch volitiver Abgrenzungen verhindert also abenteuerliche und fiktive, keinen Anhalt in der Realität findende Verdrängungsprivilegien.“⁴⁹⁸ In seinem Lehrbuch heißt es ähnlich: „Es gilt zu erkennen, dass die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht allein nach psychologischen Kriterien erfolgen kann - einerlei, ob man dabei auf bestimmte Formen des Wissens oder des Wollens abstellt -, sondern dass es sich dabei in letzter Instanz um einen Wertungsakt, eine normative Zuschreibung, handelt. Die Entscheidungstheorie macht danach den gesamten Geschehensablauf zur Beurteilungsgrundlage und stellt die Frage, ob bei Würdigung aller Umstände des Einzelfalles das Täterverhalten so gedeutet werden kann, dass der Handelnde sich - sei es auch notgedrungen und bedingungsweise - gegen das geschützte Rechtsgut entschieden hat oder ob es plausibel ist, anzunehmen, dass er auf einen glücklichen Zufall vertraut hat.“⁴⁹⁹ Für *Roxin* soll der Vorsatz über alle äußeren Indizien, die (zeitlich) vor, bei und nach der Tat erkennbar waren, erschlossen werden. Die Gesamtabwägung soll dann im Rahmen einer normativen Wertung entscheiden. Hierfür sei die Ausarbeitung von typischen Indikatoren dienlich.⁵⁰⁰ *Roxin* ist der Meinung, dass dieser „volitive Normativismus“ der Sache nach auch von der Rechtsprechung verfochten wird und genauso in der Literatur in verschiedenen Formen immer

⁴⁹⁷ *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, S. 68.

⁴⁹⁸ *Roxin*, Rudolphi-FS, 2004, S. 256.

⁴⁹⁹ *Roxin*, AT/1, § 12 Rn. 31.

⁵⁰⁰ *Roxin*, AT/1, § 12 Rn. 32 f.

deutlicher hervortritt,⁵⁰¹ wobei er an anderer Stelle zugibt, dass eine gewisse richterliche Willkür in der derzeitigen praktischen Anwendung nicht von der Hand zu weisen ist.⁵⁰²

*Engisch*⁵⁰³ versuchte die Billigungslehre zu ergänzen. Nach seiner Lehre (irreführend als Gleichgültigkeitstheorie bezeichnet, was sich nur auf einen Teil seiner Definition bezieht) sollen zum Vorsatz nicht nur Fälle wirklicher Billigung, sondern auch diejenigen gehören, bei denen der Täter von höchster Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts ausgegangen ist. Des Weiteren aber auch jene Fälle, in denen der Täter den erkannten möglichen oder einfach wahrscheinlichen Folgen seiner Tat gleichgültig (und rücksichtslos) gegenüberstand.⁵⁰⁴ *Engisch* meint, dass dolus eventualis nur dort anzunehmen ist, „wo der Täter die bloß möglichen schlechten Nebenfolgen positiv gutheißt oder gleichgültig hinnimmt, nicht aber dort, wo er Nebenfolgen als unerwünscht ansieht und demgemäß hofft, dass sie ausbleiben werden (Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930, S. 190 ff.).“⁵⁰⁵

Der Autor differenziert also drei Fälle des Eventualvorsatzes, die jeweils für sich genügen sollen: 1. der wenigstens für möglich erkannte Erfolg wird vom Täter ausdrücklich positiv gebilligt, 2. der wenigstens für möglich erkannte Erfolgseintritt ist dem Täter gleichgültig, 3. der Erfolgseintritt wird vom Täter als höchst wahrscheinlich eingestuft.

Im Hinblick auf die Gleichgültigkeit wird gesagt, dass diese (absolute) Gleichgültigkeit ein seelischer Gemütszustand sei, den man besser negativ als ein Fehlen von Widerstand gegen die mögliche Verletzung des Rechtsguts beschreiben könne.⁵⁰⁶ Es sei also nicht nur der Fall der positiven Erfolgsbilligung, sondern auch schon der des „innerlich-nicht-Widerstand-Leistens“ erfasst.⁵⁰⁷

⁵⁰¹ *Roxin*, Rudolphi-FS, 2004, S. 248.

⁵⁰² *Roxin*, AT/1, § 12 Rn. 81.

⁵⁰³ *Engisch*, Untersuchungen, S. 176 f.; 186 ff., 219 f.; *ders.*, Urteilsanmerkung zu BGHSt 7, 363, in: NJW 1955, 1688 f.

⁵⁰⁴ Dies wird auch als Ergänzung des voluntativen Elements gefordert von *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: *Schönkel/Schröder*, § 15 Rn. 84; *Schroeder*, LK, § 16 Rn. 93; *Roxin*, AT/1, § 12 Rn. 30; *Gallas*, ZStW 67 (1955), 43. Z.T. reicht die Gleichgültigkeit des Täters auch der höchstrichterlichen Rspr. zur Bejahung des Täterwillens: RGSt 75, 128; BGHSt 40, 306; 35, 26; BGH NJW 1960, 1821; 1968, 661 f. („rücksichtslos“). Für eine nach seinen Worten jedenfalls „sichere“ Indizwirkung der Gleichgültigkeit zur Vorsatzbejahung ist *Roxin*, AT/1, § 12 Rn. 40.

⁵⁰⁵ *Engisch*, Urteilsanmerkung zu BGHSt 7, 363, in: NJW 1955, 1689.

⁵⁰⁶ *Engisch*, Untersuchungen, S. 207 f.

⁵⁰⁷ *Engisch*, Untersuchungen, S. 188 ff. Als Kritik an dem Gleichgültigkeitsaspekt wird von dem Autor *Frisch*, Vorsatz und Risiko, S. 8, angemerkt, dass eine Gleichgültigkeit hinsichtlich des Erfolgseintritts genauso bei Fahrlässigkeitstätern vorliegen könne.

Das vorsatzausschließende innerliche Widerstandleisten sei wiederum schon in den Fällen der Hoffnung⁵⁰⁸ oder des Vertrauens auf das Ausbleiben des Erfolgs gegeben.⁵⁰⁹

Handelt der Täter trotz seiner Vorstellung über eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit der Erfolgsherbeiführung weiter, könne allerdings stets von einer vorsatzbegründenden rücksichtslosen Gleichgültigkeit ausgegangen werden.⁵¹⁰ In diesen Fällen stelle das Hoffen des Täters auf die ganz entfernte Möglichkeit des Ausbleibens der Tatbestandsverwirklichung einen irrelevanten „frommen“ Wunsch dar, der den Vorsatz nicht entfallen ließe. Mit dem Weiterhandeln trotz der hohen Wahrscheinlichkeitsvorstellung käme ausreichend der verwerfliche Charakter der Tat zum Ausdruck, um diese auch als eine Vorsatztat zu qualifizieren.⁵¹¹ Hier wird deutlich, dass von *Engisch* schon damals Kriterien der Vernunft angewandt wurden und ein wegen der hohen Gefahr-vorstellung irrationales Vertrauen auf ein Ausbleiben des Erfolgs unbeachtlich sein sollte.

Ähnlich wie *Engisch* bestimmt heute *Schroeder*⁵¹² den Eventualvorsatz. Nach ihm ist bedingter Vorsatz gegeben, „wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält und billigt, für wahrscheinlich hält oder ihr völlig gleichgültig gegenübersteht.“

Auch hier soll also eine Wahrscheinlichkeitsvorstellung genügen, ohne dass eine Zustimmung des Täters mit dem Erfolgseintritt oder ein Billigen (in welcher Form auch immer) erforderlich ist. Hierzu heißt es: „Wer den Erfolgseintritt für wahrscheinlich, <leicht möglich> hält, kann sich nicht durch eine bloße seelische Verdrängung vor dem Vorsatz <drücken>, sondern muss durch den Einsatz von Gegenfaktoren die objektive Gefahrlage verändern, durch kompensierende Verhaltensbemühungen die Gefahrensituation entschärfen.“⁵¹³

⁵⁰⁸ Bloße Wünsche und Hoffnungen des Täters im Unterschied zum Vertrauen sollen ansonsten nach allgemeiner Auffassung gerade nicht zählen, so z.Bsp. *Roxin*, AT/1, § 12 Rn. 27.

⁵⁰⁹ *Engisch*, Untersuchungen, S. 191, 207.

⁵¹⁰ *Engisch*, Urteilsanmerkung zu BGHSt 7, 363, in: NJW 1955, 1689.

⁵¹¹ *Engisch*, Untersuchungen, S. 176 f. Hier wird deutlich, dass sich der Autor von der Rechtsprechung des BGH auch darin unterscheidet, dass nach ihm das Vertrauen des Täters in den Fällen einer hohen Wahrscheinlichkeitsvorstellung irrelevant ist und so auch nicht den bedingten Vorsatz entfallen lässt. Ähnlich *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, S. 68, der das geforderte „Rechnen mit dem Eintritt des Erfolgs“ bei einer hohen Wahrscheinlichkeitsvorstellung bejaht.

⁵¹² *Schroeder*, LK, § 16 Rn. 92 f.

⁵¹³ *Schroeder*, LK, § 16 Rn. 92.

*Schneider*⁵¹⁴ spricht bei der Vorsatzverneinung nicht ausdrücklich von einem vernünftigen Vertrauen des Täters auf ein Ausbleiben des Erfolgs, aber ähnlich von der „Tatsachenfundertheit der Situationseinschätzung des Täters“ und einer „vertrauensstiftenden Tatsachenbasis“. Diesbezüglich müsse das Vertrauen in den glimpflichen Geschehensablauf objektiv nachvollziehbar sein und eine tatsachengefunderte Distanzierung auch wirklich objektiv ernstlich in Betracht kommen. Nachvollziehbare Gründe hierfür könnten sich aus der Art der Tatbestandshandlung, der Art und Größe des gesetzten Risikos, dem Setzen von risikomindernden Faktoren sowie sonstiger (persönlicher) Gründe zur einigermaßen verständlichen Bagatellisierung erkannter Risiken ergeben. Hingegen soll „tatsachengelöster Optimismus“ oder die „tatsachengelöste, irrationale, rein mentale Negation der vollumfänglich erkannten Gefahr“ den Tätervorsatz nicht entfallen lassen.⁵¹⁵ Auch *Brammsen*⁵¹⁶ verzichtet ausdrücklich nicht auf das Willensmoment beim bedingten Vorsatz. Er will allerdings allein beim Wissen des Handelnden von einer unbeherrschbaren Gefahr der Erfolgsverwirklichung den bedingten Vorsatz bejahen. Die unbeherrschbare Gefahr setzt er mit einer konkreten Gefahr (in Abgrenzung zur abstrakten Gefahr) gleich. Hierzu heißt es: „Die Bezugnahme auf das Bewusstsein der *konkreten* Gefahr ermöglicht es, den Einwand einer Abgeschildertheit und einer entsprechenden Vorstellung mit einleuchtender Begründung zu entkräften. Fehlen nämlich Tatsachen, die dem Täter gestatten, sich eine Steuerungsmöglichkeit über den eingangegetzten Geschehensablauf zuzuschreiben, dann ist sein Handeln nicht nur *abstrakt*, sondern *konkret* gefährlich. Steuerbares Verhalten ist nur willentliches Verhalten, Wunschvorstellungen genügen nicht! Weiß er um seine fehlenden Einflussmöglichkeiten und verwirklicht er dennoch die gefährliche Handlung, dann handelt er mit Eventualvorsatz.“⁵¹⁷

⁵¹⁴ *Schneider*, MüKo/ StGB, § 212 Rn. 11, 14, 24. Vgl. auch *Küpper*, ZStW 100 (1988), S. 774 f. (bei Rechtsgutsgefährdung nur noch irrelevantes Hoffen in das Ausbleiben des Erfolgsintritts möglich). Im angloamerikanischen Common Law ist der weite Begriff der Vernunft ausdrücklich allgemeine Grundlage jeder praktischen Fallentscheidung, vgl. *Fletcher*, 98 Harv. L. Rev., S. 949 ff. (1985) = *Eser/ Fletcher*, Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 67 ff. Bezüglich der mit dem *dolus eventualis* vergleichbaren „recklessness“ bestimmt Art. 2 Section 2.02(2)(c) Model Penal Code (USA), dass ein derartiges Risiko bewusst außer Acht gelassen werden muss, dass dessen Nichtbeachtung - unter Berücksichtigung der Natur dessen und der Täterabsicht - eine schwere Abweichung vom Standardverhalten, welches eine die Normen respektierende Person in der Situation gezeigt hätte, darstellt. Damit gelten hier auch normative Schranken der Vernunft. Es zählt zur Bestimmung des Vorsatzrisikos nicht die Einschätzung des Täters, sondern die eines Normalbürgers (welche durch das Gericht [in den USA die Jury] bestimmt wird) in der gleichen Tatsituation, vgl. *Greenawalt/ Low*, Model Penal Code, S. 237 f. Die Nähe zu den hier behandelten normativeren Ansätzen (vgl. gerade auch zu *Puppe*) ist augenscheinlich.

⁵¹⁵ *Schneider*, MüKo/ StGB, § 212 Rn. 11, 15.

⁵¹⁶ *Brammsen*, JZ 1989, S. 76 ff. Ähnlich *Otto*, Grundkurs, § 7 Rn. 35 ff., 44 f., der von einem konkreten Gefährdungswissen und einem Gefahrverwirklichungswillen spricht.

⁵¹⁷ *Brammsen*, JZ 1989, S. 80.

III. Rein kognitive Ansätze

Es gibt in der Lehre neuere Ansätze, wonach bei der Frage des Eventualvorsatzes nicht nur irrationales Vertrauen auf ein Ausbleiben des Erfolgs unbeachtlich sein soll, sondern darüber hinausgehend allen Einstellungsmomenten des Täters die Relevanz abgesprochen wird. Danach soll prinzipiell jegliches Vertrauen des Täters (also auch das nicht irrationale) auf das Ausbleiben des Erfolgs zur Vorsatzbestimmung keine Bedeutung zukommen. Hiermit soll der „blinde“ Optimist oder der skrupellose Täter, der die Gefahren nicht ernst nimmt, nicht mit einem Vorsatzausschluss privilegiert werden und auch der „überängstliche“ Pessimist, der überhaupt nicht auf ein Ausbleiben vertraut, soll nicht mit einer Vorsatzbejahung benachteiligt werden. Im Ergebnis zählt damit nur noch die Vorstellung des Täters.

