

Die Behandlung und Stellung von subjektiven Tatbestandsmerkmalen und Vorsatz in der heutigen Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland

Von Il-Tae Hoh*

«Inhaltsverzeichnis»

- | | |
|---|--|
| <p>I. Die subjektiven Tatbestandsmerkmale</p> <p>1. Begriff und Stellung im Deliktsaufbau</p> <p>2. Einteilung</p> <p>a) Absichtsdelikte</p> <p>b) Tendenzdelikte</p> <p>c) Ausdrucksdelikte</p> <p>d) Delikte mit Motiv- und Gesinnungsmerkmalen</p> <p>II. Der Vorsatz</p> <p>1. Begriff</p> <p>2. Das voluntative Element</p> <p>a) Absicht</p> <p>b) Direkter Vorsatz</p> <p>c) Indirekter Vorsatz</p> <p>3. Das kognitive Element</p> <p>a) Die Kenntnis der Tatumstände</p> <p>b) Umstände, die nicht vom Wissen umfaßt sein müssen</p> <p>c) Die Bewußtseinsformen des</p> | <p>Vorsatzes</p> <p>4. Die Stellung im Aufbau des vorsätzlichen Begehungsdelikts</p> <p>a) Einordnung in den Tatbestand</p> <p>b) Vorsatz als (ausschließliches) Schulselement</p> <p>5. Der Vorsatz beim Versuch</p> <p>6. Der Vorsatz des Teilnehmers</p> <p>7. Der Vorsatz beim Unterlassungsdelikt</p> <p>III. Die Irrtumslehre</p> <p>1. Tatumstandsirrtum</p> <p>a) Irrtum über das Handlungsobjekt</p> <p>b) Irrtum über den Kausalverlauf</p> <p>c) Irrtum über privilegierende Tatbestandsmerkmale</p> <p>2. Verbotsirrtum</p> <p>3. Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes</p> |
|---|--|
-

* Professor Dr. Juristische Fakultät an der Universität Dong-A.

I. Die subjektiven Tatbestandsmerkmale

1. Begriff und Stellung im Deliktsaufbau

Hatte Beling¹⁾ noch das Unrechtsurteil als rein objektives Urteil über ausschließlich objektive Gegebenheiten darstellen wollen, so ist heute jedoch nach den grundlegenden Arbeiten von H. A. Fischer, Hegler und Mezger²⁾ die Existenz subjektiver Unrechtselemente allgemein anerkannt.³⁾ Wenn zB. beim Diebstahl nach § 242 StGB die Absicht der rechtswidrigen Zueignung vorliegen muß, so stellt damit das Gesetz – im Unterschied etwa zu dem objektiven Merkmal „wegnehmen“, – auf das ab, was in dem Täter vorgeht.

Diese subjektiven Unrechtselemente sind Merkmale des Tatbestandes. Das Gesetz bedient sich ihrer, um den Straftatbestand zu umschreiben. Wollte man die Zugehörigkeit dieser subjektiven Unrechtselemente zum Tatbestand bestreiten, müßte man dem Gesetzgeber das Recht zu dieser Tatbestandsformulierung absprechen.⁴⁾

Stellt man, wie etwa die Vertreter der finalen Handlungslehre, nicht auf den Erfolgswert, sondern auf den personalen Handlungswert ab (vgl. unten II 4 a) und versteht den Vorsatz als dessen Teil, dann ist

1) Beling, Die Lehre vom Tatbestand, 1930, insb. S. 10 ff.

2) H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911; Hegler, ZStW 36 (1915), S. 31 ff; ders. in Festgabe für R. v. Frank, Bd. 1, 1930, S. 251 ff; Mezger GS 89(1924) insb. S. 259 ff; ders. in Festschrift Traeger, 1926, S. 187 ff. (insb. S. 197 ff); Zur "Entdeckungsgeschichte" der subjektiven Unrechtselemente vgl. Jescheck AT § 30 I 2.

3) vgl. statt vieler Sch.-Schr.-Lenckner, Anm. 63 vor § 13; Baumann AT § 20 insb. I 2.

4) vgl. Baumann AT § 20 I in I 2 (S. 298 oben) kritisch zu der Neigung des modernen Gesetzgebers, häufiger als früher subj. Merkmale zur Fassung der Tatbestände zu verwenden.

auch der Vorsatz Teil des subjektiven Tatbestands. Dementsprechend muß man dann unterscheiden zwischen dem allgemeinen subjektiven Tatbestandsmerkmal Vorsatz und den besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmalen.⁵⁾ In diesem letzteren Sinne wird der Begriff hier im folgenden verwendet.

Beim Versuch müssen neben dem Vorsatz auch die subjektiven Tatbestandsmerkmale des Delikts, zu dessen Verwirklichung angesetzt wird, vorliegen. Lediglich der objektive Tatbestand ist nicht voll erfüllt.

Nicht nur beim Alleintäter, sondern auch bei jedem Mittäter müssen die subjektiven Tatbestandsmerkmale vorliegen.⁷⁾ Nur hinsichtlich des objektiven Tatbestands findet eine gegenseitige Zurechnung statt.⁸⁾ Bei der Anstiftung oder Beihilfe müssen die subjektiven Tatbestandsmerkmale nicht beim Teilnehmer vorliegen. Es genügt, wenn sich sein Vorsatz auf ihr Vorliegen beim Täter bezieht. U.U. ergibt sich eine Strafmilderung nach §§ 28, 48 Abs. 1 StGB.⁹⁾

2. Einteilung

Die Straftatbestände mit subjektiven Merkmalen werden in verschiedene Gruppen aufgeteilt.¹⁰⁾

a) Bei den *Absichtsdelikten* muß der Täter, um den Tatbestand zu

5) so zB.: Maurach-Zipf AT 1 § 22; vgl. auch Jescheck AT § 30 I 1; Ebert-Kühl, Jura 81, S. 231.

6) vgl. Sch.-Schr.-Eser § 22 Anm. 12; Jescheck AT § 30 III 3.

7) vgl. zB. Blei I § 34 III; 78 I.

8) vgl. BGHSt 24, 284 (285).

9) vgl. Blei I § 34 III.

10) zum folgenden vgl. zB. Jescheck AT § 30 II.

verwirklichen, zwar einen bestimmten Erfolg anstreben, er braucht ihn aber nicht zu erreichen. So ist zB. beim Betrug (§ 263 StGB) nicht die tatsächliche Erlangung des rechtswidrigen Vermögensvorteils erforderlich, sondern es genügt die entsprechende Absicht. Der Gesetzgeber erreicht damit eine Vorverlagerung der Strafbarkeit.

Man unterscheidet innerhalb der Absichtsdelikte zwischen den kupperten Erfolgsdelikten und den unvollkommen zweiaktigen Delikten. Bei den ersteren soll nach der Vorstellung des Täters der angestrebte Erfolg nach der Tat ohne sein weiteres Handeln eintreten. Neben dem Betrug gehören hierher zB. die Vergiftung (§ 239 StGB) und die Erpressung (§ 253 StGB). Im Unterschied dazu muß der Täter bei den unvollkommen zweiaktigen Delikten den Erfolg durch eigenes Zutun herbeiführen. Beispiele sind die Entführung (§ 236 StGB), der Diebstahl (§ 242 StGB) und der Raub (§ 249 StGB).

Zu beachten ist, daß die Begriffe „Absicht“, „absichtlich“, bzw. die gleichbedeutende Wendung „um zu“, im Gesetz bisweilen nicht ein subjektives Tatbestandsmerkmal anzeigen, sondern in dem Sinne gebraucht werden, daß eine besondere Form des Vorsatzes erforderlich ist, insbesondere bedingter Vorsatz nicht genügt (vgl. unten II 2 a).

b) Bei den *Tendenzdelikten*, der zweiten Gruppe, ist eine besondere innere Einstellung des Täters zur Tatbestandsverwirklichung, eine intensiverte Innentendenz, erforderlich.

Hierher gehören die Sexualdelikte (§ § 174 ff StGB) auch nach deren Neufassung, wenn man entgegen der hM. eine besondere subjektive Komponente für erforderlich erachtet.¹¹⁾ Daneben sind heute in dieser Gruppe vor allem die Delikte zu nennen, zu deren

11) so Blei II § 40 I 1; eingehend Sch.-Schr.-Lenckner § 184 c Anm. 7 ff m. w. N.; zur gegenteiligen hM. BGHSt 29, 338; Dr.-Tr. 7 vor § 174.

Tatbestandsverwirklichung gewerbs- oder gewohnheitsmäßiges Vorgehen (so zB. §§ 260, 292 Abs. 3 StGB) erforderlich ist.

c) Als eine dritte Gruppe werden die *Ausdrucksdelikte* genannt.¹²⁾

Bei den Aussagedelikten der §§ 153 ff StGB liegt nach der subjektiven Theorie eine falsche Aussage nur vor, wenn sie nach der Vorstellung des Aussagenden nicht der Wahrheit entspricht. Vom Boden dieser Ansicht aus kann man die Aussagedelikte als Beispiele für die Ausdrucksdelikte anführen.¹³⁾ Überwiegend wird jedoch vertreten, daß die Frage der Falschheit einer Aussage nach objektiven Kriterien zu beurteilen ist (objektive Theorie).¹⁴⁾ Dann enthalten die §§ 153 ff StGB aber keine subjektiven Tatbestandselemente.¹⁵⁾ Als Beispiel für ein Ausdrucksdelikt bleibt dann allenfalls noch § 138 StGB anzuführen, wenn man die Kenntnis von den geplanten Straftaten als subjektives Tatbestandselement ansieht.

d) Inwieweit die *Motiv- und Gesinnungsmerkmale* (zB. die Mordmerkmale „aus Mordlust,“ oder „heimtückisch,“) zu den subjektiven Tatbestandsmerkmalen zu zählen sind, ist im einzelnen umstritten. Die Dogmatik ist hier noch in Bewegung. Überwiegend wird jedoch eine differenzierende Betrachtungsweise empfohlen, wonach die Motiv- und Gesinnungsmerkmale unterschiedlich teils als Schuld- element, teils als Unrechtsmerkmal behandelt werden.¹⁶⁾ Nur die sog.

12) vgl. Sch.-Schr.-Lenckner 63 vor § 13; kritisch Baumann AT § 20 Anm. 4, wo diese Gruppe für unnötig gehalten wird.

13) so Jescheck AT § 30 II 3.

14) Dr.-Tr. 4 f vor § 153; Sch.-Schr.-Lenckner 4 ff. vor § 153.

15) nicht ganz konsequent daher Dr.-Tr. 26 vor § 1, wo die Aussagedelikte als Beispiel für die Ausdrucksdelikte aufgeführt werden, während in 5 vor § 153 die objektive Theorie vertreten wird.

16) vgl. Schmidhäuser, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1957; ders. *StuB* 5/93f und 7/131 f.; Baumann AT § 20 I 2.

unechten Gesinnungsmerkmale sind danach zum Tatbestand zu rechnen, wie zB. „heimtückisch,“ und „grausam,“ in § 211 StGB, denn sie stellen nur die subjektive Seite von besonderen Unrechtsmerkmalen dar. Im Unterschied dazu werden die Merkmale, die ausschließlich aus zum Schuldbereich gehörenden Sachbereichen geschlossen werden, als echte Schuldmerkmale angesehen (zB. „aus Mordlust,“ oder „Habgier,“).¹⁷⁾

II. Der Vorsatz

1. Begriff

Das StGB enthält keine Begriffsbestimmung für den Vorsatz.¹⁸⁾ Ansatzpunkte finden sich jedoch in § 16 Abs. 1 S. 1 und § 17 S. 1. Bei einem Täter, der einen zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstand nicht kennt, liegt kein vorsätzliches Handeln vor (§ 16 Abs. 1 S. 1). Aus § 17 S. 1 ist zu entnehmen, daß das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit kein Element des Vorsatzes sein soll. Diese Hinweise im Gesetz geben jedoch nur einen groben Rahmen zur Bestimmung des Vorsatzbegriffs. So ist zB. hier das Willenselement gar nicht angesprochen. Das Gesetz läßt damit Raum für Entwicklungen in der Strafrechtsdogmatik. Üblicherweise wird der Vorsatz

17) Jescheck AT § 30 II 4, § 42 II 3 a.

18) dies war aber in § 16 E 62 und § 17 AE vorgeschlagen worden.

19) diese Umschreibung wird zwar häufig gebraucht, meist aber als unbefriedigend empfunden, vgl. zB. Sch.-Schr.-Cramer § 15 Anm. 12; eine andere zufriedenstellende und gleichzeitig knapp-prägnante Definition ist schwierig, wie der Versuch H. Mayers (StuB S. 117) zeigt: „Vorsatz ist der in der Tat verwirklichte Entschluß, der sog. Tatwille, der um die Verwirklichung des Tatbestandes weiß.“; weitere Definitionsversuche sind S. 117 in Anm. 2 aufgelistet

umschrieben als Wissen und Wollen der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden objektiven Merkmale;¹⁹⁾ in ihm sind somit eine intellektuelle (kognitive) und eine voluntative Seite enthalten.²⁰⁾

2. Das voluntative Element

Man unterscheidet drei Erscheinungsformen des Vorsatzes: Absicht, direkter Vorsatz und indirekter Vorsatz (Eventualvorsatz).²¹⁾

a) Der Täter handelt in diesem Sinne mit *Absicht*, wenn es ihm gerade darauf ankommt, den vom Gesetz bezeichneten Handlungserfolg zu erreichen, er also mit einer entsprechenden Zielrichtung tätig war. Begrifflich ist von der Absicht das Motiv (=Beweggrund) des Täters abzugrenzen.²²⁾ Dieses kann, muß aber nicht mit der Absicht

20) vgl. zB. Jescheck AT § 29 II 2m.w.N., vgl. i.ü. die Zusammenstellung bei Kindhäuser ZStW 96 (1984), S. 1 Anm. 2; die Notwendigkeit des Wollensmoments wird in neuerer Zeit zunehmend bestritten: nach Kindhäuser a.a.O. S. 1 ff handelt der mit Vorsatz, der davon ausgeht, daß durch sein Tun ein gesetzlicher Tatbestand verwirklicht werden kann; Jakobs AT 8/8 definiert: "Vorsatz ist das Wissen um die Handlung und ihre Folgen."; eine eigene Konzeption hat Schmidhäuser entwickelt, wonach die von ihm so genannte "Vorsätzlichkeit" nicht das Wollensmoment enthält: nach dieser sog. teleologischen Lehre handelt es sich bei der "Vorsätzlichkeit" um ein aktuelles Bewußtsein vom Unrecht, in dem Tat- und Unrechtsbewußtsein enthalten sind, der Begriff "Unrecht der Tat" wird dabei iSd. § 20 StGB verstanden, als Arten der "Vorsätzlichkeit" werden sicheres und unsicheres Unrechtsbewußtsein unterschieden, vom Begriff der "Vorsätzlichkeit" abgetrennt wird das Willenselement, das als "Wollensverprudenz im Strafrecht, 1968, insb. S 17 ff; ders. StuB 7/36 ff.; kritisch zB. Roxin ZStW 83 (1971) S. 380 f. und 404.