1. Die Auffassung von *Herzberg*

*Herzberg*⁵¹⁸ führt differenzierter aus, dass in den Fällen, in denen die Gefahr objektiv hocheffizient kontrolliert werde, der Tätersvorsatz immer ausgeschlossen sei (als sog. abgeschirmte Gefahr), selbst wenn der Täter den Erfolg als möglich erkannt, ernst genommen oder gar im Sinne einer Absicht herbeigewünscht hat. In den Fällen der unabgeschirmten Gefahr (d.h. die Gefahr wird nicht beherrscht und ein Ausbleiben der Erfolgsverwirklichung ist bloß vom Zufall abhängig) soll nicht entscheidend sein, ob der Täter eine erkannte Gefahr ernst genommen hat, sondern dass er die normativ ernstzunehmende Gefahr erkannt hat.⁵¹⁹

Hiernach reicht also das bloße Wissen des Täters von der Tatgefahr aus, um den Vorsatz zu bejahen, ohne dass es darauf ankommt, ob dieser doch auf ein Ausbleiben der Erfolgsrealisierung vertraut hat.

Interessant ist an dieser Auffassung, dass im Falle der abgeschirmten Gefahr und auch der unabgeschirmten, aber entfernten Gefahr, immer der Vorsatz zu verneinen sein soll, selbst wenn der Täter Verletzungswillen, also Absicht zur Erfolgsherbeiführung gehabt hatte. Als Beispiel hierfür nennt *Herzberg* den Fall, in dem der Täter um drei Uhr morgens einen Stein aus dem Fenster in

⁵¹⁸ *Herzberg*, JuS 1986, S. 249 ff.; *ders.* NJW 1987, S. 1461 ff.; *ders.* JuS 1987, S. 777 ff.; *ders.*, JZ 1988, S. 573 ff.; *ders.*, JZ 1988, S. 635 ff.; *ders.*, JZ 1989, S. 470 ff., *ders.*, BGH-FG, 2000, IV, S. 66 ff.

⁵¹⁹ Ausdrücklich zustimmend mit dieser Formulierung, *Puppe*, ZStW 103 (1991), S. 17; *dies.*, NK, § 15 Rn. 51.

den Garten wirft und unverständlicherweise darauf hofft, eine bestimmte Person zu treffen, obwohl gar keine Anzeichen hierfür ersichtlich sind.⁵²⁰

In dieser Hinsicht werden die objektiven Maßstäbe auch in Fällen bestehender Täterabsicht konsequent durchgehalten.

2. Die Auffassung von *Puppe*

*Puppes*⁵²¹ Vorsatzbegriff wendet sich auch scharf gegen jegliche Berücksichtigung des Einstellungsmoments des Täters. Nach ihr ist zunächst als Tatfrage zu stellen, welches konkrete Wissen der Täter *ex ante* von der Erfolgsrealisierungsgefahr hatte. Insoweit wird auf das zu beweisende kognitiv-psychologische Element nicht verzichtet.⁵²² Im zweiten Schritt müsse unter normativ-rechtlichen Gesichtspunkten im Sinne einer Rechtsfrage entschieden werden, ob die vorgestellten Umstände hinreichend qualifiziert sind, um sie als Vorsatzgefahr einzustufen und den Täter somit wegen einer Vorsatztat bestrafen zu können. Diese läge vor, wenn ein hypothetisch vorgestellter rational und vernünftig handelnder Dritter nicht ernsthaft auf ein Ausbleiben der Erfolgsrealisierung vertrauen könnte und sich so mit dem Eintritt des Erfolges abfinden müsste.⁵²³ Bei Tötungsdelikten läge in diesem Fall eine geeignete Tötungsmethode vor. Im umgekehrten Falle läge eine bloße Fahrlässigkeitsgefahr vor, die nur als Fahrlässigkeitstat bestraft werden könne. In welche Richtung der Täter dabei selbst vertraut hat, spielt nach *Puppe* - im Gegensatz zur Billigungsthe-

⁵²⁰ *Herzberg*, JuS 1986, S. 256.

⁵²¹ *Puppe*, ZStW 103 (1991), S.1 ff.; *dies.*, NK, § 15 Rn. 64 ff.; *dies.*, Vorsatz und Zurechnung, S. 35 ff.; *dies.*, AT/1, § 16 Rn. 37 ff., S. 312 ff.

⁵²² *Puppe*, ZStW 103 (1991), S. 17, 37, 41. Insoweit geht die Kritik - diese Ansicht sähe unberechtigterweise von einer Vorstellung des Täters bzgl. der Erfolgsverwirklichung in der konkreten Tatsituation ab und weise diesem ein fiktives Wissen zu - von *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), Fn. 118, Ausdruck: S. 65, <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 323 als eigentlicher Sympathisant von *Puppes* Auffassung fehl. In dieselbe Richtung geht auch die unberechtigte Kritik *Prittwitz*', Strafrecht und Risiko, S. 357, ihm folgend *Rudolphi*, SK, § 16 Rn. 5 b), die behaupten, nach *Puppes* Ansicht würde dem Täter ein Risikowissen unterstellt werden. *Puppe* verteidigt sich gegen diesen Einwand ausdrücklich in, NK, § 15 Rn. 85. *Laurenzo Copello*, Dolo y conocimiento, S. 227 (Fn. 121), 266 f., beurteilt diesen Kritikpunkt an *Puppes* (wie an *Herzbergs*) Auffassung genauso als fehlgehend, da es auch nach diesem normativen Ansatz entscheidend auf das Täterwissen ankomme.

⁵²³ In ähnlicher Weise hat der BGH (JZ 1981, 35) schon den Vorsatz (Billigung) mit dem Argument bejaht, dass bei einem äußerst gefährlichen Vorgehen ein Vertrauen auf einen glücklichen Ausgang wider jede Vernunft ist.

orie - keine Rolle.⁵²⁴ Die Autorin stellt klar: „Nicht der Täter ist kompetent, über die rechtliche Relevanz der ihm bewussten Tatbestandsverwirklichungsgefahr zu entscheiden, sondern das Recht.“⁵²⁵

Puppe geht (genauso wie *Herzberg*) aus ihrer Sicht konsequent so weit, den *dolus eventualis* als die allgemeine Form des Vorsatzes zu klassifizieren und diese Vorsatzdefinition für alle Vorsatzarten anzuwenden und die klassische Dreiteilung des Vorsatzes (*dolus directus* 1., 2. Grades, *dolus eventualis*) aufzugeben. Die Täterabsicht soll damit nicht den Vorsatz begründen können. So soll beispielsweise der Waldbesitzer, der seine brennende Zigarette dort wegwirft mit dem Wunsch, sein versichertes Waldstück abzubrennen, wegen der noch nicht gegebenen Vorsatzgefahr (ein Dritter kann bei dieser Handlung noch auf ein Ausbleiben des Brandes vertrauen, es handelt sich nicht um eine generell geeignete Brandstiftungshandlung) trotz seines Brandstifterwillens nur wegen Fahrlässigkeit bestraft werden können. Die Absicht soll hier nicht als Unrechtsmerkmal fungieren, sondern nur als Schuldmerkmal. Die Absicht soll damit in diesem Fall nur bei der Strafzumessung gem. § 46 StGB berücksichtigt werden. Insgesamt stellt *Puppe* jedoch klar, dass im Normalfall ein Täter, der absichtlich handelt, eine taugliche Methode zur Erfolgsherbeiführung anwenden wird und damit auch nach der Lehre von der Vorsatzgefahr vorsätzlich handelt.⁵²⁶

3. Kritik an den Auffassungen von *Puppe* und *Herzberg*

Diejenigen, die den bedingten Vorsatz ausschließlich subjektivistisch verstehen, kritisieren die normativeren Ansätze von *Herzberg* und *Puppe* dahingehend, dass sie sich in gefährlicher Weise dem alten *dolus indirectus* näherten und so mit dem Schuldnerfordernis der individuellen Vorwerfbarkeit nicht vereinbar seien.⁵²⁷

⁵²⁴ *Puppe*, NK, § 15 Rn. 67. In ähnlicher Weise meint *Tamarit Sumalla*, ADPCP 1992, S. 543 ff., dass die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht nur subjektiv, sondern subjektiv-objektiv zu bestimmen sei. Dahingehend beurteilt er *Puppes* Ansicht als besonders interessant.

⁵²⁵ *Puppe*, NK, § 15 Rn. 55.

⁵²⁶ *Puppe*, NK, § 15 Rn. 81.

⁵²⁷ *Brammsen*, JZ 1989, S. 79 f.; *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko, S. 357 f. In Spanien: *Rodríguez Montañés*, in: Mir Puig/Luzón Peña, Responsabilidad penal, S. 278 f.; *dies.*, Delitos de peligro, S. 100 f., 102 f., *dies.*, in: Paredes

Weiterhin werde die Vorsatzstrafbarkeit in Fällen, in denen der Täter auf das Ausbleiben des Erfolgs vertraute - bei Bejahung einer erkannten Vorsatzgefahr - inakzeptabel ausgedehnt⁵²⁸ und in den Fällen der Ernstnahme von Fahrlässigkeitsgefahren unberechtigt eingeschränkt.⁵²⁹

Die Kritiker sind nicht damit einverstanden, dass eine Fahrlässigkeitsgefahr immer den Vorsatz ausschließt, selbst wenn der Täter die Gefahr ernst genommen oder die Erfolgsherbeiführung gar beabsichtigt hat. Andererseits würden die kognitiven Theorien, in den Fällen der Kenntnis einer Vorsatzgefahr, den Weg zur Vorsatzvermutung eröffnen, die mit dem Grundsatz der Unschuldsvermutung zugunsten des Angeklagten nicht vereinbar wäre.⁵³⁰ Dies hätte in manchen Fällen - wie z.Bsp. beim Schneiden der Fahrbahnkurve ohne Sicht des Kfz-Führers auf eventuellen Gegenverkehr - zur Folge, dass wegen der unabgeschirmten Gefahr im Sinne einer Vorsatztat zu bestrafen wäre, obwohl eindeutig ein Fall der bewusst schweren (oder gar mittleren) Fahrlässigkeit vorläge.⁵³¹

Eine andere Kritik geht dahin, dass nach der Theorie *Herzbergs* bei den deskriptiven oder normativen Tatbestandsmerkmalen (z.Bsp. bezüglich des Alters des vergewaltigten Mädchens oder der Fremdheit der Sache beim Diebstahl) letztlich das bloße Fürmöglichhalten genügen soll, da nicht ersichtlich sei, wie hier die Abschirmung der Gefahr aussehen soll (die Minderjährigkeit des Opfers könne der Täter schließlich nicht ändern).⁵³²

Des Weiteren wird darauf hingewiesen, dass die Bestimmung einer unabgeschirmten Gefahr im Einzelfall höchste Schwierigkeiten bereite.⁵³³

Weiterhin wird eingebracht, dass es (im Unterschied zur *Kaufmann'schen* Lehre) nicht gerechtfertigt sei, dem Täter auch fremde risikomindernde Faktoren etwa durch das Opfer oder Dritte, die die Gefahr abschirmen, zugute kommen zu lassen. Das Wissen des Täters von der Möglichkeit dieser Abschirmung durch Dritte dürfe ihn nicht entlasten. Genauso wenig wie beim Rücktritt vom Versuch sei es nicht gerechtfertigt, dass der die konkrete Gefahr setzende Täter sich

Castañón/ Rodríguez Montañés, El caso de la colza, S. 210 f. Es wird gar von *Bustos Ramírez*, Manual de derecho penal, PG, S. 289, ohne nähere Begründung behauptet, die Theorien führten zu einer unbegrenzten „versarii-in-re-illicita-Haftung“, die eine einfache Vermutung „iuris et de iure“ sei.

⁵²⁸ *Roxin*, AT/1, § 12 Rn. 50; *ders.*, Rudolphi-FS, 2004, S. 251 f.; *Ragués i Vallès*, El dolo, S. 145 f.

⁵²⁹ *Rudolphi*, SK, § 16 Rn. 5 b; *Roxin*, § 12 Rn. 51; *ders.*, Rudolphi-FS, 2004, S. 250 f.

⁵³⁰ *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 100 f., 103; *Brammsen*, JZ 1989, S. 79.

⁵³¹ *Ragués i Vallès*, El dolo, S. 146.

⁵³² *Ragués i Vallès*, El dolo, S. 146, Fn. 392; *Wessels/ Beulke*, AT, Rn. 227. Dieser Kritik lässt sich aber genauso entgegenhalten, dass sich jeder Täter darauf berufen könnte, dass er die erkannte Möglichkeit des Vorliegens der objektiven Merkmale nicht gebilligt oder ernst genommen hat.

⁵³³ *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 234; *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 101; *Ragués i Vallès*, El dolo, S. 146.

durch Handeln Dritter von seiner Vorsatzstrafbarkeit befreien könne. Dies sei nur in Fällen gerechtfertigt, bei denen der Täter in einer arbeitsteiligen Gruppe handelt und deswegen auf gefahrreduzierendes Verhalten der Gruppenmitglieder vertrauen dürfe.⁵³⁴

Zuletzt soll das Vorliegen einer unabgeschirmten Gefahr nicht den Vorsatz bestimmen, sondern lediglich eines von vielen Beweisindizien sein, um die vorsatzrelevante Tätervorstellung herzu-
leiten, und um letztlich beurteilen zu können, ob das Vertrauen des Täters in das Ausbleiben des Erfolgs als unvernünftig und damit als nicht vorsatzausschließend anzusehen ist.⁵³⁵

Den rein kognitiven Vorsatztheorien wird insgesamt vorgeworfen, dass wegen ihrer unzulänglichen Bestimmung und Einseitigkeit ein angeblich hoher Grad an Unbestimmtheit bei der Lösung von Grenzfällen bestehe.⁵³⁶

Mit letzterem Argument wird auch explizit *Puppess* Unterscheidungsvorschlag zwischen Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz kritisiert, wonach der unterschiedliche Grad der Gefahr maßgeblich sein soll.⁵³⁷ Hiergegen ließen sich nicht nur die bekannten Kritikpunkte bezüglich der Wahrscheinlichkeitstheorie (Unbestimmtheit) einbringen, sondern diese Unterscheidung soll auch nicht mehr mit *Puppess* eigenem sonstigen Lösungskonzept vereinbar sein. Es wird nicht verstanden, warum nicht mehr die Qualität der Gefahr (Vorsatzgefahr/ Fahrlässigkeitsgefahr) entscheiden soll, sondern der unterschiedliche Grad an Wahrscheinlichkeit, welcher nicht näher bestimmt werde. Die kritisierende spanische Autorin *Rodríguez Montañés* meint aber letztlich *Puppe* doch so verstehen zu können, dass es nach dieser möglich sei, dass eine Vorsatzgefahr für ein Gefährdungsdelikt geschaffen werde, die eben nicht als eine Vorsatzgefahr für ein Verletzungsdelikt zu qualifizieren ist.⁵³⁸ Nach *Roxin* soll dies allerdings - gerade auch im Hinblick auf den Vorsatz bei konkreten Gefährdungsdelikten - nicht möglich sein.⁵³⁹

⁵³⁴ *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 233 ff.; *Feijóo Sánchez*, El dolo eventual, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), Fn. 118, Ausdruck: S. 65 f., <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004 = CPC 65 (1998), S. 324.