21) die Terminologie ist nicht einheitlich; wie hier zB. Jescheck AT § 29 III; Wessels AT § 7 III; SK (Rudolphi) § 16 Anm. 36; LK (Schroeder) § 16 Anm. 76 ff unterscheidet bedeutungsgleich zwischen Absicht, Wissentlichkeit und dolus eventualis; Blei I 32 nennt die Absicht "unmittelbarer Vorsatz" (=dolus directus ersten Grades), den direkten Vorsatz "mittelbarer Vorsatz" (=dolus directus zweiten Grades); zT. wird die Absicht auch als ein Unterfall des direkten Vorsatzes angesehen, so zB. von Sch-Schr.-Cramer § 15 Anm. 64.

22) anders Baumann AT § 26 III 2 a.

identisch sein. Wer den Erbonkel umbringt, kann durchaus mit Tötungsabsicht handeln, auch wenn es ihm eigentlich auf die Erbschaft ankam (=Motiv).²³⁾

Absicht in der beschriebenen Art ist meist gleichzeitig ein subjektives Tatbestandsmerkmal (vgl. oben I 2 a). Das Gesetz verwendet den Begriff Absicht jedoch auch in dem Sinne, daß direkter Vorsatz erforderlich sein soll, bedingter Vorsatz nicht genügt; so zB. in § 225 Abs. 1²⁴⁾ oder in § 164 Abs. 1 StGB.²⁵⁾ Dann ist dieses gerade genannte zielgerichtete Handeln nicht erforderlich.

b) Für den *direkten Vorsatz* (=dolus directus) genügt es demgegenüber, wenn der Täter weiß oder als sicher voraussieht, daß sein Handeln die Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes zur Folge hat und daß er dies in sein Wollen aufgenommen hat. Wenn zB. der Täter zur Erlangung einer Versicherungssumme eine Explosion auf einem Schiff herbeiführt, kann er mit direktem Tötungsvorsatz handeln, auch wenn es ihm nicht gerade darauf ankam, daß die Mannschaft den Tod findet.²⁶⁾

c) Demgegenüber reicht es beim *indirekten Vorsatz* (=dolus eventualis),²⁷⁾ wenn der Täter die Erfüllung des Straftatbestandes

23) Bsp. nach Sch.-Schr.-Cramer § 15 Anm. 64 a.

24) Sch.-Schr.-Stree § 225 Anm. 2.

25) Dr.-Tr. § 164 Anm. 16; Sch.-Schr.-Lenckner § 164 Anm. 32.

26) Bsp. gebildet nach dem sog. Fall Thomas, vgl. Binding, Die Normen und ihre Übertretung I 2, S. 851 ff.

27) kritisch zB. Kindhäuser ZStW 96 (1984) insb. S. 21 ff; Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, nimmt seine grundsätzlich Kritik an der Figur des dolus eventualis zum Anlaß, eine Neukonzeption der allgemeinen Straftatssystematik zu fordern, die zu einem "funktionalen System" führen sollte vgl. insb. S. 26 ff. und S. 502 ff.; die Vorsatzdefinitionen der das Wollensmoment ablehnenden neueren Lehren laufen darauf hinaus, daß die bewußte Fahrlässigkeit zum Vorsatz geschlagen wird: so deutlich Zielinski Handlungs- und Erfolgsunrecht im Unrechtsbegriff, 1973, S. 168, damit wird eine - m.E. bedenkliche - Erweiterung der Strafbarkeit erreicht.

ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet.

Ein Kardinalproblem der Vorsatzlehre ist die Abgrenzung des Eventualvorsatzes zur bewußten Fahrlässigkeit (luxuria), bei der der Täter darauf vertraut, daß der gesetzliche Tatbestand nicht erfüllt werde.

aa) Nach einer Ansicht soll es für den Eventualvorsatz bereits genügen, daß der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich gehalten hat (Möglichkeitstheorie)²⁸⁾

bb) Engere Grenzen zieht die Wahrscheinlichkeitstheorie, wonach der Täter die Rechtsgutsverletzung darüberhinaus für wahrscheinlich gehalten haben muß.²⁹⁾

cc) Überwiegend wird jedoch verlangt, daß der Täter die Tatbestandsverwirklichung ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden hat (Einwilligungs- oder Billigungstheorie).³⁰⁾ Beim dolus eventualis billigt der Täter die Verwirklichung des Tatbestandes, bei der luxuria vertraut er darauf, es werde schon gut gehen, auch wenn diese Einstellung nach so leichtfertig sein mag. Die Rechtsprechung ist zwar nicht ganz einheitlich,³¹⁾ sie wendet aber überwiegend diese Kriterien an.³²⁾

Wenn das Gesetz nicht absichtliches oder wissentliches (wie zB. in § 145 StGB) Verhalten bzw. Handeln "wider besseres Wissen" (zB. in § 145 d StGB) vorschreibt, genügt es, wenn Eventualvorsatz vorliegt.³³⁾

28) vgl. Schmidhäuser JuS 80, S. 241 ff.; auch Morkel NStZ 81, 176.

29) H. Mayer, S. 250 ff; kritisch zB. Sch.-Schr.-Cramer § 15 Anm. 70.

30) zB. BaumannAT § 26 III 2 b; Jescheck AT § 29 III 3 a; SK(Rudolphi) § 16 Anm. 43.

31) vgl. Eser I Fall 3 A 38, unter Hinweis auf BGH NJW 1968, 660 (661).

32) BGHSt 7, 368 ff; vgl. auch BGH JZ 81, 35 mit Anmerkungen von Köhler

33) vgl. zB. BGH NJW 1984, 184.

3. Das kognitive Element

a) Die Kenntnis des Tatumsstände

Der Täter muß die gegenwärtigen und zukünftigen strafbe-
gründenden und strafschärfenden Umstände kennen.

aa) Bezugspunkte des Vorsatzes sind zunächst die objektiven Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes, die in deskriptive und normative aufgegliedert werden.³⁴⁾ Bei den Tatbestandsmerkmalen, die durch sinnliche Wahrnehmungen festgestellt werden können (deskriptive Merkmale, zB. „zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude, in § 250 Abs. 1 Nr. 4 StGB), muß der Täter um diese Merkmale wissen. Bei den normativen Tatbestandsmerkmalen, die dadurch gekennzeichnet sind, daß sie nur durch ein Werturteil bestimmt werden können (zB. „fremd, in § 242 StGB), braucht der Täter nicht exakt subsumiert zu haben, sondern es genügt, wenn er die den Begriff ausfüllenden Tatsachen kennt und den Bedeutungsinhalt nach Laienart richtig erfaßt (sog. „Parallelwertung in der Laiensphäre,“).³⁵⁾

bb) Zum Teil wird die Frage aufgeworfen und kontrovers behandelt, ob auch die subjektiven Unrechtselemente vom Vorsatz umfaßt sein müssen.³⁶⁾ Soweit es sich jedoch bei einem subjektiven Merkmal um einen rein psychischen Sachverhalt handelt, ist dieses Tatbestandsmerkmal unabhängig vom Vorsatz festzustellen. Soweit sich ein subjektives Tatbestandsmerkmal auf einen objektiven Umstand

34) vgl. Lackner § 15 Anm. II 1 a; 2 b.

35) vgl. Baumann AT § 27 I 2 bα; Jakobs AT 8/448ff; Jescheck AT § 29 I 3 a; zu den Irrtumsfragen vgl. Schlüchter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983; Warda Jura 79, S. 79 ff.