⁵³⁵ *Laurenzo Copello*, Dolo y conocimiento, S. 269.

⁵³⁶ *Schünemann*, FS-Hirsch, 1999, S. 369 f. (auf *Herzbergs* und *Puppess* Ansicht bezogen); *Díaz Pita*, El dolo eventual, S. 233 ff.; *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 99 ff. (alle auf *Herzbergs* Ansicht bezogen); *Roxin*, AT/1, § 12 Rn. 49; *ders.*, Rudolphi-FS, 2004, S. 254; *Ragués i Vallès*, ADPCP 1996, S. 813 f. (auf *Puppess* Ansicht bezogen). Gegen diese pauschale Kritik verteidigt sich *Herzberg*, in: JuS 1987, S. 781 und *Puppe*, in: NK, § 15 Rn. 73.

⁵³⁷ *Roxin*, Rudolphi-FS, 2004, S. 254 f.; *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 101 f.

⁵³⁸ *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, S. 101 f. So auch *Puppe* ausdrücklich, in: NK, § 15 Rn. 86.

⁵³⁹ *Roxin*, AT/1, § 12 Rn. 52; *ders.*, Rudolphi-FS, 2004, S. 254 f.

IV. Weitere Auffassungen

1. „Recklessness“ als Zwischenform des subjektiven Tatbestands

Auch in Deutschland gibt es einige Autoren⁵⁴⁰, die *de lege ferenda* die Fälle des *dolus eventualis* als Fälle von angloamerikanischer „recklessness“⁵⁴¹, zu deutsch „Leichtfertigkeit“, im Sinne einer eigenen vom Gesetzgeber zu schaffenden Stufe mittleren subjektiven Unrechts begreifen wollen. Hierunter soll sowohl die bewusste Fahrlässigkeit als auch der *dolus eventualis* fallen. Zur „recklessness“ würden die Fälle vom Wissen von einer konkreten und nicht lediglich abstrakten Gefahr der Tatbestandsverwirklichung zählen. Falls der Täter (irrtümlich) von einer Beherrschbarkeit der Gefahr ausgeht, so richte sich dessen Vorstellungsinhalt lediglich auf eine abstrakte Gefahr und es könne allenfalls wegen (unbewusster) Fahrlässigkeit bestraft werden.⁵⁴²

Bei Bejahung der Vorstellung von der Gefährlichkeit komme noch die Verneinung der „recklessness“ wegen einer ausnahmsweise vorliegenden abweichenden Motivierung des Täters in Betracht, wie dies etwa beim betätigten Vermeidewillen zum Ausdruck kommen könne. Als Faustregel wird angeboten, dass die „recklessness“ in denjenigen Fällen auszuschließen sei, in denen der Täter in einfühlbarer Weise auf seine eigene Kraft, Erfahrung oder Geschicklichkeit bezüglich eines Ausbleibens des Erfolgs vertraue; wer jedoch lediglich seine Hoffnung irrational, blind oder abergläubisch auf das Verhalten Dritter oder allgemein auf sein Glück stützt, handele „reckless“.⁵⁴³

Der Einwand, dass das Problem der Abgrenzung zwischen dem *dolus eventualis* und der bewussten Fahrlässigkeit lediglich in die Strafzumessung verlagert werde, wird auch von den Anhängern der „recklessness“-Auffassung nicht gelehrt. Der Vorteil soll aber zum einen sein, dass die

⁵⁴⁰ Weigend, ZStW 93 (1981), S. 657 ff., 668 ff.; Schönemann, GA 1985, S. 363 f.; ders., Rudolf Schmitt-FS, 1992, S. 131; Eser, StraFR I, 3. Aufl., Fall 3, Rn. 35 a, S. 53. Hierhin tendierend: Hörnle, ZStW 112 (2000), S. 378. Vgl. allgemein zur „recklessness“, Perron, Nishihara-FS, 1998, S. 151 f.

⁵⁴¹ Art. 2 Section 2.02(2)(c) Model Penal Code (USA) bestimmt die „recklessness“ dahingehend, dass ein derartiges Risiko bewusst außer Acht gelassen werden muss, dass dessen Nichtbeachtung - unter Berücksichtigung der Natur dessen und der Täterabsicht - eine schwere Abweichung vom Standardverhalten, welches eine die Normen respektierende Person in der Situation gezeigt hätte, darstellt. Damit gelten hier auch normative Schranken der Vernunft. Es zählt zur Bestimmung des Vorsatzrisikos nicht die Einschätzung des Täters, sondern die eines Normalbürgers (welche durch das Gericht [in den USA die Jury] bestimmt wird) in der gleichen Tatsituation, vgl. Greenawalt/ Low, Model Penal Code, S. 237 f. Die Nähe zu den hier behandelten objektiven Ansätzen (vgl. gerade auch zu Puppe) ist offensichtlich.

⁵⁴² Weigend, ZStW 93 (1981), S. 693 ff.

⁵⁴³ Weigend, ZStW 93 (1981), S. 695 f.

Wirklichkeit der subjektiven Vorgänge mit dem Begriff der „recklessness“ besser vom Richter in Worte gefasst und in seine rechtlichen Bewertungen umgesetzt werden könnten. Zum anderen sollen die gesetzlichen Strafandrohungen mit der zu Vorsatz und Fahrlässigkeit hinzukommenden „recklessness“ gerechter verteilt werden können. So könnte beispielsweise bei einigen Delikten die Strafbarkeit von Vorsatz (oder von Vorsatz und „recklessness“) genügen. Zwischen den drei subjektiven Begehungsformen könnten außerdem die Strafraumen vom Gesetzgeber besser, und damit gerechter, verteilt werden.⁵⁴⁴

2. Vorsatz bei erhöhten Unfallgefahren

*Philipps*⁵⁴⁵ sagt, dass der Gesetzgeber bei den technischen Schutz- und Ordnungsvorschriften und den Straßenverkehrsregeln davon motiviert ist, Risiken zu vermindern, die sich aus der Häufigkeit der bestimmten gefährlichen Verhaltensweisen von einer Vielzahl von Menschen ergeben. Beim Einzelnen soll hier jedoch selbst bei einer bewussten Übertretung von Fahrlässigkeit ausgegangen werden können. Andererseits soll bei einer Vielzahl von gleichen Verstößen eines Einzelnen mit den verbundenen höheren Gefahren für andere Vorsatz angenommen werden können. In ähnlicher Weise stellt *Schünemann*⁵⁴⁶ darauf ab, dass das Fahren im Straßenverkehr schlechthin erlaubt und nützlich ist und sich die Gesellschaft an die damit verbundenen Risiken gewöhnt hat. Bei riskant fahrenden Verkehrsteilnehmern soll grundsätzlich kein Vorsatz angenommen werden können, da ihnen bei einer Kollision eine Selbstverletzung droht (*poena naturalis*).

*Jakobs*⁵⁴⁷ macht bei Straßenverkehrsdelikten darauf aufmerksam, dass in den üblichen Fällen der mäßigen Betrunkenheit, der geringen Unterschreitung des Sicherheitsabstands und der mäßigen Überschreitung der Geschwindigkeit wegen einer allgemein anerkannten „Risikogewöhnung“ auch im individuellen Erleben lediglich Kenntnis zu einem abstrakten Gefährdungstatbestand vorliege. Beim Straßenverkehr habe sich der Verkehrsteilnehmer derart an die davon ausgehenden Gefahren gewöhnt, dass er im Regelfall davon ausgehe, es werde - wie auch schon vorher - schon nichts passieren. Aufgrund dieses Angstverlustes wiege sich der Verkehrsteilnehmer oft in

⁵⁴⁴ *Weigend*, ZStW 93 (1981), S. 697 ff.; *Schünemann*, GA 1985, S. 363 f.

⁵⁴⁵ *Philipps*, ZStW 85 (1973), S. 42 f.

⁵⁴⁶ *Schünemann*, FS-Hirsch, 1999, S. 374.

⁵⁴⁷ *Jakobs*, AT, 8/30 ff.; *ders.*, Bruns-FS, 1978, S. 31 ff.

falscher Sicherheit. Für diesen handele es sich bei „üblicheren“ leichteren Verletzungen von Straßenverkehrsvorschriften nicht um die Setzung einer konkreten, sondern lediglich abstrakten, entfernten und statistischen Gefahr für andere.

Allerdings soll bei empfundenen „brenzligen“ Situationen, wie das Überholen auf enger Straße vor einer Bergkuppe oder das blindlings über-Rot-Fahren, *dolus eventualis* anzunehmen sein. Hier soll wegen des höheren Gefährdungspotentials eine normativ relevante Risikogewöhnung des Täters nicht möglich sein. Ein dahingehendes persönliches Urteil des überaus optimistischen Täters, es werde schon nichts passieren, sei somit unbeachtlich.

Der Täter müsse zur bedingten Vorsatzbejahung für sich gültig urteilen, dass die Tatbestandsverwirklichung als Folge der Handlung „nicht unwahrscheinlich“ sei.⁵⁴⁸ Erst so könne sich beim Täter ein hinreichend relevantes Vermeidemotiv bilden. Dies hänge vom objektiven Gewicht des betroffenen Guts und der Dichte des Risikos ab. Habe der Täter einmal ein hohes Risiko („brenzlige Situation“) erkannt, sei eine subjektive Unterschätzung des Risikos irrelevant.⁵⁴⁹ Das erkannte Risiko „muss so gewichtig sein, dass es bei einem - unterstellten! - dominanten Motiv zur Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung zur realen Vermeidung führt und nicht als *quantité négligeable* ohne Einfluss bleibt.“

In seinen neueren Schriften geht *Jakobs*⁵⁵⁰ sogar noch weiter und kommt zu einer radikalen Normativierung des bedingten Vorsatzes. Die Unkenntnis über die Tatbestandsverwirklichung soll unbeachtlich sein, wenn diese schlechthin auf Tatsachengleichgültigkeit oder Rechtsfeindschaft des Täters beruht und sich die Kenntnis wegen der Höhe der Gefahrsetzung normativ aufdrängt.⁵⁵¹ Werden nahe liegende Umstände aus Gleichgültigkeit nicht zur Kenntnis genommen, soll genauso von Vorsatz auszugehen sein. Der skrupellose, rechtsfeindliche Täter dürfe nicht mit der milderer Fahrlässigkeitstrafe privilegiert werden.⁵⁵² Dem Täter fehle es an der im gesellschaftlichen Zusammenleben notwendigen Normbefolgungsbereitschaft und Rechtstreue.⁵⁵³ Der Eventualvorsatz (in dieser Konstellation bei *Jakobs* als *dolus indirectus* bezeichnet) soll sich von der groben Fahrlässigkeit darin unterscheiden, dass sich der Täter beim *dolus indirectus* aktuell über die Entscheidungsunerheblichkeit der sich aufdrängenden Daten entschieden hätte.⁵⁵⁴ § 16

⁵⁴⁸ *Jakobs*, AT, 8/22 f.

⁵⁴⁹ *Jakobs*, AT, 8/31.

⁵⁵⁰ *Jakobs*, ZStW 114 (2002), S. 584 ff.; *ders.*, ZStW 101 (1989), S. 516 ff.; *ders.*, Rudolphi-FS, 2004, S. 107 ff.

⁵⁵¹ *Jakobs*, ZStW 114 (2002), S. 588.

⁵⁵² *Jakobs*, ZStW 101 (1989), S. 529 f.

⁵⁵³ *Jakobs*, Rudolphi-FS, 2004, S. 108 f.

⁵⁵⁴ *Jakobs*, ZStW 114 (2002), S. 594 f.

Abs. 1 StGB soll mit diesem Ansatz im Einklang so zu interpretieren sein, dass auf Gleichgültigkeit beruhende Unkenntnis keinen vorsatzausschließenden Irrtum darstellen soll. Der Gleichgültige soll nicht irren.⁵⁵⁵ Als seine These unterstützenden Vergleich nennt *Jakobs* den vermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17 S. 2 StGB), der genauso nicht zum Schuldausschluss, sondern lediglich zu einer Kann-Milderung der Strafe führt.⁵⁵⁶

Nicht überraschend wird *Jakobs'* neuere Auffassung dahingehend kritisiert, dass wegen der gesetzgeberischen Entscheidung in § 16 Abs. 1 StGB die Kenntnis nicht normativ zugeschrieben werden dürfe. Der gleichgültige Fahrlässigkeitstäter sei zwar (genauso wie der Vorsatztäter) überaus gefährlich für die Rechtsgüterordnung, doch könne dieser die Erfolgsherbeiführung mangels realer Inkenntnisnahme (zumindest ihrer Möglichkeit) weniger vermeiden, als der Vorsatztäter.⁵⁵⁷

⁵⁵⁵ *Jakobs*, ZStW 114 (2002), S. 597 ff.; *ders.*, Rudolphi-FS, 2004, S. 112.

⁵⁵⁶ *Jakobs*, ZStW 101 (1989), S. 533 f.

⁵⁵⁷ *Schünemann*, FS-Hirsch, 1999, S. 373.

D. Zusammenfassung Länderbericht Deutschland

I. Gesetzestext

Das Strafgesetzbuch (StGB) definiert bis auf die Irrtumsregelung in § 16 StGB nicht den Vorsatz. Die im Jahre 1962 vorgeschlagenen §§ 16 - 18 StGB-Entwurf, die den (bedingten) Vorsatz näher definieren sollten, wurden vom Gesetzgeber nicht übernommen.

Die nähere Bestimmung des Vorsatzes, inklusive des *dolus eventualis*, bleibt der Rechtsprechung und Lehre überlassen.