36) vgl. Warda Jura 79, S. 74 ff.

bezieht (zB.: Vorteilsabsicht in § 263 StGB), muß die objektive Komponente vom Vorsatz erfaßt sein.³⁷⁾

cc) Ob sich der Vorsatz auch auf die Strafzumessungstatsachen beziehen muß, ist zum Teil strittig. Einigkeit herrscht darüber, daß sich der Vorsatz bei den Regelbeispielen (zB. § 243 StGB), die ja nicht zum Tatbestand gehören, auf ihre Merkmale beziehen muß,³⁸⁾ ebenso wie der Täter die Umstände kennen muß, die zur Beurteilung als besonders schwerer Fall (zB. § 263 Abs. 3 StGB) führen.³⁹⁾ Die Ansichten gehen jedoch auseinander zu der Frage, ob Vorsatz hinsichtlich aller übrigen Strafzumessungstatsachen erforderlich ist.⁴⁰⁾

b) Umstände, die nicht vom Wissen umfaßt sein müssen

aa) Die Rechtswidrigkeit einer Handlung ist nicht Teil des gesetzlichen Tatbestandes. Der Vorsatz braucht sich nicht darauf zu erstrecken.⁴¹⁾

Soweit bei der Fassung eines Strafgesetzes die Formulierungen „rechtswidrig“ oder „widerrechtlich“ verwendet werden, handelt es sich dabei meist lediglich um eine Hervorhebung des allgemeinen Verbrechensmerkmals Rechtswidrigkeit (so zB. in § 240 oder §§ 123, 239 StGB). Wenn die Bezeichnung „rechtswidrig“ jedoch einem

37) vgl. Sch.-Schr.-Cramer § 15 Anm. 24 f; Jescheck AT § 29 II 4.

38) vgl. Sch.-Schr.-Cramer § 15 Anm. 31; Dr.-Tr. § 243 Anm. 42.

39) vgl. zB. SK (Rudolphi) § 16 Anm. 8.

40) bejahend etwa Jescheck AT § 29 II 3; Sch.-Schr.-Cramer § 15 Anm. 35; zum Meinungsstand vgl. auch Warda Jura79, S. 286 ff.

41) vgl. zB. Warda a.a O S. 294; anders die Vorsatztheorie der Irrtumslehre, nach der sich der Vorsatz auf die Rechtswidrigkeit beziehen muß, vgl. unten II 2; zur irrigen Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes vgl. unten II 3.

Tatbestandsmerkmal zu dessen näheren Beschreibung zugeordnet ist (wie etwa in den §§ 242, 263 StGB), dann gehört dieses Attribut nach hM. zum Tatbestand und muß damit vom Vorsatz umfaßt sein. So muß etwa der Betrüger wissen, daß er zur Erlangung des Vermögensvorteils nicht berechtigt ist.⁴²⁾

Demgegenüber verschmelzen nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen die Stufen Tatbestand und Rechtswidrigkeit des Delikttaufbaus zu einem Gesamt-Unrechtstatbestand. Zu diesem gehört nach dieser Lehre das Fehlen von Rechtfertigungsgründen. Die gerechtfertigte Tat ist danach schon nicht tatbestandsmäßig.⁴³⁾

Dieser Lehre kommt zwar das Verdienst zu, das Ergänzungsverhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit deutlich gemacht zu haben, sie wird jedoch der Funktion des Tatbestands als „Unrechtstypus“ (bei Erfüllung des Tatbestandes liegt idR. auch Rechtswidrigkeit vor), von der das Gesetz ausgeht, nicht gerecht und wird deshalb heute überwiegend abgelehnt.⁴⁴⁾ Die eigentliche Bedeutung der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen liegt bei der Problematik des Irrtums über Rechtfertigungsgründe (vgl. unten III 3 aa).

bb) Bei den erfolgsqualifizierten Delikten ist der Täter nach § 18 StGB nur dann nach dem strengeren Gesetz zu bestrafen, wenn er den Erfolg wenigstens fahrlässig herbeigeführt hat. Vorsatz ist also

42) vgl. SK (Rudolphi) §16 Anm. 16; Sch.-Schr.-Cramer § 15 Anm. 21 m. w. N.; Dr. -Tr. § 263 Anm. 40.

43) so zB. Engisch DJT-FS I S. 406 ff.; Arthur Kaufmann JZ 54, 653; SK (Samson) 6 ff. vor § 32; kritisch: Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; zur weiterer Nachweise vgl. Sch.-Schr.-Lenckner 15 vor § 13.

44) vgl. Sch.-Schr.-Lenckner 17 vor § 13.

hinsichtlich des Erfolges nicht erforderlich.

cc) Kein Vorsatz - nicht einmal Fahrlässigkeit - ist auch erforderlich bezüglich der sog. objektiven Bedingungen der Strafbarkeit.⁴⁵⁾ Diese sind zwar Voraussetzungen für den staatlichen Strafanspruch, jedoch nach heute herrschender Meinung keine Merkmale des Tatbestands. Welche Umstände objektive Bedingungen der Strafbarkeit sind, ist im Einzelnen umstritten. Als Beispiele werden genannt die Nichterweislichkeit der behaupteten ehrenrührigen Tatsachen bei § 186 StGB,⁴⁶⁾ der Eintritt der schweren Folge bei § 227 StGB,⁴⁷⁾ die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung bei § 113 StGB,⁴⁸⁾ die Zahlungseinstellung Konkursöffnung bzw. die Abweisung der Konkursöffnung mangels Masse bei den Konkursdelikten (§§ 283 ff StGB)⁴⁹⁾ und die Rauschtat bei § 323 a StGB.⁵⁰⁾

dd) Der Vorsatz muß sich schließlich auch nicht auf die die Schuld und Schuldfähigkeit begründenden Umstände und ebenso nicht auf Prozeßvoraussetzungen beziehen.⁵¹⁾

e) Die Bewußtseinsform des Vorsatzes

Der Täter muß die Tatumstände zur Tatzeit kennen. Nicht ausreichend ist früheres (dolus antecedens) oder nachträgliches

45) vgl. Sch.-Schr.-Cramer § 15 Anm. 38; Dr.-Tr. § 16 Anm. 32; allgemein zu den objektiven Strafbarkeitsbedingungen: Krause Jura 80, S. 449ff; Jescheck AT § 53; Sch.-Schr.-Lenckner 124 ff vor § 13.

46) vgl. Lackner § 186 Anm. 6.

47) so Sch.-Schr.-Stree § 227 Anm. 16; aA. zB. LK 9. Aufl. (Hirsch) § 227 Anm. 15.

48) BGHSt 4, 161; Krause Jura 80, S. 449; str. dagegen Sch.-Schr.-Eser § 113 Anm. 19 m. w. N.

49) vgl. Lackner § 283 Anm. 8.

50) sehr umstritten vgl. Sch.-Schr.-Cramer § 323 a Anm. 13 m. w. N.

51) vgl. zB. Blei I, § 33 I 2 b und d.

Wissen (dolus subsequens). Auch ein bloßes unterschwelliges ungutes Gefühl reicht nicht, sondern es ist eine aktuelle Kenntnis erforderlich. Dieses Wissen muß jedoch nicht im Moment der Tatbestandserfüllung konkret im Denken wachgerufen worden sein.⁵²⁾ So muß zB. der Beamte nicht in dem Augenblick, in dem er sich bestechen läßt, konkret an seine Amtsträgereigenschaft denken, Ein sog. „sachgedankliches Mitbewußtsein“⁵³⁾ bzw. „ständig vorhandenes Begleitwissen“⁵⁴⁾ wird als ausreichend angesehen. Im einzelnen ist jedoch umstritten, welches Maß an gedanklicher Präsenz vorliegen muß.⁵⁵⁾

4. Stellung des Vorsatzes im Aufbau des vorsätzlichen Begehungsdelikts

Auf welcher Stufe des Deliktsaufbaus der Vorsatz anzusiedeln ist, ist eine immer noch äußerst umstrittene Frage: Gehört der Vorsatz zum subjektiven Tatbestand oder ist er ein Element der Schuld? Die verschiedenen Ansichten werden dabei nur verständlich vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Handlungslehren und im Zusammenhang mit dem Streit, ob auf den Handlungs- oder Erfolgsunwert abzustellen ist.

a) Einordnung in den Tatbestand

aa) Für die von Welzel⁵⁶⁾ grundlegend entwickelte finale

52) vgl. zB. Sch.-Schr.-Cramer § 15 Anm. 50 f.