II. Höchstrichterliche Rechtsprechung

Der Bundesgerichtshof (BGH) verfolgt zur Bestimmung des Eventualvorsatzes schon seit jeher die Billigungstheorie.

Die Rechtsprechung hat es allerdings bis heute nicht geschafft, das von ihr propagierte Billigungsmoment ausreichend zu bestimmen. Resultat ist, dass es bei Vergleich der höchstrichterlichen Urteile keine klare Linie der Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit gibt.

Es lassen sich beim *dolus eventualis* nur allgemeine Tendenzen des BGH aufzeigen. Hierbei ist bei der Anwendung zwischen Tötungs- und anderen Delikten zu unterscheiden.

Bei den Tötungsdelikten hat die Entwicklung der Hemmschwellentheorie maßgeblich dazu geführt, dass das „Billigend-in-Kauf-nehmen“ heute von der Rechtsprechung eher subjektivistisch verstanden wird. Der BGH rückt hier mehr den Täter, seine allgemeine Persönlichkeit und seine zur Tatzeit besondere psychische Verfassung in den Vordergrund. Gerade bei Spontanataten soll nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine zur eigentlichen Täterpersönlichkeit abnormale affektive Erregung in Betracht kommen können, die den Vorsatz ausschließen kann. Ausgangspunkt ist der Gedanke, dass bei schwersten Verbrechen gegen einen anderen Menschen noch sorgfältiger zu prüfen ist, ob der Handelnde auch wirklich den Tod des Opfers herbeiführen wollte oder nicht doch irgendwie auf ein Ausbleiben des Todes vertraut hat. In diesen Fällen tut sich

der BGH eher schwer damit, normativere Maßstäbe anzuwenden, obwohl er zugibt, dass bei äußerst gefährlichen Handlungen der Tötungsvorsatz nahe liegt.

Es gibt aber auch vereinzelt Entscheidungen des BGH zu Tötungsdelikten, in denen dieser den bedingten Vorsatz normativer fasst (ohne dies jedoch ausdrücklich zuzugeben) und diesen bei äußerst gefährlichen Handlungen für das Leben anderer im Ergebnis bejaht. Hier wird dabei auf einmal damit argumentiert, dass ein Vertrauen des Täters auf ein Ausbleiben des Erfolgseintritts ohne Grundlage sei und als eine unbeachtliche, vage Hoffnung auf ein zufälliges Ausbleiben des Todes zu werten sei.

Diese Art der Argumentation verwendet der BGH aber nur vereinzelt und auch nur bei wirklich äußerst gefährlichen Tötungshandlungen. Eine Tendenz zu einem grundsätzlichen Richtungswechsel des BGH ist nicht zu erkennen.

Bei anderen Delikten als Tötungsdelikten, insbesondere bei Vermögensdelikten, ist interessanterweise festzustellen, dass der BGH den bedingten Vorsatz (wieder ohne dies ausdrücklich zuzugeben) eher normativer fasst. Entscheidend ist hier allein die Höhe der erkannten Gefahr der Rechtsgutsverletzung. Dies ist damit zu erklären, dass der BGH bei der Prüfung hier nicht die Hemmschwellentheorie anwendet und auch nicht der allgemeinen Persönlichkeit und psychischen Verfassung des Täters einen vergleichbaren Stellenwert einräumt. Bei erkannt unbeherrschbaren Gefahren soll grundsätzlich von Vorsatz auszugehen sein.

III. Lehre

Nach den rein subjektivistischen Ansätzen (Billigungstheorie, Ernstnahmetheorie, Verdrängungstheorien), die in Deutschland im Schrifttum immer noch herrschende Meinung sind, ist für den bedingten Vorsatz immer mitentscheidend, ob der Täter auf ein Ausbleiben des Erfolgs vertraut hat. Ist dies der Fall, so soll der Vorsatz entfallen. Dies soll selbst in denjenigen Fällen gelten, in denen der Täter wegen des erkannt hohen Gefährpotentials keinen einigermaßen nachvollziehbaren Grund für das Vertrauen auf einen guten Ausgang gehabt haben kann. Nach den subjektivistischen Ansätzen kommt es also immer auf die Einstellung des Täters an. Eine irrealistisch-optimistische Einstellung des Täters privilegiert diesen (Vorsatzausschluss) im Vergleich zum

Normaltäter. Deshalb lassen sich die subjektivistischen Ansätze auch als Einstellungstheorien bezeichnen.

Aus der Kritik heraus, dass ein „blinder“ Optimist nicht privilegiert werden dürfe, gibt es vereinzelt Auffassungen, die bei der Eventualvorsatzbestimmung als Korrektiv Kriterien der Vernunft anwenden wollen. Nach diesem Ansatz muss das Vertrauen - um vorsatzausschließend zu sein - in irgendeiner Weise vernünftig und objektiv nachvollziehbar sein. Gerade bei erkannt äußerst gefährlichen Gewalthandlungen und unbeherrschbaren Gefahren soll so vom bedingten Vorsatz auszugehen sein. Ein (irrationales) Vertrauen auf ein Ausbleiben des Erfolgs soll dabei nicht zählen.

Nach neueren rein intellektualistischen Ansätzen (*Herzberg, Puppe*) soll bei der Vorsatzfrage das Einstellungsmoment des Vertrauens (sei es als irrational oder rational einzustufen) auf ein Ausbleiben des Erfolgs niemals zählen dürfen. Mit diesen Theorien setzt sich auch die spanische Literatur intensiv auseinander. Im Ergebnis soll es nicht darauf ankommen, ob der Täter eine Gefahr ernst genommen hat, sondern ob er eine ernstzunehmende Gefahr erkannt hat. Ob die verursachte Gefahr als ernstzunehmend einzustufen ist (nach *Herzberg* unabgeschirmte Gefahr genannt, nach *Puppe* als Vorsatzgefahr bezeichnet), wird hiernach auf objektiver Ebene entschieden. Dies geht derzeit noch vielen (jedenfalls in Deutschland) zu weit.

Ist die Gefahr nicht normativ ernst zu nehmen (abgeschirmte Gefahr, unabgeschirmte, aber entfernte Gefahr oder Fahrlässigkeitsgefahr), soll sogar eine Absicht zur Erfolgsherbeiführung keinen Vorsatz begründen können. Dieser neue Ansatz gibt so die klassische Dreiteilung des Vorsatzes (*dolus directus* I, II, *dolus eventualis*) auf. Die herausgearbeiteten Definitionen sollen nach den beiden Autoren für alle Vorsatzfälle gelten.

Zweiter Teil (Vergleichung der unterschiedlichen Ansätze)

Erster Abschnitt (Gesetzestext)

In Spanien, Argentinien und Deutschland gibt es im Gesetz keine ausdrückliche Definition des Vorsatzes, bis auf die Regelung, dass der Vorsatz bei einem Irrtum des Täters entfällt (in Deutschland § 16 StGB).

In Mexiko und Kolumbien wird der Vorsatz im Allgemeinen Teil des CP ausdrücklich bestimmt. In Art. 18 CPF von Mexiko werden alle drei Vorsatzformen (*dolus directus* I, II, *dolus eventualis*) definiert. Bei der Regelung des *dolus eventualis* hat sich der Gesetzgeber an die Billigungstheorie gehalten. Für den Willen der Erfolgsverwirklichung soll ein „Akzeptieren“ (= Billigung) genügen. Beim Vertrauen auf ein Ausbleiben des Erfolgs sagt Art. 18 Abs. 3 CPF explizit, dass allenfalls Fahrlässigkeit vorliegen kann.

Bis zur Gesetzesreform im Jahre 2000 hat der kolumbianische Gesetzgeber genauso die Billigungstheorie verfolgt. Nach Art. 36 CP a.F. (1980) war für den bedingten Vorsatz auf der kognitiven Seite ein Möglichkeitswissen und auf der voluntativen Seite ein „Akzeptieren“ erforderlich. Mit der letzten Reform hat der Gesetzgeber insbesondere den bedingten Vorsatz vollständig neu geregelt. Der Täter muss jetzt den Erfolg für wahrscheinlich vorhergesehen und den Nichteintritt des Erfolgs frei dem Zufall überlassen haben. Diese Neufassung ist äußerst interessant und mutig. Aus den Gesetzesmotiven wird deutlich, dass die Vorsatztheorie des deutschen Autors *Herzberg* (Kenntnis von einer unabgeschirmten Gefahr) bestimmend gewesen war. Allerdings geht die heutige kolumbianische Praxis und Lehre bei Auslegung des Art. 22 S. 2 CP n.F. nicht so weit, auf das Willensmoment gänzlich verzichten zu wollen. Es wird lediglich zugegeben, dass die Betonung nun deutlich mehr auf dem Wissensmoment liegt. Da allerdings auch schon vor der Gesetzesreform maßgeblich mit dem mit der Höhe des Erfolgsrisikos verbundenen Wahrscheinlichkeitswissen und der Nichtbetätigung eines Vermeidewillens argumentiert wurde, bedeutet die neue Legaldefinition keinen Bruch mit der bisherigen Vorsatzbestimmung.

Ob allerdings eine Legaldefinition des bedingten Vorsatzes für die Lösung des Problems der Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit dienlich ist, ist eher zweifelhaft.

Die Auswertung der mexikanischen Rechtsprechung und Lehre hat gezeigt, dass hierdurch eher einer trügerische Sicherheit besteht, wann der Vorsatz zu bejahen ist. Es wird mehr mit den Rechtsbegriffen an sich argumentiert, ohne diese konkret zu definieren, und den festgestellten Sachverhalt hierunter zu subsumieren. In Kolumbien wurde im Ergebnis schon früher mehr mit der Höhe des Erfolgsrisikos und dem Nichtvorliegen eines Vermeideversuchs argumentiert, als dass die klassische Billigungstheorie angewandt wurde, wie sie im CP geregelt war. Im Ergebnis zeigt sich, dass die Legaldefinitionen nicht zu einer größeren Rechtsklarheit beigetragen haben.

Deutschland und Spanien sind die Vorreiter bei der Bestimmung des (bedingten) Vorsatzes. Hier findet sich auch erheblich mehr Lösungsmaterial in Lehre und Praxis, welches auch oft von den anderen Ländern, selbst in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, herangezogen wird. Es zeigt sich, dass die Zurückhaltung der dortigen Gesetzgeber dazu beigetragen hat, dass sich vorhandene Theorien weiter entwickeln und auch neue, verbesserte Lösungsansätze entstehen.

Zweiter Abschnitt (Höchststrichterliche Rechtsprechung)

Aus den hier behandelten höchstrichterlichen Entscheidungen ist die Rapsölentscheidung des 2. Strafsenats des spanischen TS aus dem Jahre 1992 hervorzuheben. Seitdem vertritt jedenfalls dieser Senat die Wahrscheinlichkeitstheorie und verzichtet ausdrücklich auf ein zusätzliches Willensmoment. Darüber hinaus sollen normative Grenzen gelten. Ein unvernünftiges Vertrauen auf ein Ausbleiben des Erfolgs soll den Vorsatzausschluss nicht herbeiführen können. Der spanische Autor *Bacigalupo Zapater*, der auch Richter beim TS ist, hat als Berichterstatter an der Entscheidung mitgewirkt und seine eigene Meinung genauso revidiert. Der Einfluss dieses Strafrechtswissenschaftlers und Praktikers auf die Rechtsprechung ist dabei nicht zu unterschätzen. Insofern zeigt sich, dass sich in der Lehre entwickelte Theorien eher bei den Gerichten durchsetzen können, wenn ein Wissenschaftler zugleich auch als Richter der höchsten Instanz tätig ist.

Die Entwicklung in der spanischen Praxis von der Billigungs- zur Wahrscheinlichkeitstheorie liegt genauso mit in der älteren Rechtsprechung bei den Unterlassungsdelikten begründet. Dort wurde seit jeher auf ein Willensmoment verzichtet und lediglich auf ein Wahrscheinlichkeitswis-

sen des Täters abgestellt. Schon frühzeitig hatte sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass ein Unterlassungstäter beim *dolus eventualis* keinen wirklichen Willen zur Erfolgsverwirklichung hat. Damit hatte die spanische Rechtsprechung schon damals einen Grundstein zur Wahrscheinlichkeitstheorie gesetzt, wenn dies auch nur stillschweigend geschah und auf Unterlassungsdelikte beschränkt war. In Deutschland ist eine solche Rechtsprechung auch nicht bei Unterlassungsdelikten zu finden.

Zuletzt hat auch die vorherige Entwicklung in Spanien zur Vereinigungstheorie zur Rapsölentscheidung beigetragen. Aus spanischer Sicht wurde die deutsche Ernstnahmetheorie dahingehend verstanden, dass der Täter - wenn er den Erfolg ernst genommen haben soll - diesen auch als wahrscheinlich vorhergesehen haben muss. Die Ernstnahmetheorie hat also schon frühzeitig in der spanischen Rechtsprechung dazu geführt, dass der kognitiven Seite mehr Gewicht eingeräumt wird. Diese Entwicklung der deutschen Theorie ist isoliert in Spanien vorstatten gegangen. In Deutschland ist eine solche Interpretation nicht zu finden. Dabei hat die spanische Rechtsprechung nicht bewusst eine eigene Interpretation der Ernstnahmetheorie vorgenommen. Sie ist vielmehr irrtümlicherweise davon ausgegangen, dass die Ernstnahmetheorie in Deutschland auch so verstanden wird, dass der Täter den Erfolg für wahrscheinlich vorhergesehen haben muss und diesen gebilligt hat.

Des Weiteren will man in Spanien seit der Rapsölentscheidung vermehrt nicht mehr die Einwendung gelten lassen, dass darauf vertraut wurde, dass der Erfolg nicht eintreten werde, wenn sich dieses Vertrauen als unvernünftig erweist. Insoweit findet das Einstellungsmoment keine Beachtung. In solchen Fällen soll das vorsatzbegründende Wahrscheinlichkeitswissen beim Täter weiter vorliegen. Entscheidend dabei ist, ob der Täter etwas getan hat, um die Gefahr des Erfolgseintritts ausreichend zu beseitigen. Der betätigte Vermeidewille soll also dem Vertrauen entscheidendes rationales Fundament geben können, was zu einem wirklichen vorsatzausschließenden Irrtum führen könne.

Insgesamt lässt sich bei der Auswertung der ausländischen Rechtsprechung feststellen, dass neben der Höhe der Gefahr der betätigte oder nicht (ausreichend) betätigte Vermeidewille ein wesentliches Indiz bei der Vorsatzbestimmung ist. Hieraus folgert die Praxis, welche Gefährvorstellung der Täter im Einzelfall gehabt hat.

Auch in Deutschland ist die Höhe der geschaffenen Gefahr der Erfolgsverwirklichung im Ergebnis mit entscheidend. Allerdings hat sie in Deutschland nur bei anderen als Tötungsdelikten einen solch ausschlaggebenden Stellenwert wie in den anderen Ländern. Zum einen ist es in Deutschland bei Tötungsdelikten für die Gerichte wegen der nur hier angewandten Hemmschwellentheorie schwieriger auf bedingten Vorsatz zu erkennen, zum anderen aber auch durch den Verweis auf § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, wonach eben auch „nur“ ein Fall der vorsätzlichen Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung vorliegen kann. Mit der Entwicklung der Hemmschwellentheorie hat der BGH eine Spaltung seiner Vorsatzdefinition zwischen Tötungs- und anderen Delikten vorgenommen. Bei Tötungsdelikten hat der Täter eine größere Chance mit seiner Einlassung, er habe auf ein Ausbleiben des Erfolgs vertraut, gehört zu werden (in dubio pro negligentia). In den anderen hier behandelten Staaten findet eine solche künstliche Aufspaltung nicht statt. Worum es bei der Hemmschwelle gegenüber einer Tötung im Einzelnen geht und wie weit diese reichen soll, sagt der BGH nicht. Es bleibt insbesondere offen, ob es sich bei der natürlichen Tötungshemmschwelle um ein genetisch oder sozial begründetes Phänomen handelt. Die deutsche Rechtsprechung erfasst den bedingten Vorsatz bei Tötungsdelikten subjektivistischer als die anderen Länder. Der BGH räumt dem Einstellungsmoment des Täters ausschlaggebende Bedeutung ein. Selbst wenn schwerlich eine dogmatische Stringenz (genauso wenig wie in den anderen hier behandelten Staaten) in der Anwendung bei den Vorsatzentscheidungen in der deutschen Rechtsprechung zu finden ist, so lässt sich aber im Ergebnis sagen, dass dem (subjektivistischen) Vertrauen des Täters auf ein Ausbleiben des Erfolgs immer noch ausschlaggebende Bedeutung zukommt. Zwar wird an vielen Stellen gesagt, dass dieses Vertrauen ernsthaft sein muss und nicht bloß vage, doch finden sich selten nähere Ausführungen hierüber. Zuletzt soll es auch immer auf das Urteil des Täters ankommen, selbst wenn dieser ein „blauäugiger“ Optimist ist und sich sein Vertrauen in keiner Weise nachvollziehen lässt. Unterschwellig lässt sich aber feststellen, dass dabei der Persönlichkeit des Täters eine hohe Bedeutung zukommt. Hieraus lässt sich auch die Entwicklung zur Hemmschwellentheorie erklären, die allerdings nur in Deutschland Anwendung findet und in den anderen hier behandelten Ländern gar nicht diskutiert wird. Ein Durchschnittstäter soll weniger wahrscheinlich die Todesherbeiführung billigen, als ein zu Gewalttaten neigender. Gerade bei Spontanataten soll eine zur eigentlichen Täterpersönlichkeit abnormale affektive Erregung in Betracht zu ziehen sein, die im Ergebnis den Vorsatz ausschließen könne. Der BGH macht keinen Hehl daraus, dass zu hinterfragen ist, ob die Art und Weise der Tat überhaupt zur allgemeinen Persönlichkeit des Täters passt. Falls dem nicht so ist, wird eine

noch sorgfältigere Prüfung des bedingten Vorsatzes verlangt. Den affektiven Erregungszuständen misst der BGH bei der Frage von bedingtem Tötungsvorsatz höhere Bedeutung zu, als das hier behandelte Ausland dies tut. Dies liegt hauptsächlich daran, dass im Ausland schon früh *Carrara* (der einen großen Einfluss auf die dortige Vorsatzentwicklung hatte) diese Konstellation unter den ungestümen Vorsatz (*dolus impetus*) fasste und auch der dortige Gesetzgeber dies explizit lediglich bei der Strafzumessung als strafmildernden Umstand geregelt hat.

Insgesamt hält der BGH im Unterschied zu der hier behandelten ausländischen Rechtsprechung weiterhin an einem stark psychologisierten Vorsatzbegriff fest, bei dem auch die unvernünftigen Einstellungen des Täters zählen sollen. Er lässt den Vorsatz zumeist nur bestehen, wenn der Täter selbst nicht so ganz von seinen Hoffnungen auf das Ausbleiben überzeugt ist. Ist dies der Täter jedoch, beispielsweise weil er ein überaus (und damit noch gefährlicher für die Rechtsordnung!) großer Optimist ist, so wird er - jedenfalls nach der dogmatischen Sicht des BGH - wegen des vorliegenden (wenn auch irrationalen) Vertrauens nicht wegen Vorsatzes bestraft. In einigen vereinzelten Entscheidungen gibt der BGH inkonsequenterweise selbst zu, dass bei wissentlicher äußerster Gefährlichkeit des Vorhabens der Täter den Eintritt des Erfolgs dem Zufall überlässt und so nicht auf einen guten Ausgang vertrauen kann, und Gedanken in diese Richtung ohne tatsächliche Grundlagen als unbeachtliche vage Hoffnungen einzustufen sind.

Wenn auch viele hier immer wieder einen Schritt dahin gesehen haben, dass der Höhe der kognitiv erfassten Gefahrsetzung vom BGH ausschlaggebende Bedeutung zugeräumt wird, so war dann in darauf folgenden Urteilen wieder wie davor die individuelle Einstellung des Täters zum Erfolgsrisiko entscheidend. Von einem Richtungswechsel kann jedenfalls keine Rede sein.

Im Gegensatz dazu hat in Spanien, Mexiko, Argentinien und Kolumbien die mit der hohen Gefahr verbundene Wahrscheinlichkeitsvorstellung (auch bei Tötungsdelikten) für den bedingten Vorsatz ausschlaggebende Bedeutung.

In Spanien wird hierbei immer mehr von der Kenntnis einer konkreten Gefahr gesprochen. Hier auf hatte der deutsche Autor *Frisch* (Titel: *Vorsatz und Risiko*) - so die spanische Rechtsprechung ausdrücklich - den entscheidenden Einfluss. Wenn es auch der spanischen Rechtsprechung nicht immer richtig gelingt, den Begriff der konkreten Gefahr von der abstrakten Gefahr abzugrenzen, so wird er jedenfalls im Ergebnis mit der Wahrscheinlichkeit mehr oder weniger gleichgesetzt. Letztendlich hat die spanische Rechtsprechung aber nur *Frischs* (Teil-)Erkenntnis aufgegriffen, dass es beim Täter auf die Vorstellung der (zukünftigen) Erfolgsverwirklichung (Erfolgsrisiko) und nicht des eingetretenen Erfolgs ankommt, was im Grunde auf der Hand liegt. Der

weitaus interessanterer Teil der Theorie *Frisch's*, wonach der Täter das Tatbestandsrisiko zu seiner Entscheidungsgrundlage machen muss, wird nicht aufgegriffen. Das spanische TS versteht *Frisch* dabei als Vertreter der kognitiven Theorie. Dass nach *Frisch* dem Vertrauen auf ein Ausbleiben des Erfolgs weiterhin die entscheidende Bedeutung zukommt und er daher als Anhänger der Willenstheorie einzuordnen ist, wird von der spanischen Rechtsprechung nicht erkannt.

Die mexikanische Rechtsprechung schließt aus dem erkannt hohen Gefährpotential auf die Gleichgültigkeit und Erfolgsbilligung des Täters. Obwohl Art. 18 Abs. 3 CPF beim Vertrauen des Täters auf ein Ausbleiben des Erfolgs ausdrücklich den Eintritt in die bewusste Fahrlässigkeit vorsieht, ist es verwunderlich, dass bei der Abgrenzung in der Praxis ein Vertrauen des Täters auf ein Ausbleiben des Erfolgs kaum geprüft wird. Vielmehr wird von der hohen Gefahr unmittelbar auf die Gleichgültigkeit und damit den bedingten Vorsatz des Täters geschlossen.

Obwohl auch die argentinische Rechtsprechung nicht auf das voluntative Element verzichten will und hierfür auch zum Teil die Ernstnahmetheorie des deutschen Autors *Roxin* heranzieht, so zeigt sich bei genauerem Hinsehen, dass bei einer erkannt wahrscheinlichen Erfolgsverwirklichung zugleich auch die Erfolgsbilligung bejaht wird. Auch hier ist die Wahrscheinlichkeitsvorstellung im Ergebnis entscheidend.

In Kolumbien hat der Gesetzgeber jüngst die Wahrscheinlichkeitsvorstellung und das „Frei-dem-Zufall-Überlassen“ für den bedingten Vorsatz festgeschrieben. Schon vorher hat die Rechtsprechung zum Teil die Wahrscheinlichkeitsvorstellung gefordert. Die C.S.J. prüfte hier zwar ein vermeintliches Vertrauen des Täters auf ein Ausbleiben des Erfolgs schon genauer, doch das Gericht verneinte dieses, wenn kein Vermeidewille betätigt wurde. Schon damals musste also der Täter nach außen durch eine Handlung bewiesen haben, dass er wirklich an ein Ausbleiben des Erfolgseintritts glaubte. Hierin unterscheidet sich der Ansatz zur deutschen Rechtspraxis.

In Mexiko wird die Frage nach dem betätigten Vermeidewillen bei Bandenfällen zur Lösung herangezogen. Ein Bandenmitglied soll sich nicht damit rausreden können, er habe die gefährliche Tathandlung des anderen nicht gewollt, wenn er am Tatort nichts zur Vermeidung dieser Handlung getan hat.

Auch bei der spanischen Rapsölentscheidung sollte entscheidend sein, ob die Täter geeignete Abwehrmittel getroffen haben, um die Gefahr ausreichend zu reduzieren. Bei Verneinung soll auch kein vorsatzausschließendes Vertrauen vorliegen. Letztlich wird durch diesen Gedankengang die Tür zu einem normativeren Verständnis des bedingten Vorsatzes geöffnet, wonach ein unvernünftiges Vertrauen den Vorsatzausschluss nicht herbeiführen können soll. Wird der Nicht-

eintritt bewusst frei dem Zufall überlassen (so wie es heute in der kolumbianischen Legaldefinition zum Ausdruck kommt), so soll auch nicht auf ein Ausbleiben der Erfolgsverwirklichung vertraut werden können und die hinreichende Tätervorstellung soll auch nicht entfallen können. Hiernach soll auch der unverständliche Optimist am Maßstab eines Durchschnittstäters gemessen werden.

In der deutschen Rechtsprechung wird bis heute auch dem betätigten Vermeidewillen nicht eine solch entscheidende Bedeutung zugeschrieben. Wenn es freilich als Indiz gegen den Vorsatz aufgegriffen wird, so bleibt weiterhin entscheidend, ob der Täter deshalb auch ernsthaft auf ein Ausbleiben des Erfolgs vertraut hat.

Mehr entscheidend ist für die deutsche Rechtsprechung dabei, ob es sich bei Tötungsdelikten um eine Spontantat oder eine schon frühzeitig überlegte Tat gehandelt hat. Bei Spontantaten wird eher von einem Nichtbestehen von bedingtem Vorsatz ausgegangen.

Auch die spanische Rechtsprechung hat vereinzelt bei dem Versuch, die „konkrete“ Gefahr zu definieren, den Gesichtspunkt des Zeitmoments der Tat aufgegriffen. Nach ihr soll lediglich bewusste Fahrlässigkeit vorliegen, wenn beim Täter die Möglichkeitsvorstellung der Erfolgsherbeiführung erst bei Tatausführung auftaucht und nicht *ex ante* schon eine Wahrscheinlichkeitsvorstellung bestand. Auch hier wird also bei einem Spontantäter eher von einem Fahrlässigkeitstäter ausgegangen.

Eindeutiger beurteilen die spanischen Gerichte Sachverhalte mit erhöhten Unfallgefahren (Verkehr, Bauwesen, Arbeit, Industrie, Medizin, Sport, Strom usw.). Hier vermutet die Rechtsprechung erst einmal stillschweigend, dass es sich bei dem eingetretenen Erfolgsunwert um eine ungewollte Unfallfolge handelt. Diese Unterscheidung wird in Deutschland - so eindeutig - lediglich von Teilen der Literatur getroffen, mit dem Argument der allgemeinen Risikogewöhnung im Straßenverkehr und der drohenden Selbstverletzung des Täters (*poena naturalis*).

Neben der Höhe des Erfolgsrisikos und den getroffenen Abwehrmitteln hat der Gesichtspunkt der Gleichgültigkeit des Täters für die Vorsatzfrage keine entscheidende Bedeutung.

Allein in Mexiko wird noch viel mit diesem Begriff argumentiert, wobei er dort bei genauerer Analyse lediglich zur Unterstreichung der Feststellung von *dolus eventualis* benutzt wird. Vereinfacht lässt sich die Argumentation in der Weise darstellen, dass dem Täter, der sich der hohen Gefahr der Erfolgsverwirklichung bewusst ist, wegen seines Weiterhandelns der Erfolgseintritt

gleichgültig ist und er diesen deshalb auch billigt. Letztendlich ist bei dieser Argumentationsführung lediglich die kognitiv erfasste Gefahr entscheidend.

Hierzulande wurde nur in der älteren Rechtsprechung die Gleichgültigkeit des Täters mit dem Schicksal des Opfers als „Einverständnis“ mit dem Erfolg im Sinne einer Billigung gewertet.

Dritter Abschnitt (Lehre)

In Spanien verzichtet seit der Rapsölentscheidung vermehrt auch die Literatur auf ein Willensmoment und fordert für den bedingten Vorsatz allein die Kenntnis von einer konkreten Gefahr. Irrationales Vertrauen auf ein Ausbleiben des Erfolgseintritts soll dabei den Vorsatz nicht ausschließen können.