53) kritisch dazu Köhler GA 81, S. 285 ff.

54) Platzgummer, Die Bewußtseinsformen des Vorsatzes, 1964, S. 89.

55) vgl. etwa Sch.-Schr.-Cramer § 15 Anm. 49 ff; Maurach-Zipf AT § 22 I B 3; Blei I § 33 IV; Platzgummer a. a. O. insb. S. 63 ff., S. 81 ff.; Schewe, Bewußtsein und Vorsatz, 1967.

56) grundlegend Welzel ZStW 51 (1931), 703; vgl. auch ders. Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl. 1961; ders. Das deutsche Strafrecht 1969, § 8; als eine Auswahl sonstiger Vertreter seien genannt: Maurach-Gössel AT 2, § 42 I B; Stratenwerth AT I, Rdnr. 147 ff.; Armin Kaufmann, Festschrift Welzel, 1974, S. 393 ff.

Handlungslehre gilt als zentral das Wort: "Menschliches Handeln ist Ausübung der Zwecktätigkeit."⁵⁷⁾ Diesem Ansatz liegt ein ontologischer Begriff der Handlung zugrunde: das menschliche Handeln wird nicht als blind-kausal, sondern als zielgerichtet begriffen. Aus seiner Erfahrung kennt der Mensch bestimmte Kausalverläufe und die Mittel, die er zur Erreichung bestimmter Ziele setzen muß. Mit diesem Wissen ausgestattet wählt der Handelnde die ihm geeigneten erscheinenden Wege aus, um die von ihm gesetzten Ziele zu erreichen.

Der finale Wille ist nach dieser Lehre selbst Teil der Handlung, die als ein vom steuernden Willen beherrschtes, zielgerichtetes menschliches Verhalten definiert wird. Da das Moment der Willenslenkung und -steuerung in den Handlungsbegriff mit einbezogen wird, kann man auch von einem kybernetischen Handlungsbegriff sprechen.⁵⁸⁾

Bei der Fahrlässigkeitstat, die sich ja gerade dadurch auszeichnet, daß der Täter nicht zweckgerichtet hinsichtlich des Erfolgs handelt, hat die finale Handlungslehre gewisse Schwierigkeiten.⁵⁹⁾ Deutlich tritt aber bei der Vorsatztat das Moment der Finalität zu Tage. Für die Vertreter der final-kybernetischen Handlungslehre sind hier Handlungswille und Vorsatz das gleiche.⁶⁰⁾ Der Tatbestandsvorsatz bezieht sich immer auf die Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale eines bestimmten Delikts. Es genügt also nicht,

57) Welzel, Das neue Bild, 1961, S. 1.

58) Welzel, Das deutsche Strafrecht, § 8 I (S. 37).

59) vgl. Baumann AT § 16 IV 3 b: er bringt in § 16 I 2 c das instruktive Beispiel von der Krankenschwester, die einem Patienten ein falsches Medikament gibt und damit aus Versehen dessen Tod herbeiführt; wie Baumann meint, müßten die Finalisten nach ihrem Ansatz hier eigentlich das Vorliegen einer Tötungshandlung leugnen, denn für diese Lehre kommt es ja wesentlich auf den Zweck des Verhaltens an; dieser war hier aber gerade nicht Tötung, sondern Lebenserhaltung.

60) vgl. Welzel, Das deutsche Strafrecht, § 13 I 1.

daß irgendeine Handlung gewollt ist.⁶¹⁾

Nach dieser Lehre ist das Unrecht nicht schon mit der rein tatsächlich erfolgten Rechtsgüterverletzung (Erfolgsunwert) verwirklicht, sondern es muß hinzukommen, daß der Täter mit einer zumißebilligenden Zielsetzung gehandelt hat. Die Erfüllung „personalen Handlungsunrechts„ wird gefordert. Die Rechtswidrigkeit erschöpft sich jedoch nicht in dem personalen Handlungsunrecht. Der Erfolgsunwert, dem für die meisten Delikte Bedeutung zugestanden wird (nämlich für alle Erfolgs- und Gefährungsdelikte), reicht aber nach dieser Konzeption nicht zur Erfüllung des Tatunrechts; er wird lediglich als dessen unselbständiges Teilmoment anerkannt, wird also in den personalen Handlungsunwert integriert.⁶²⁾ Nach allem ist es für die finale Handlungslehre zwingend, den Vorsatz als Teil des Tatbestandes anzusehen.⁶³⁾

bb) Für die Einordnung des Vorsatzes zum Tatbestand ging zwar von der finalen Handlungslehre der wesentliche Anstoß aus, jedoch wird heute durchaus nicht nur von den Finalisten der Vorsatz zum Tatbestand gerechnet. So sehen ihn etwa auch die Vertreter der sog. sozialen Handlungslehren⁶⁴⁾ als Element des Unrechts an.⁶⁵⁾

61) in dem obigen Bsp. der ein falsches Medikament gebenden Krankenschwester hatte diese nicht das Ziel, den Patienten zu töten; sie hat deshalb nicht eine Tötungshandlung iSd. § 212 StGB begangen (für den Kausalisten, vgl. unten b, ist eine Handlung nicht fraglich, es fehlt lediglich der Vorsatz).

62) vgl. Welzel, Das deutsche Strafrecht. § 11 I.

63) Welzel, Das deutsche Strafrecht. § 13 I 1.

64) grundlegend Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 75 f Fußn. 29; ders. Festschrift Engisch, 1969, S. 339 ff; heute werden soziale Handlungslehren in verschiedenen Spielarten vertreten von: Jescheck AT § 23 IV 1; ders. in LK 28 vor § 13; Wessels AT § 3 I 2c; Preisendanz Vorb zum AT, B I 1; kritisch: Baumann AT § 16 V; v. Weber, Festschrift Engisch, 1969, S. 331: „Auch Robinson Crusoe auf seiner Insel handelte...“

65) Wessels AT § 19 IV 1 2 a; Preisendanz Vorb. zum AT, Teil B V 3 a

Vielfach wird auch unabhängig von der Frage nach dem Handlungsbegriff in der neueren Strafrechtsdogmatik eine bloße Orientierung an dem Erfolgsunwert abgelehnt und stattdessen auf den Handlungsunwert abgestellt.⁶⁶⁾ Das Unrecht erschöpft sich danach nicht in dem durch ein deliktisches Verhalten verursachten Erfolg,⁶⁷⁾ sondern es muß dazukommen eine Mißbilligung der Art und Weise, in der der Täter seinen Willen betätigt. Dies soll ohne Rückgriff auf den Handlungsbegriff aus der "Eigenart rechtlicher Normen und - daraus folgend - dem Wesen der Rechtswidrigkeit,"⁶⁸⁾ abzuleiten sein. Nicht das Verbot jeglicher Herbeiführung eines unerwünschten äußeren Erfolgs wird als die Aufgabe des Strafrechts angesehen, sondern die Anleitung der Rechtsgenossen zu einem „inhaltlich richtigen Wollen.“⁶⁹⁾ Für das Gemeinschaftsleben sind gewisse Werte unentbehrlich; zu ihrem Schutz muß das Strafrecht zu einem Wollen anhalten, durch das diese Werte nicht bewußt in Gefahr gebracht werden. Seinen objektiven Charakter behält das Unrecht nach dieser Lehre dabei insofern, als diese Anforderungen an die Willensbetätigung gegenüber jedem Rechtsgenossen gleich gestellt werden.⁷⁰⁾

66) vgl. zB. Ebert-Kühl Jura 81, S. 231 ff; Sch.-Schr.-Lenckner 54 ff vor § 13 m. w. N.; Blei I § 17, § 20 IV.