Es gibt zusätzlich in Spanien vereinzelt neueste Tendenzen, die diese Definition einheitlich für alle Vorsatzstufen anwenden und der Absicht des Täters keine Relevanz zukommen lassen wollen. Zu den Vertretern gehört neben *Laurenzo Copello* auch wieder der erwähnte Richter und Wissenschaftler *Bacigalupo Zapater*. Dabei zieht diese Auffassung auch einen Vergleich zu den abergläubischen und unrealen Absichten, die nach allgemeiner Auffassung genauso wenig den Vorsatz begründen. Bei einer lediglich minimalen und niedrigen Erfolgseintrittsmöglichkeit soll die Absicht des Täters wegen ihrer Irrationalität genauso keine Beachtung finden. Genauso wenig wie das irrationale Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolgs den Vorsatz beseitigen können soll, soll die irrationale, nicht authentisch verfolgbare Absicht, den Erfolg zu verwirklichen, nicht den Vorsatz begründen können. Mögliche Diskrepanzen mit der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs (in Deutschland § 23 Abs. 3 StGB, bei der sich der Gesetzgeber für die Vorsatzbejahung trotz „groben Unverständs“ des Täters entschieden hat), werden dabei allerdings nicht diskutiert. Die Vertreter stützen ihre Ansicht jedoch auf den unrealen Versuch, der von Rechts wegen, ohne Rücksicht auf die innere Einstellung des Täters, nach allgemeiner Auffassung als straflos gilt. Genauso soll etwa bei der Frage der Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch das Recht und nicht die Einstellung des Täters entscheiden. Beides soll zeigen, dass es der Rechtsdogmatik nicht fremd ist, Gedanken und Einstellungen des Täters einer vernünftigen normativen Wertung zu unterziehen.

Nicht zuletzt auch wegen der Rapsöleentscheidung setzt sich die spanische Literatur intensiv mit den deutschen rein kognitiven Theorien von *Herzberg* und *Puppe* auseinander. In Spanien setzt sich immer mehr die Erkenntnis durch, dass es beim bedingten Vorsatz nicht auf das Einstellungsmoment beim Täter ankommt, sondern nur zu hinterfragen ist, wovon der Täter Kenntnis hatte. Für die spanischen Autoren ist die konkrete Gefahr eine ernste, unmittelbare und unbeherrschbare. Es soll also entscheidend auf die Höhe der Gefahr ankommen. *Puppe* hinterfragt, ob ein hypothetisch vorgestellter vernünftiger Dritter ernsthaft auf ein Ausbleiben der Erfolgsrealisierung vertrauen könnte oder die Tathandlung zur Erfolgsherbeiführung schlichtweg geeignet war. Für *Herzberg* ist die Abschirmung der Gefahr relevant. Nach ihm muss die Gefahr hocheffizient kontrolliert sein, um den Vorsatz zu beseitigen. Allen ist jedenfalls gemeinsam, dass die geschaffene Gefahr einer rechtlichen Wertung unterliegen muss und es auf Einstellungen des Täters nicht ankommen soll. Die Gefahr muss in irgendeiner Form in ihrer Höhe qualifiziert sein, um wegen Vorsatz bestrafen zu können. Hier liegt der wesentliche Unterschied zu den Willens-theorien. Die Vertreter dieser intellektualistischen Theorie sind sich darüber einig, dass dabei allein der betätigte Vermeidewille, wie nach der mittlerweile allgemein abgelehnten *Kaufmann'schen* Lehre (der Täter räumt seiner eigenen Geschicklichkeit eine reelle Chance ein), zur Vorsatzverneinung nicht genügt. Es soll weiter darauf ankommen, wie sich die Qualität der Gefahr nach dem betätigten Vermeidewillen darstellt. Ist die Gefahr weiterhin als eine Vorsatzgefahr zu qualifizieren, so soll es beim Vorsatz bleiben. Nach *Ragués i Vallès* soll die normativ-gesellschaftliche Wertung über die Einstufung der Gefahr im Rahmen des Beweises erfolgen. Die Vorsatzgefahr nennt er „spezifisch geeignete Verhaltensform“ zur Erfolgsherbeiführung, was *Puppe's* Begriff der „tauglichen Tötungsmethode“ sehr nahe kommt. Im Unterschied zu *Puppe* und *Herzberg* soll es aber nach *Ragués i Vallès* jedenfalls beim „unspezifischen Verhalten“, darauf ankommen, ob der Täter gedacht hat, dass in seinem Fall der Erfolg nicht eintritt.

Der viel weitergehende neuere Ansatz von *Jakobs* vom *dolus indirectus* als normative Zuschreibung von Vorsatz bei Gleichgültigkeit oder Rechtsfeindschaft des Täters hat noch kein besonderes Echo gefunden. In Spanien ist hier lediglich wieder *Ragués i Vallès* zu nennen, der ähnlich mit dem Gedanken spielt, ein Nichtwissen des Täters von einer Erfolgswahrscheinlichkeit, das anhand der äußeren Daten unverstänlich ist, diesem normativ zuzuschreiben. Letztlich geht aber *Ragués i Vallès* nicht soweit, diese Ansicht mit Art. 14 CP vereinbaren zu können und fordert eine gesetzliche Änderung. Im Gegensatz dazu meint *Jakobs* sogar seine neueren Äußerungen mit § 16 Abs. 1 StGB vereinbaren zu können.

Es soll aber nicht geleugnet werden, dass trotz dieser Entwicklungen die Willentheorien in allen hier behandelten Staaten auch noch weit verbreitet sind.

Für viele soll aber bei einer (hohen) Vorsatzgefahr genauso wenig ein Vertrauen des Täters auf ein Ausbleiben des Erfolgs den Willen zur Erfolgsherbeiführung ausschließen können. Insoweit werden die Kriterien der Vernunft jedenfalls als Korrektiv und Begrenzung der Willentheorie eingesetzt. Diese Autoren meinen, auch den *dolus directus II* so verstehen zu können. Letztlich soll die Billigung des Erfolgs durch die Kenntnis der hohen Gefahr zum Ausdruck kommen. Zum Teil werden für die praktische Anwendung auch einzelne Vorsatzindikatoren herausgearbeitet, ohne jedoch dadurch das Billigungsmoment näher erklären zu können.

Ähnlich hierzu gibt es auch viele Autoren in Spanien, die neben der Billigung des Erfolgs ein Wahrscheinlichkeitswissen fordern (Vereinigungstheorie). Genauso wie in der spanischen Rechtsprechung wird diese Ansicht zum Teil auch in der dortigen Literatur irrtümlicherweise mit der deutschen Ernstnahmetheorie gleichgesetzt.⁵⁵⁸ Im Unterschied zur Ernstnahmetheorie soll nach der Vereinigungstheorie nicht derjenige Täter vorsätzlich bestraft werden, der lediglich an eine Möglichkeit des Erfolgesintritts geglaubt hat und diese auch ernst genommen hat, sondern nur jener Täter, der den Erfolgesintritt auch für wahrscheinlich vorhergesehen hat. Derjenige, der den Erfolg für wahrscheinlich vorhergesehen hat, soll auch mit diesem gerechnet haben. Der Grund für diese Sichtweise liegt darin begründet, dass allein der deutsche Autor *Jescheck* hier den entscheidenden Einfluss in Spanien gehabt hatte. Im Unterschied zu den meisten Anhängern der Ernstnahmetheorie in Deutschland versteht *Jescheck*⁵⁵⁹ die Ernstnahme wirklich im Sinne eines hohen Risikowissens (Wahrscheinlichkeitsvorstellung) und ordnet diese damit wirklich dem kognitiven Bereich zu. Er fordert jedoch des Weiteren auch das „Sichabfinden“ als Schuldmoment (= voluntatives Element).

In Deutschland bejahte auch schon *Welzel*⁵⁶⁰ in den sechziger Jahren sein propagiertes „Rechnen mit dem Eintritt des Erfolgs“ allein bei einer Wahrscheinlichkeitsvorstellung des Täters. Auch nach ihm sollte in diesen Fällen kein vorsatzausschließendes Vertrauen in das Ausbleiben des Erfolgs möglich sein. Dies stufte er lediglich als ein irrelevantes Hoffen ein. Lediglich bei einer Möglichkeitsvorstellung sollte es auf das Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolgs ankommen.

⁵⁵⁸ *Ragués i Vallès*, ADPCP 1996, S. 800 (Fn. 6), der auch noch irrtümlicherweise meint, der BGH folge der Ernstnahmetheorie.

⁵⁵⁹ *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 III 3 a), S. 299 f.

⁵⁶⁰ *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, S. 68.

Genauso genügte damals schon für *Engisch*⁵⁶¹ die Vorstellung von der höchsten Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts. Auch hier sollte das (unverständliche) Vertrauen in das Ausbleiben der Erfolgsverwirklichung den Eventualvorsatz nicht ausschließen können. Dies zeigt, dass das Korrektiv der Vernunft beim *dolus eventualis* in Deutschland schon frühzeitig von Teilen der Anhänger der Willenstheorie angewandt wurde und diese restriktive Auslegung des voluntativen Moments keinesfalls neu ist.

In der mexikanischen und kolumbianischen Lehre spielt neben der Wahrscheinlichkeit der Erfolgsverwirklichung auch heute noch eine größere Rolle - im Gegensatz zu Spanien und Deutschland -, ob ein betätigter Vermeidewille des Täters vorliegt. Dies lässt sich in Mexiko daran begründen, dass die Rechtsprechung beim gemeinschaftlichen gefährlichen Handeln mehrerer, zum Vorsatzausschluss des passiven Mittäters, sein aktives Einschreiten zur Verhinderung des Erfolgseintritts fordert. In Kolumbien hat sich sogar der Gesetzgeber im neuen Código Penal dafür entschieden, dass für den bedingten Vorsatz der Nichteintritt des als wahrscheinlich erkannten Erfolgs frei dem Zufall überlassen werden muss, was allerdings nicht bedeuten soll, dass jegliche Verhinderungsmaßnahme zur Vorsatzverneinung ausreichend sein soll.

In allen behandelten Staaten hält die Lehre aber auch verbreitet an der klassischen Willenstheorie fest. Letztlich bleibt entscheidend, ob der Täter auf ein Ausbleiben des Erfolgs vertraut hat, unerheblich, ob dieses Vertrauen wegen der Höhe der Gefahr nachvollziehbar ist oder nicht. Der Spanier *Mir Puig* macht zwar die Einschränkung, dass der entscheidende Richter in solchen Fällen grundsätzlich mangels anderweitiger äußerer Umstände von einer wahrheitswidrigen Schutzbehauptung ausgehen könne, doch stellt er klar, dass bei Bestehen eines solchen Vertrauens der Vorsatz immer auszuschließen ist.

Bei der Untersuchung der Meinungen ist es nicht immer leicht, diese richtig einzuordnen. Dies hängt damit zusammen, dass keine Einigkeit darin besteht, welche Auffassung als Willenstheorie und welche als Vorstellungstheorie zu klassifizieren ist. Zum Beispiel wird der deutsche Autor *Hellmuth Mayer* allgemein in Deutschland und im Ausland als Anhänger der (kognitiven) Wahrscheinlichkeitstheorie bezeichnet, obwohl dieser bei einem (auch unvernünftigen) Vertrauen auf ein Ausbleiben des Erfolgs (Einstellungsmoment!) den bedingten Vorsatz verneint wissen will. Dies tut er deshalb, weil dann keine Wahrscheinlichkeitsvorstellung beim Täter mehr vorliegen

⁵⁶¹ *Engisch*, Untersuchungen, S. 176 f.; 186 ff., 219 f.; *ders.*, Urteilsanmerkung zu BGHSt 7, 363, in: NJW 1955, 1688 f.

soll, diese also durch das Vertrauen auf einen guten Ausgang verdrängt wird. Deshalb kann die Meinung *Mayers* - wie in diesem Werk getan - besser unter den Verdrängungstheorien als Willenstheorien erfasst werden. Dies gilt genauso beispielsweise für die Auffassungen von *Schröder*, *Schmidhäuser* und *Frisch*. Wenn diese Autoren auch mit unterschiedlichen Begriffen argumentieren, so ist ihnen jedoch gemeinsam, dass bei jedem Vertrauen des Täters auf ein Ausbleiben des Erfolgs der für den Vorsatz notwendige Wissensinhalt verdrängt wird. Hierin liegt der Unterschied zu den rein intellektualistischen Ansätzen von *Puppe* und *Herzberg*, die dem etwaigen Vertrauen des Täters auf ein Ausbleiben des Erfolgs jegliche Relevanz absprechen, ohne selbstverständlich auf die Vorstellung des Täters von den relevanten Tatumständen zu verzichten.

Es bleibt abzuwarten, inwieweit sich bei der Vorsatzfrage rationale Erwägungen auf normativer Ebene weiter durchsetzen können. Die Untersuchung der ausländischen Rechtsräume hat jedenfalls gezeigt, dass die Richtung eindeutig hierhin geht. Diese Erkenntnis sollte sich die deutsche Rechtspraxis und -lehre bei der Weiterentwicklung ihrer Vorsatztheorien zunutze machen. Zum Teil ist schon jetzt hierzulande die Entwicklung festzustellen, dass normative Gesichtspunkte bei den Anhängern von ursprünglich streng subjektivistischen Ansätzen vermehrt Berücksichtigung finden (so beispielsweise bei *Roxin*⁵⁶²).

⁵⁶² *Roxin*, AT/1, § 12 Rn. 31 ff., *ders.*, Rudolphi-FS, 2004, S. 257.

Literaturverzeichnis:

A. Spanien

Alimena, Bernardino:

- Principios de derecho penal, Bd. I, Madrid (Spanien) 1915

Antón Oneca, José:

- Derecho penal, 2. Aufl. kommentiert und korrigiert von J.J. Hernández Guijarro und L. Beneytez Merino, Madrid (Spanien) 1986

Arroyo de las Heras, D.A./ Muñoz Cuesta, D.J.:

- Código penal, Elcano (Spanien) 1991

Aymerich Ojea, I./ Blasco Díaz, J. L./ Górriz Royo, E./ Grifo Benedicto, A./ Soler Vilar, A./ Viguri Perea, A., (Koordinator: Altava Lavall, M. G.):

- Lecciones de derecho comparado, Castelló de la Plana (Spanien) 2003

Bacigalupo Zapater, Enrique:

- Lineamientos de la teoría del delito, 3. Aufl., Buenos Aires (Argentinien) 1994
- Principios de Derecho penal, Parte general, 4. Aufl., Madrid (Spanien) 1997

Bello Landrove, Federico:

- „El dolo eventual en España (reflexiones para un debate)“, in: Jueces para la Democracia, Información y Debate, Nr. 32 (Juli 1998), S. 14 ff.

Bustos Ramírez, Juan:

- Manual de derecho penal, Parte general, 4. Aufl., Barcelona (Spanien) 1994
- „Política criminal y dolo eventual“, RJCat. 1984, S. 309 ff. = Control social y sistema penal, Barcelona (Spanien) 1987, S. 233 ff.

Bustos Ramírez, J./ Hormazábal Malaréc, H.:

- Lecciones de derecho penal, Bd. II, Madrid (Spanien) 1999

Cerezo Mir, José:

- Curso de Derecho penal español, Parte general, Bd. II (Teoría jurídica del delito/1), 6. Aufl., Madrid (Spanien) 1998

Cobo del Rosal, M./ Vives Antón, T. S.:

- Derecho penal, Parte general, 5. Aufl., Valencia (Spanien) 1999

Corcoy Bidasolo, Mirentxu:

- „En el límite entre dolo e imprudencia“, Comentario a la STS de 28 de octubre de 1983, ADPCP 1985, S. 961 ff. = in: Mir Puig, Santiago u.a., Comentarios a la Jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, Barcelona (Spanien) 1992, S. 43 ff.
- El delito imprudente, Criterios de imputación del resultado, Barcelona (Spanien) 1989
- „Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva“, ADPCP 1996, S. 289 ff.
- Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, Valencia (Spanien) 1999

Córdoba Roda, J./ Rodríguez Mourullo, G.:

- Comentarios al Código Penal, Bd. I, Barcelona (Spanien) 1972

Covarrubias, de, Diego:

- in: Pereda, S. J., Julián, Covarrubias penalista, Barcelona (Spanien) 1959

Cuello Contreras, Joaquín:

- El Derecho Penal español, Curso de iniciación, Parte General, Nociones Introdutorias, Teoría del delito/1, 2. Aufl., Madrid (Spanien) 1996
- „Acción, capacidad de acción y dolo eventual“, ADPCP 1983, S. 77 ff.

Díaz Pita, María del Mar:

- El dolo eventual, Valencia (Spanien) 1994
- „Algunos aspectos sobre el dolo eventual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1991“, AP, I (1995), S. 1 ff.

Doval Pais, Antonio:

- Delitos de fraude alimentario: Análisis de sus elementos esenciales, Pamplona (Spanien) 1996

Farré Trepát, Elena:

- La tentativa de delito, Doctrina y jurisprudencia, Barcelona (Spanien) 1986
- „Análisis de la resolución delictiva a propósito de la premeditación condicionada“, PJ 20 (1990), S. 85 ff.

Feijóo Sánchez, Bernardo José:

- „El dolo eventual“, in: Website der Mundo Jurídico (Brasilien), <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto465.htm> - Stand: 13.4.2004
- = „La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo“, CPC 65 (1998), S. 269 ff. = El dolo eventual, Bogotá (Kolumbien) 2002
- „La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de »lege data« y de »lege ferenda«)“, CPC 62 (1997), S. 303 ff.

Ferrer Sama, Antonio:

- Comentarios al Código Penal, Bd. I, Murcia (Spanien) 1946

Gimbernat Ordeig, Enrique:

- Estudios de Derecho Penal, 3. Aufl., Madrid (Spanien) 1990
- „Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)“, Ensayos Penales, Madrid 1999, S. 403 ff.
- = ADPCP 1990, S. 421 ff.
- Introducción a la parte general del derecho penal español, Madrid (Spanien) 1979

Gómez Benítez, José Manuel:

- Teoría jurídica del delito, Derecho penal, Parte general, Madrid (Spanien) 1984

Gracia Martín, Luis:

- in: Díez Ripollés, J. L./Gracia Martín, L./Laurenzo Copello, P., Comentarios al Código Penal, Parte especial, Bd. I, Valencia (Spanien) 1997

Jiménez de Asúa, Luis:

- Tratado de derecho penal, Bd. V (La Culpabilidad), 4. Aufl., Buenos Aires (Argentinien) 1992
- La ley y el delito, Principios de Derecho penal, Buenos Aires (Argentinien) 1990

Jorge Barreiro, Agustín:

- in: Rodríguez Mourullo/ Jorge Barreiro, Comentarios al nuevo Código penal, Madrid (Spanien) 1997

Landecho Velasco, C. M./ Molina Blázquez, C.:

- Derecho penal español, Parte general, 5. Aufl., Madrid (Spanien) 1996

Laurenzo Copello, Patricia:

- Dolo y conocimiento, Valencia (Spanien) 1999
- „Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo“, in: El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Prof. Ángel Torío López, Granada (Spanien) 1999, S. 423 ff.

Luzón Peña, Diego-Manuel:

- Curso de Derecho penal, Parte general, Bd. I, Madrid (Spanien) 1996
- „Dolo eventual o directo en lesiones, daños y atentado. Concurso ideal de infracciones imprudentes (Comentario a la Sentencia TS 28-5-1986)“, in: Derecho penal de la Circulación (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo), 2. Aufl., Barcelona (Spanien) 1990, S. 159 ff. = RDCir 1986, S. 320 f.
- „Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español“, PJ 23 (1991), S. 87 ff. = (*auf katalanisch*) „Problemes de la transmissió i prevenció de la sida en el Dret penal espanyol“, in: Consejo General del Poder Judicial/ Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, El Dret penal davant les noves formes de delinqüència, Generalitat de Catalunya, Barcelona (Spanien) 1993, S. 181 ff.
- „Jurisprudencia del Tribunal Supremo“, RDCir 1990, S. 91 ff.
- „Dolo y dolo eventual: reflexiones, in Website der Asociación internacional de derecho penal

(Universidad de Castilla-La Mancha), <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/58.pdf> - Stand: 3.3.2006 = in: Libro homenaje al Dr. Marino Barbero Santos (in memoriam), 2001, I, S. 1109 ff.

Maqueda Abreu, María Luisa:

- „La relación »dolo de peligro« - »dolo (eventual) de lesión«. A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 »sobre el aceite de colza«.“, ADPCP 1995, S. 419 ff.

Martínez-Buján Pérez, Carlos:

- Derecho penal económico, Parte general, Valencia (Spanien) 1998

Mir Puig, Santiago:

- Derecho penal, Parte general, 6. Aufl., Barcelona (Spanien) 2002
- Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho, 2. Aufl., Barcelona (Spanien) 1982
- „Conocimiento y voluntad en el dolo“, in: Jiménez Villarejo, Elementos subjetivos de los tipos penales, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid (Spanien) 1995, S. 11 ff.

Morales Prats, Fermín:

- in: Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F., Comentarios al Nuevo Código Penal, 3. Aufl., Elcano (Spanien) 2004

Muñoz Conde, Francisco:

- in: Hassemer, W./ Muñoz Conde, F., La responsabilidad por el producto en derecho penal, Valencia (Spanien) 1995
- Teoría general del delito, 3. Aufl., Valencia (Spanien) 2004
- El desistimiento voluntario de consumar el delito, Barcelona (Spanien) 1972

Muñoz Conde, F./ García Arán, M.:

- Derecho penal, Parte general, 3. Aufl., Valencia (Spanien) 1998

Muñoz Conde, F./ Berdugo Gómez de la Torre, I./ García Arán, M.:

- La reforma penal de 1989, Madrid (Spanien) 1989

Octavio de Toledo y Ubieto, E./ Huerta Tocildo, S.:

- Derecho Penal, Parte general, Teoría jurídica del delito, 2. Aufl., Madrid (Spanien) 1986

Puig Peña, Federico:

- Derecho penal, Parte general, Bd. I, 7. Aufl., Madrid (Spanien) 1988

Queralt, Joan J.:

- „El dolo y el conocimiento de la antijuricidad“, in: Jiménez Villarejo, Elementos subjetivos de los tipos penales, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid (Spanien) 1995, S. 39 ff.

Quintano Ripollés, Antonio:

- La influencia del derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas, Madrid (Spanien) 1953

Quintero Olivares, G./Morales Prats, F./Prats Canut, J. M.:

- Manual de Derecho penal, Parte general, 2. Aufl., Pamplona (Spanien) 2000

- Curso de Derecho penal, Parte general, Barcelona (Spanien) 1997

Ragués i Vallès, Ramon:

- El dolo y su prueba en el proceso penal, Barcelona (Spanien) 1999

- „La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo (Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1995. Ponente Sr. Delgado García)“, ADPCP 1996, S. 795 ff.

- „Überlegungen zum Vorsatzbeweis“, GA 2004, S. 257 ff.

Ramos Tapia, María Inmaculada:

- „Die Entwicklung des Vorsatzbegriffs in der spanischen Strafrechtswissenschaft“, ZStW 113 (2001), S. 401 ff.

- in: Zugaldía Espinar, J. M./ Pérez Alonso, E. J., Derecho penal, Parte general, Valencia (Spanien) 2002

Rodríguez Devesa, J. M./ Serrano Gómez, A.:

- Derecho penal español, Parte General, 17. Aufl., Madrid (Spanien) 1994

Rodríguez Montañés, Teresa:

- Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Madrid (Spanien) 1994
- in: Paredes Castañón, J. M./ Rodríguez Montañés, T., El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, Valencia (Spanien) 1995
- „Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del »caso de la colza«, in: Mir Puig/ Luzón Peña, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Barcelona (Spanien) 1996, S. 263 ff.

Rodríguez Muñoz, José Arturo:

- Notas de Derecho español al Tratado de E. Mezger, Bd. II, 3. Aufl., Madrid (Spanien) 1957

Sáinz Cantero, José A.:

- Lecciones de Derecho penal, Parte general, 3. Aufl., Barcelona (Spanien) 1990

Sánchez-Tejerina, Isaías:

- Derecho penal español, 3. Aufl., Madrid (Spanien) 1942
- Código Penal Anotado, Madrid (Spanien) 1944

Silva Sánchez, Jesús-María:

- Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona (Spanien) 1992
- „Observaciones sobre el conocimiento »eventual« de la antijuricidad“, ADPCP 1987, S. 647 ff.

Silva Sánchez, J.-M./ Baldó Lavilla, F./ Corcoy Bidasolo, M.:

- Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales, Parte general, 2. Aufl., Barcelona (Spanien) 1997

Tamarit Sumalla, Josep-María:

- „La tentativa con dolo eventual“, ADPCP 1992, S. 515 ff.

Tasende Calvo, Julio J.:

- „La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal de 1995“, PJ 43/44 (1996), S. 139 ff.

Torío López, Ángel:

- „Acción peligrosa y dolo, Perspectivas jurisprudenciales y legislativas“, in: Jiménez Villarejo, Elementos subjetivos de los tipos penales, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid (Spanien) 1995, S. 157 ff.
- „Delitos de imprudencia. Cuestionario de la reforma“, in: Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Bd. IV, S. 5177 ff., Madrid (Spanien) 1996

Vives Antón, Tomás S.:

- Comentarios al Código Penal de 1995, Bd. 1 (Art. 1-233), Valencia (Spanien) 1996

Zugaldía Espinar, José Miguel:

- „La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual“, ADPCP 1986, S. 395 ff.

B. Mexiko

Altamirano Dueñas, Héctor Manuel:

- El dolo, Revista Jurídica, Número 1, S. 20 ff., in: Website des Poder Judicial del Estado de Nayarit, México, <http://www.tsjnay.gob.mx/tribunal/revistas/revista1.pdf> - Stand: 26.07.2006

Castellanos Tena, Fernando:

- Lineamientos elementales de derecho penal, Parte General, 17. Aufl., Mexiko Stadt (Mexiko) 1982

Díaz-Aranda, Enrique:

- Legislación y dogmática del dolo, in: Website der Biblioteca Jurídica Virtual der UNAM Universität, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/117/12.pdf> - Stand: 10.5.2004
- Dolo (Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México), Mexiko Stadt (Mexiko) 2002
- Derecho penal, Parte general, 2. Aufl., Mexiko Stadt (Mexiko), 2004

González de la Vega, Francisco:

- El Código Penal Comentado, 12. Aufl., Mexiko Stadt (Mexiko) 1996

González Quintanilla, José Arturo:

- Derecho Penal Mexicano, Parte General y Parte especial, 4. Aufl., Mexiko Stadt (Mexiko) 1997

Jiménez Huerta, Mariano:

- Derecho penal mexicano, Bd. 1, 7. Aufl., Mexiko Stadt (Mexiko) 2003

López Betancourt, Eduardo:

- Teoría del delito, 3. Aufl., Mexiko Stadt (Mexiko) 1996

- Imputabilidad y culpabilidad, Mexiko Stadt (Mexiko) 1993

Orellana Wiarco, Octavio Alberto:

- Curso de derecho penal, Parte general, 2. Aufl., Mexiko Stadt (Mexiko) 2001

Pavón Vasconcelos, Francisco:

- Manual de derecho penal mexicano, Parte general, 17. Aufl., Mexiko Stadt (Mexiko) 2004

Plascencia Villanueva, Raúl:

- Teoría del delito, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexiko Stadt (Mexiko), 2000, in:
Website der Biblioteca Jurídica Virtual der UNAM Universität,
<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=44> - Stand: 15.11.2004

Reynoso Dávila, Roberto:

- Teoría general del delito, Mexiko Stadt (Mexiko) 1995

Villalobos, Ignacio:

- Derecho penal mexicano, Parte general, 3. Aufl., Mexiko Stadt (Mexiko) 1975

C. Argentinien

Breglia Arias, O./ Gauna, O. R.:

- Código penal y leyes complementarias, Buenos Aires (Argentinien) 1985

Camña, María Cristina:

- La fina línea que separa el dolo eventual de la culpa, in: Website von Fojas Cero, La página de los abogados argentinos, <http://www.fojas0.com/F134NdeT2.htm> - Stand: 28.4.2006

Creus, Carlos:

- Esquema de derecho penal, Parte general, Buenos Aires (Argentinien) 1993
- Derecho penal, Parte general, 3. Aufl., Buenos Aires (Argentinien) 1992

Fernández, Gonzalo D.:

- in: Baigún, D./ Zaffaroni, E. R./ Terragni, M. A., Código penal y normas complementarias, Análisis doctrinario y jurisprudencial, Bd. 2 (Art. 35-78), Buenos Aires (Argentinien) 2002

Fontán Balestra, Carlos:

- Tratado de Derecho Penal, Parte General, Bd. II, 2. Aufl., Buenos Aires (Argentinien) 1980

Nomdedeu, Cesar Manuel:

- „Derecho penal tentativa“, in: Website von LEXPENAL, <http://www.lexpenal.com.ar> - Stand: 12.5.2004