67) dem Erfolg wird dabei überwiegend nicht jede Bedeutung abgesprochen, vgl. zB. Sch.-Schr.-Lenckner 58 vor § 13; zu den Auffassungen, die dem Erfolgsunwert gar keine Bedeutung zuerkennen wollen, vgl. Lackner I 3 b cc vor § 13 m. w. N.; zum Problemkreis vgl. auch Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlung und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1980.

68) Sch.-Schr.-Lenckner 55 vor § 13.

69) Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 152; Jescheck: AT § 24 III 4 c.

70) Jescheck a. a. O.

Der Wille, einen Tatbestand zu erfüllen, wird danach als wesentliches Element des Handlungsunrechts angesehen; der Vorsatz ist als Teil des Unrechtsbereichs dem Tatbestand zuzuordnen.⁷¹⁾ Als Argument dafür wird auch auf die Strafnormen verwiesen, bei deren Fassung zweckgerichtete Verben benutzt wurden, wie zB. „vorspiegeln„ in § 263 oder „sich zueignen„ in § 246 StGB, deren Handlungssinn ohne Bezug zum Täterwillen nicht erfaßt werden kann.⁷²⁾

Die Einordnung des Vorsatzes zum Tatbestand muß heute als in der Literatur herrschende Meinung bezeichnet werden.

cc) Nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung kommt dem Vorsatz neben seiner dominierenden Stellung im Handlungsunrecht auch Bedeutung im Rahmen der Schuld zu.⁷³⁾ Im Unrecht soll es nach dieser Lehre beim Vorsatz um die innere Beziehung des Täters zum objektiven Tatgeschehen gehen; dort ist der Vorsatz „Träger des der Rechtsnorm entgegengesetzten Handlungssinns.“⁷⁴⁾ Im Unterschied dazu soll es beim Vorsatz im Bereich der Schuld um den in der Tat zum Ausdruck kommenden Gesinnungsunwert gehen, in dem sich die gegenüber der Rechtsordnung feindliche Einstellung des Täters zeigt (dieser Meinung kommt vor allem in der Irrtumslehre

71) Vertreter der Literatur, die den Vorsatz zum Tatbestand rechnen, sind zB.: Blei I § 17 I; Bockelmann AT § 12 A I; Jescheck AT § 24 I 4 c; ders. LK 40 vor § 13; Jakobs AT 8/1, Maurach-Zipf AT 1 § 20 I Rdnr. 5 f; Sch.-Schr.-Lenckner 55 ff vor § 15; Dr.-Tr. 9 vor § 1; Lackner I 3 b bb vor § 13; § 15 Anm. I 5 c; SK (Rudolphi) 36 vor § 1; SK (Samson) 5 vor § 32; Eser I Fall 3 A 27 a; Ebert-Kühl Jura 81, S 231 f.

72) vgl. zB. Sch.-Schr.-Lenckner 56 vor § 13; Wessels AT § 5 I 4.

73) Wolter a. a. O. (Anm. 69) S. 151 ff; Jescheck AT § 24 I 5, § 39 IV 3; ders. LK 75 vor § 13; Sch.-Schr.-Lenckner 120 vor § 13; Lackner § 15 Anm. I 5 c; Eser I Fall 3 A 28; Wessels At § 5 I 5 und § 10V.

74) Jescheck AT § 24 I 5.

Bedeutung zu, vgl. unten III 3 dd).

Diese Theorie von der Doppelstellung des Vorsatzes wird von dem Standpunkt der finalen Handlungslehre aus kritisiert. Die Finalisten bestreiten, daß der Vorsatz über seine Bedeutung im Unrechtstatbestand hinaus auf der Stufe der Schuld noch eine spezifische Wirkung entfalten könne.⁷⁵⁾

b) Der Vorsatz als (ausschließliches) Schuldelenent

Während nach den finalen und sozialen Handlungslehren Wertgesichtspunkte zur Bestimmung der Handlung herangezogen werden, ist nach den eher kausal orientierten Handlungslehren, die aufbauen auf den von v. Liszt und Beling geschaffenen Grundlagen,⁷⁶⁾ der strafrechtliche Handlungsbegriff als reiner Zweckbegriff von Wertungen freizuhalten. Er hat nur als Anknüpfungspunkt für die strafrechtliche Bewertung Bedeutung und soll gleichsam als Sieb die Geschehnisse anssondern, die von vorneherein nicht geeignet sind, strafrechtlich erheblich zu werden (ausgeschlossen werden insb. Reflexbewegungen, Verhaltensweisen im tiefen Schlaf oder im Zustand völliger Bewußtlosigkeit, durch „vis absoluta„ erzwungene Körperbewegungen). Andererseits soll der Handlungsbegriff aber soweit gefaßt sein, daß alle menschlichen Verhaltensweisen erfaßt

75) vgl. LK 9. Aufl. (Hirsch) 160 vor § 51; Maurach-Zipf AT I § 22 Rdnr. 5 f.

76) vgl. Schmidhäuser AT 7/3-8, in dem im folgenden dargestellten Sinne wird heute vor allem in dem Lehrbuch von Baumann gefochten (Baumann LB, § 16); vgl. auch Baumann, Grundbegriff Kap. 4 I, dort lehnt er für seine Konzeption allerdings den Begriff "kausale Handlungslehre" ab; zur Begründung vgl. Baumann, Grundbegriff Kap. 4 I 2 c; vgl. weiter: LK 9. Aufl. (Heimann-Trosien) Einl. 31 ff; Lackner I 1 vor § 13.

werden, die einen Tatbestand erfüllen können.

Bei der Notwendigkeit einer solch weiten Fassung fällt jedes willensgetragene Verhalten unter den Handlungsbegriff. Bewußt außer Ansatz bleibt die Willensrichtung der Verhaltensweise oder ihre Sozialerheblichkeit. Dabei wird jedoch keineswegs verkannt, daß menschliches Handeln auch zweckgerichtet sein kann, idR. sogar ist. Bezeichnend für diese Lehre ist es, daß die normative Bewertung des Willensgehalts nicht in der Handlung, sondern erst später (bei der Rechtswidrigkeit und Schuld) erfolgt.

Ein gewichtiger Vorteil dieses Konzepts liegt darin, daß ein gemeinsamer Handlungsbegriff für die Tätigkeits- und Erfolgsdelikte, sowie für die Vorsatz- und Fahrlässigkeitstat gewonnen wird. Im Sinne des Strafrechts genügt es in all diesen Fällen, daß eingewillkürtes Verhalten vorliegt. Darüberhinaus gilt diese Konzeption auch im Zivilrecht.⁷⁷⁾

Wenn der Handlungsbegriff einen solch breiten Anwendungsbereich haben soll, sei dessen Freiheit von Wertungen erforderlich.⁷⁸⁾ Dementsprechend stelle die kausale Handlungslehre (zumindest in ihrer ursprünglichen Form) beim Unrechtstatbestand rein auf die Verursachung eines deliktischen Erfolgs ab. Dahinter steht die Ansicht, daß dem Strafrecht primär die Funktion zukomme, einen bestimmten äußerlichen Zustand im sozialen Leben herbeizurühren, nicht zu

77) vgl. statt vieler Larenz, Schuldrecht, Besonderer Teil, 1981, § 71 I a.
78) in dem oben angeführten Fall (Anm. 59 und 61) der ein falsches Medikament gebenden Krankenschwester sei diese nach § 222 StGB zu bestrafen; für den wertfrei gefaßten Handlungsbegriff ergeben sich keine Schwierigkeiten, dies zu erklären; ein gewillkürtes Verhalten liege vor; für die Frage, ob eine Handlung im strafrechtlichen Sinne gegeben sei, bleibe außer Acht, daß sie mit dem Fernziel der Gesundheits- und Lebenserhaltung gehandelt hat.

rechter Gesinnung anzuhalten. Der Unwert ergibt sich daraus, daß ein sozial unerwünschter Erfolg eintritt.⁷⁹⁾ Es kommt also maßgebend auf die rechtswidrige Herbeiführung eines Erfolges an (Erfolgsunwert), die subjektiven Beziehungen des Täters zu seiner Tat werden erst später untersucht, nämlich bei der Schuld. Auch soweit die Existenz subjektiver Tatbestandsmerkmale anerkannt wird, wird der Vorsatz, verstanden als Vorwerfbarkeit, bei der Schuld eingeordnet.⁸⁰⁾

5. Der Vorsatz beim Versuch

Nach § 22 StGB ist für den Versuch einer Straftat neben dem tatsächlichen Ansetzen zur Tatausführung die Vorstellung des Täters bestimmend. Der Vorsatz gehört hier unstrittig zum Tatbestand.⁸¹⁾

Der Täter muß sich beim Versuch die Begehung einer nach dem geltenden Recht strafbaren Tat vorstellen. Das Wahndelikt ist straffrei.⁸²⁾ Vom Vorsatz müssen alle gesetzlichen objektiven Tatbestandsumstände erfaßt sein. Wenn für die Vollendung *dolus eventualis* genügt, reicht das auch für den Versuch.⁸³⁾

79) vgl. Baumann AT § 3 I 2 a (S. 18 f) und § 16 I 1 a.

80) so Baumann AT § 12 IV c, § 15 I, § 24 I 2; andere Vertreter in der Literatur, die den Vorsatz zur Schuld rechnen: Engisch DJT-FS I S. 426 ff; Kohlrausch-Lange § 59 Anm. I 1; vom Boden des sog. ganzheitlichen Systems aus auch H. Mayer StuB § 12 II 3, § 27; vgl. auch Spendel, Festschrift Bockelmann S. 252; nach Schmidhäusers Konzeption (vgl. Anm. 20) wird das als "Vorsätzlichkeit" bezeichnete Wissenselement als Teil der Schuld angesehen, wogegen das Wollenselement, genannt "Willensverhalten" zum Tatbestand gerechnet wird.

81) so auch Baumann AT § 32 I 2 a, 3.

82) vgl. Herzberg JuS 80, S. 469 ff; Burkhardt JZ 81, S. 681 ff; Sch.-Schr.-Eser § 22 Anm. 78 ff.

83) vgl. Baumann AT § 33 I; Sch.-Schr.-Eser § 22 Anm. 17.

6. Der Vorsatz des Teilnehmers

Anstifter und Gehilfe müssen zum einen wissen, daß der Haupttäter eine vorsätzliche Tat begeht. Sie müssen dabei dieses Tatgeschehen in den wesentlichen Zügen kennen. Zum anderen muß dem Anstifter bewußt sein, daß er den Täter zu dessen Tat bestimmt bzw. der Gehilfe muß wissen, daß er zur Haupttat Hilfe leistet.⁸⁴⁾ Der Begriff des Vorsatzes wird dabei nach hM. im gleichen Sinne verwendet wie sonst auch.⁸⁵⁾

Die Vollendung der Haupttat muß vom Vorsatz umfaßt sein; dh. der Anstifter ist nicht zu bestrafen, wenn er will, daß die Tat im Versuchsstadium steckenbleibt.⁸⁶⁾

7. Der Vorsatz beim Unterlassungsdelikt

Angehend von der finalen Handlungslehre wird in der Literatur vertreten, daß bei den Unterlassungsdelikten gar kein Vorsatz erforderlich sei. Das Handlungsunrecht werde schon dadurch verwirkt, daß der Täter bei Erkennbarkeit der tatbestandsmäßigen Situation es unterläßt, einzugreifen.⁸⁷⁾ Demgegenüber betont die herrschende Meinung, daß der Täter um die Möglichkeit der Erfolgsverhinderung wissen muß.⁸⁸⁾ Der Täter muß die tatbestandsmäßige Situation, die

84) Sch.-Schr.-Cramer § 26 Anm. 12 ff.; § 27 Anm. 19 ff.; Otto JuS 82, S. 561 f., S. 565; die Einzelheiten gehören in die Teilnahmelehre.

85) vgl. Sch.-Schr.-Cramer a. a. O.; aA. LK (Roxin) 22 vor § 26, der bei §§ 26 f. unter Vorsatz etwas anderes verstehen will als bei § 16 StGB (vgl. auch unten Anm. 120).

86) Preisendanz § 26 Anm. 6 d; auch Jescheck AT § 64 I 2 b; zur Problematik des "agent provocateur": Maaß Jura 81, 514.

87) vgl. Kaufmann, Armin, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, passim, insb. S. 110 ff., S. 309 ff.; Welzel, Das deutsche Strafrecht, § 26 I (S. 201).

88) vgl. Sch.-Schr.-Cramer § 15 Anm. 90; Wessels AT § 16 I 2; Schünemann ZStW 96 (1984) S. 315 f.

Kausalität seines Unterlassens und seine Fähigkeit zum erfolgsabwendenden Eingreifen kennen.

Daneben wurde früher auch die Garantenpflicht als zum Tatbestand gehörig angesehen.⁸⁹⁾ Nach der Korrektur der früheren Rechtsprechung durch den BGH (Bd. 16, 155) hat sich jedoch folgende Differenzierung durchgesetzt: Zum Tatbestand gehören die pflichtbegründenden Umstände (also etwa die Verhältnisse, aus denen sich beim unechten Unterlassungsdelikt die Garantenpflicht ergibt, Vertrag, besonderes Vertrauensverhältnis usw.).⁹⁰⁾ Nur diese äußeren Gegebenheiten müssen somit vom Vorsatz umfaßt sein. Die daraus folgende Pflicht zum Tätigwerden (bei den unechten Unterlassungsdelikten also die Garantenpflicht) gehört zur Rechtswidrigkeit.⁹¹⁾

III. Die Irrtumslehre

Die Kehrseite des Vorsatzes ist der Irrtum. Je nachdem ob der Täter über Merkmale des Tatbestandes oder über die Rechtswidrigkeit irrt, handelt es sich um einen Tatumstands- oder einen Verbotsirrtum.⁹²⁾

89) vgl. für die echten Unterlassungsdelikte BGH JZ 58 506 ff. (508); für die unechten BGH 14, 229 ff. (232); vgl. auch. Sch.-Schr.-Cramer § 15 Anm. 93 m. w. N.

90) sog. Garantenstellung, dazu Schönemann ZStW 96 (1984) S. 304ff; Maiwald JuS 81, S. 480 ff.; zur Garantenpflicht vgl. auch Dr.-Tr. § 13 Anm. 5 ff.; Lackner § 13 Anm. 3.

91) vgl. zB. Schönemann a. a. O. S. 315 m. w. N. in Anm. 91.

92) die vielfältigen Probleme der Irrtumslehre können im Rahmen dieser Arbeit aus Platzgründen nur angeschnitten werden. Ausführlich: Warda Jura 79, S. 1 ff., 71 ff., 113 ff., 286 ff.; vgl. zB. auch Baumann AT § 27; Jescheck AT § 29 V, § 41; Maurach-Zipf AT 1 § 23, § 37, § 38.