Nuñez, Ricardo C.:

- Derecho Penal Argentino, Parte General, Bd. II, Buenos Aires (Argentinien) 1960

Sancinetti, Marcelo A.:

- Teoría del delito y disvalor de acción, Buenos Aires (Argentinien) 1991
- Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal, Bogotá (Kolumbien) 1996

Soler, Sebastián:

- Proyecto de código penal, Buenos Aires (Argentinien) 1960

Zaffaroni, Eugenio Raúl:

- Manual de derecho penal, Parte general, 6. Aufl., Buenos Aires (Argentinien) 1997

Zaffaroni, E. R./ Alagia, A./ Slokar, A.:

- Derecho Penal, Parte General, 2. Aufl., Buenos Aires (Argentinien) 2002

D. Kolumbien

Altavilla, Enrico:

- La culpa: el delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico, 4. Aufl., Bogotá (Kolumbien) 1987

Arboleda Vallejo, Mario:

- Portafolio de derecho penal, Código penal, Código de procedimiento penal, Código penitenciario y carcelario, Código penal militar, Ley 599 de 2000, Bogotá (Kolumbien)

Fernández Carrasquilla, Juan:

- Derecho penal fundamental, Bd. II, Teoría general del delito y punibilidad, 2. Aufl., Bogotá (Kolumbien) 1989

Reyes Echandía, Alfonso:

- Culpabilidad, 3. Aufl., Bogotá (Kolumbien) 1991
- Derecho penal, 11. Aufl., Bogotá (Kolumbien) 1996

Velásquez Velásquez, Fernando:

- „La teoría de la conducta punible en el nuevo Código Penal“, A la memoria del Dr. Jesús María Valle Jaramillo, Nuevo Foro Penal, Nr. 63, Bogotá (Kolumbien) 2000, S. 15 ff.
= Website der Universität Freiburg (Schweiz),
<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Velasquez1.pdf> - Stand: 25.5.2004
- Manual de derecho penal, Parte general, 3. Aufl., Medellín (Kolumbien) 2007
- Derecho penal, Parte general, 3. Aufl., Bogotá (Kolumbien) 1997

E. Deutschland

Altwater, Gerhard:

- „Rechtsprechung des BGH zu den Tötungsdelikten“, NStZ 2000, S. 18 ff.

Ambrosius, Jürgen:

- Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, Berlin 1966

Baumann, J./ Weber, U./ Mitsch, W.:

- Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld 2003

Blei, Hermann:

- Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18. Aufl., München 1983

Brammsen, Joerg:

- „Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes - Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?“, JZ 1989, S. 71 ff.

Cramer, P./ Sternberg-Lieben, D.:

- in: Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., München 2006

Engisch, Karl:

- Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930
- Urteilsanmerkung zu BGHSt 7, 363, in: NJW 1955, S. 1688 f.

Eser, Albin:

- Strafrecht I, Schwerpunkt Allgemeine Verbrechenselemente unter Mitarbeit von Björn Burkhardt, 3. Aufl., München 1980
- in: Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., München 2006

Frank, Reinhard:

- Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931

Frisch, Wolfgang:

- Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes, Köln, Berlin, Bonn, München 1983
- „Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung am Beispiel der AIDS-Diskussion“, in: Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, Berlin, New York, 1990, S. 533 ff.
- „Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? - BGHSt 36, 1“, JuS 1990, S. 362 ff.
- „Offene Fragen des dolus eventualis“, NStZ 1991, S. 23 ff.

Gallas, Wilhelm:

- „Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen“, ZStW 67 (1955), S. 1 ff.

Geppert, Klaus:

- „Strafbares Verhalten durch - mögliche - Aids-Übertragung?“, Jura 1987, S. 668 ff.

Grossmann, Hans:

- Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Ein neuer Beitrag zu einer alten Frage, Hamburg 1924

Hassemer, Winfried:

- „Kennzeichen des Vorsatzes“, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, Berlin, Bonn, München 1989, S. 289 ff.

Hauf, Claus-Jürgen:

- Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Neuwied u.a. 2001

Herzberg, Rolf Dietrich:

- „Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes“, JuS 1986, S. 249 ff.
- „Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhalten - Teil 1“, JZ 1988, S. 573 ff.
- „Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhalten - Teil 2“, JZ 1988, S. 635 ff.
- „Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids?“, NJW 1987, S. 1461 ff.
- „Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten - AG München, NJW 1987, 2314“, JuS 1987, S. 777 ff.
- „Aids: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts“, JZ 1989, S. 470 ff.
- „Der Vorsatz als »Schuldform«, als »aliud« zur Fahrlässigkeit und als »Wissen und Wollen«?“, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, München 2000, S. 51 ff.

Hillenkamp, Thomas:

- „Dolus eventualis und Vermeidewille“, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, Berlin, Bonn, München 1989, S. 351 ff.

Hirsch, Günter:

- Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 10. Aufl., Bd. 2 (§§ 32-60), Berlin, New York 1985

Hörnle, Tatjana:

- „Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung“, ZStW 112 (2000), S. 356 ff.

Jakobs, Günther:

- Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin, New York 1991
- „Dolus malus“, in: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Neuwied 2004
- „Gleichgültigkeit als dolus indirectus“, ZStW 114 (2002), S. 584 ff.
- „Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern“, ZStW 101 (1989), S. 516 ff.
- „Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung“, in:

Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, Köln, Berlin, Bonn, München 1978, S. 31 ff.

Jescheck, H.-H./ Weigend, Th.:

- Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996

Kargl, Walter:

- Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie, Frankfurt a. M. 1993

Kaufmann, Armin:

- „Der dolus eventualis im Deliktsaufbau“, ZStW 70 (1958), S. 64 ff.

Kindhäuser, Urs Konrad:

- „Der Vorsatz als Zurechnungskriterium“, ZStW 96 (1984), S. 1 ff.

- „Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung“, GA 1994, S. 197 ff.

Köhler, Michael:

- Die bewusste Fahrlässigkeit, Heidelberg 1982

Küpper, Georg:

- „Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit“, ZStW 100 (1988), S. 758 ff.

Lackner, K./ Kühl, K.:

- Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl., München 2004

Lacmann, W.:

- „Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch“, ZStW 31 (1910), S. 142 ff.

Lenckner, Theodor:

- in: Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., München 2006

Lesch, Heiko H.:

- „Dolus directus, indirectus und eventualis“, JA 1997, S. 802 ff.

Maihofer, Werner:

- „Zur Systematik der Fahrlässigkeit“, ZStW 70 (1958), 159 ff.

Maurach, R. / Zipf, H.:

- Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufl., Heidelberg 1992

Mayer, Hellmuth:

- Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart 1953

Morkel, Dan W.:

- „Abgrenzung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat“, NStZ 1981, S. 176 ff.

Otto, Harro:

- Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Aufl., Berlin, New York 2000

Perron, Walter:

- „Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit“, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Harno Nishihara zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 1998, S. 145 ff.

Philipps, Lothar:

- „An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit - Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen -“, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin, New York 2001, S. 365 ff.

- „Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko“, ZStW 85 (1973), S. 27 ff.

Prittwitz, Cornelius:

- „Die Ansteckungsgefahr bei AIDS“, JA 1988, S. 486 ff.

- Strafrecht und Risiko, Frankfurt a.M. 1993

Puppe, Ingeborg:

- in: Nomos Kommentar (NK), Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., Baden-Baden 2005
- „Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis“, ZStW 103 (1991), S. 1 ff.
- Vorsatz und Zurechnung, Heidelberg 1992
- Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 1, 1. Aufl., Baden-Baden 2002
- Anmerkung zu BGH NStZ 1987, S. 362, in: NStZ 1987, S. 363 f.
- „Die Logik der Hemmschwellentheorie des BGH“, NStZ 1992, S. 576 f.

Ross, Alf:

- Über den Vorsatz, Studien zur dänischen, englischen, deutschen und schwedischen Lehre und Rechtsprechung, Baden-Baden 1979

Roxin, Claus:

- Vorwort, in: Díaz-Aranda, Enrique, Dolo (Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México), Mexiko Stadt (Mexiko) 2002, S. X
- Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., München 2006
- „Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr“, in: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Neuwied 2004
- Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., Berlin 2006
- „Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch“, JuS 1973, S. 197 ff.
- „Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch“, in: Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, Berlin 1972, S. 251 ff.

Rudolphi, Hans-Joachim:

- in: Rudolphi/Horn/Samson/Günther/Hoyer, Systematischer Kommentar (SK) zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil (§§ 1-79b), Bd. 1, 41. Ergänzungslieferung (Stand: Dezember 2005)

Schmidhäuser, Eberhard:

- „Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (»dolus eventualis« und »bewusste Fahrlässigkeit«)“, JuS 1980, S. 241 ff.
- „Zum Begriff der bewussten Fahrlässigkeit“, GA 1957, S. 305 ff.
- „Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und in § 16 Komm.

Entw. StGB Allgemeiner Teil“, GA 1958, S. 161 ff.

Schneider, Hartmut:

- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl., Bd. 3, (§§ 185-262 StGB), München 2003

Schroeder, Friedrich-Christian:

- Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar (LK), Bd. 1 (Einleitung; §§ 1-31), 11. Aufl., Berlin 2003

Schröder, Horst:

- „Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs“, in:

Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949, Berlin 1949, S. 207 ff.

Schroth, Ulrich:

- „Die Differenz von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit“, JuS 1992, S. 1 ff.

Schünemann, Bernd:

- „Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff“, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin, New York 1999, S. 363 ff.

- „Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars“, GA 1985, S. 341 ff.

- „Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte“, JA 1975, S. 787 ff.

- „Strafrechtssystem und Kriminalpolitik“, in:

Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag, Tübingen 1992, S. 117 ff.

Schumann, Heribert:

- „Zur Wiederbelebung des »voluntativen« Vorsatzelements durch den BGH“, JZ 1989, S. 427 ff.

Stratenwerth, Günter:

- „Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit“, ZStW 71 (1959), S. 51 ff.

Tompert, Roland:

- Wahrscheinlichkeitsurteil und Handlungsunwert, Dissertation, Bonn 1961

Tröndle, H./ Fischer, Th.:

- Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl., München 2006

Weigend, Thomas:

- „Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit“, ZStW 93 (1981), S. 657 ff.

Welzel, Hans:

- Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969

Wessels, J./ Beulke, W.:

- Strafrecht, Allgemeiner Teil, 35. Aufl., Heidelberg 2005

Zielinski, Diethart:

- in: Reihe Alternativkommentare (AK), Kommentar zum Strafgesetzbuch,
Bd. 1 (§§ 1-21), Neuwied 1990

Zweigert, Konrad/ Kötz, Hein

- Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996

F. Andere Staaten

Cairolí Martínez, Milton:

- Curso de derecho penal uruguayo, Bd. 1, Parte general, 2. Aufl., Montevideo (Uruguay) 1988

Carrara, Francesco:

- Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General, Buenos Aires (Argentinien) 1944

Chavez Inciarte, Susana Carolina:

- „Validez de la teoría del dolo eventual en el Derecho Penal venezolano“, in:
Website von monografias.com,
<http://www.monografias.com/trabajos15/dolo-eventual/dolo-eventual.shtml> - Stand: 17.07.2004

Cifredo Cancel, Félix A.:

- „La intención y los otros elementos subjetivos del injusto penal en los sistemas anglosajón y civilista: Hacia una teoría unitaria“, 63 Rev. Jur. U.P.R., S. 39 ff. (1994)

Cousiño Mac Iver, Luis:

- Derecho penal chileno, Parte General, Bd. I, Santiago de Chile (Chile) 1975

De la Rúa, Jorge:

- La codificación penal latinoamericana, Caracas (Venezuela) 1982

Delmanto, Celso:

- Código penal, São Paulo (Brasilien) 1980

Fletcher, George P.:

- „The Right and the Reasonable“, in: 98 Harvard Law Review, S. 949 ff. (1985)
= Eser, A./ Fletcher, G. P., Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven,
Bd. I, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales
Strafrecht, Freiburg i. Br. 1987, S. 67 ff.

Greenawalt, Kent/ Low, Peter W.:

- in: American Law Institute, Model Penal Code and commentaries, Teil 1 (§§ 1.01-2.13),
Philadelphia (USA) 1985

Grisolía, Francisco:

- Código penal tipo para Latinoamérica, Parte General, Bd. 1, Santiago de Chile (Chile) 1973

Hava García, Esther:

- Anuario número 2003: Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano, S. 111 ff. = „Dolo eventual y culpa consciente: Criterios diferenciadores“, in: Website der Universität Freiburg (Schweiz), S. 1 ff., <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/03/Hava.pdf> - Stand: 25.11.2004

Labatut Glena, Gustavo:

- Derecho penal, 6. Aufl., Santiago de Chile (Chile) 1972

Mazuelos Coello, Julio F.:

- Anuario número 2003: Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano, S. 147 ff. = „El delito imprudente en el Código penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual“, in: Website der Universität Freiburg (Schweiz), Druck: S. 1 ff., <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/03/Mazuelos.pdf> - Stand: 17.7.2004

Peña Cabrera, Raúl:

- Derecho penal peruano, Lima (Peru) 1995

Villa Stein, Javier:

- Derecho penal, Parte general, Lima (Peru) 1998

Lebenslauf des Verfassers:

Der Verfasser wurde im Jahre 1974 in Aachen geboren.

Mitte des Jahres 1993 legte er dort sein Abitur ab.

Im Sommersemester 1995 begann er an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn das Studium der Rechtswissenschaften.

In den Jahren 1997/98 studierte der Verfasser zwei Auslandssemester an der Universität von Lausanne.

Anschließend beendete er sein Studium in Bonn und legte Ende des Jahres 2000 vor dem Justizprüfungsamt Düsseldorf sein erstes juristisches Staatsexamen ab.

Es folgte eine längere Reise durch Lateinamerika, bevor Ende des Jahres 2001 die juristische Referendarzeit in Köln (Wahlstation: Paris) aufgenommen wurde.

In dieser Zeit wurde damit begonnen - im Ausland in Mexiko Stadt und Barcelona - für diese Dissertationsschrift zu recherchieren.

Ende des Jahres 2003 absolvierte der Verfasser das zweite juristische Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt Düsseldorf.

Anfang des Jahres 2004 wurde der Verfasser als Rechtsanwalt von der Rechtsanwaltskammer Köln zugelassen.

In Aachen betreibt er seitdem seine eigene Kanzlei mit dem Schwerpunkt auf dem Gebiet des Strafrechts.

Aachen, September 2007