1. Tatumstandsirrtum (§ 16 StGB)

Nach der Einordnung des Vorsatzes im Deliktsaufbau richtet es sich auch, ob man den Tatbestandsirrtum im Tatbestand oder bei der Schuld prüft. Der Täter muß die Tatumstände kennen (vgl. oben II 3 a). Im Falle eines Irrtums kann er nicht wegen einer Vorsatztat bestraft werden; allenfalls nach einem Tatbestand, der Fahrlässigkeit unter Strafe stellt (§ 16 Abs. 1 StGB).

a) Irrtum über das Handlungsobjekt

Irrt sich der Täter im Gegenstand oder in der Person (error in persona vel objecto), so kommt es darauf an, ob gedachtes und tatsächlich verletztes Objekt gleichwertig sind. Dies ist zB. der Fall wenn A auf den B schießt, den er für den C hält. Der Täter ist wegen vollendeter Tat zu bestrafen.⁹³⁾ Nur wenn die Handlungsobjekte im Hinblick auf das Delikt nicht als gleichwertig anzusehen sind liegt Tatumstandsirrtum vor (so kann eine Personenverwechslung im Rahmen des § 102 StGB zur Anwendung des § 16 Abs. 1 StGB führen, etwa wenn der Täter einen deutschen Politiker ermorden will, irrtümlich das Attentat aber gegen einen ausländischen Botschafter richtet).⁹⁴⁾

b) Irrtum über den Kausalverlauf

Der Täter kann in den seltensten Fällen die Ursachenreihe, die er

93) in dem klassischen Rose-Rosahl-Fall (vgl. Entsch. des Preußischen Obertribunals vom 5.5.1889, GA 7, 322) schießt der Knecht Rose auf den Gymnasiasten Harnisch, den er für den Schliebe hält; er ist wegen vollendeten Mordes zu bestrafen (vgl. zB. Jescheck AT § 29 V 6 a).

94) vgl. Blei I § 33 I 1 a, e'E.

durch seine Handlung in Gang setzt, exakt in den Einzelheiten voraussehen.⁹⁵⁾ Hier kommt es darauf an, ob die Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf nach einem objektiven Urteil wesentlich (dann nur Versuch) oder unwesentlich ist (dann Vollendung).⁹⁶⁾

Nach heute herrschender Meinung gehören hierher auch die Fälle der "aberratio ictus":⁹⁷⁾ der Täter irrt nicht bezüglich des Handlungsobjekts,⁹⁸⁾ sondern er setzt einen Geschehensablauf mit einem Erfolg in Gang, den er sich so nicht vorgestellt hatte. Wenn A mit Tötungsabsicht auf den B schießt, aus Versehen aber den C trifft, liegt ein versuchtes Tötungsdelikt gegenüber B vor und damit idealkonkurrierend eine vollendete Fahrlässigkeitstat gegenüber C.⁹⁹⁾

Besonders gelagert sind die Fälle des sog. „dolus generelis“: bei einer in zwei Akten ablaufenden Tat meint der Täter irrtümlich, im ersten Schritt den Erfolg schon verwirklicht zu haben, tatsächlich tritt er erst im zweiten Akt ein. Ein Standardbeispiel stellt folgende Fallgestaltung dar: der Täter würgt in Tötungsabsicht das Opfer und wirft es danach in der Meinung, es sei schon tot, in eine Jauchegrube, wo es ertrinkt.¹⁰⁰⁾ Nach der hM. wird der Täter nicht etwa wegen versuchten Totschlags (bzw. Mords) in Tatmehr-

95) Blei I § 33 I 1 c (S. 121): "Die Kugel, die den Lauf verlassen hat, ist des Teufels;..."

96) vgl. zB. Dr.-Tr. § 16 Anm. 7 m. w. N.

97) vgl. Sch.-Schr.-Cramer § 15 Anm. 56.

98) zur Abgrenzung zum "error in persona vel objecto" vgl. Blei I § 33I 1 c

99) so die hM.: Baumann AT § 27I 2 b 7; Jescheck AT § 29 V 6 c; Sch.-Schr.-Cramer § 15 Anm. 56.

100) BGHSt 14, 193; vgl. Baumann-Arzt-Weber, Strafrechtsfälle und Lösungen 1981, Fall 17, sog. Zweiter Jauchegrubenfall, Ausgangskonstellation.

heit mit fahrlässiger Tötung bestraft,¹⁰¹⁾ sondern wegen einem vollendeten vorsätzlichen Tötungsdelikt. Das Schrifttum stützt sich dabei teilweise auf die „dolus-genealis“-Lehre.¹⁰²⁾ Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre kommen unter Ablehnung dieses Begriffs zum selben Ergebnis, indem sie in den beiden Akten eine unbedeutende Abweichung im Kausalverlauf annehmen und damit den Vorsatz bejahen.¹⁰³⁾

c) Irrtum über privilegierende Tatbestandsmerkmale

Wenn der Täter privilegierende Tatbestandsmerkmale irrig für gegeben hält, kann er gemäß § 16 Abs. 2 StGB wegen einer Vorsatztat nur nach dem milderen Gesetz bestraft werden.¹⁰⁴⁾ Für den umgekehrten Fall, in dem der Täter den vorliegenden erleichternden Umstand nicht kennt, ist umstritten, ob nach dem strengeren Gesetz zu bestrafen ist.¹⁰⁵⁾

2. Verbotsirrtum

Neben dem Irrtum über Tatumstände kann beim Täter ein Irrtum über das Verbotensein der Tat vorliegen. Nach den Vorsatztheorien wurde dieses Bewußtsein von der Rechtswidrigkeit (Unrechtsbewußtsein) als Bestandteil des Vorsatzes angesehen.¹⁰⁶⁾ Demgegenüber

101) so aber zB. Maurach-Zipf AT 1, § 23 Rdnr. 33-35, soweit der Täter nicht im zweiten Akt "für alle Fälle" gehandelt hat.

102) vgl. Sch.-Schr.-Cramer § 15 Anm. 57.

103) BGHSt 14, 193; vgl. auch Baumann AT § 26 II 4 b β; Bockelmann AT § 14 II 3 b cc; Stratenwerth AT I, S. 102 f; Dr.-Tr. § 16 Anm. 7.

104) vgl. Warda Jura 79, S. 113 ff; kritisch zur Fassung des § 16 Abs. 2 StGB; Franke JuS 80, 172.

105) dafür zB.: LK (Heimann-Trosien) § 248 a, Anm. 6; vgl. Warda Jura 79, S. 114 ff.

106) vgl. Baumann AT § 27 II 2 m. w. N.

sah die Schuldtheorie das Unrechtsbewußtsein als ein Schulselement außerhalb des Vorsatzes an. Auch wenn man den Vorsatz zum Tatbestand rechnete, konnte man damit das Unrechtsbewußtsein bei der Schuld behandeln.¹⁰⁷⁾

Durch das 2. StrRG vom 4.7.1969 mit der Schaffung des § 17 StGB n.F. ist die Streitfrage vom Gesetzgeber zugunsten der Schuldtheorie entschieden.¹⁰⁸⁾ Bei fehlendem Unrechtsbewußtsein entfällt die Schuld (nicht der Vorsatz) nur, wenn der Irrtum unvermeidbar war (§ 17 S. 1 StGB). Bei Vermeidbarkeit ordnet § 17 S. 2 StGB eine fakultative Strafmilderung an.

Beim Verbotsirrtum geht es also nicht mehr um ein Problem des Vorsatzes, sondern um das Unrechtsbewußtsein als ein selbständiges Schulselement.

3. Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes

Um einen Verbotsirrtum handelt es sich nach hM, auch, wenn der Täter irrig einen Rechtfertigungsgrund annimmt, den es so gar nicht gibt (sog. Erlaubnisirrtum).¹⁰⁹⁾ Anders liegt der Fall, wenn der Täter irrig die tatbestandlichen Voraussetzungen eines von der Rechtsordnung anerkannten Rechtfertigungsgrundes für gegeben

107) Welzel, Das deutsche Strafrecht, § 22 III; der Schuldtheorie schloß sich der Große Senat des BGH an: BGHSt 2, 194.

108) vgl. zB. Blei I §58 II 3 a.E.; Sch.-Schr.-Cramer § 17 Anm. 3; auch Baumann muß dies zähneknirschend zugeben, vgl. AT § 27 III 3 b α; demgegenüber vertritt Langer in GA 1976, S. 193 ff, insb. S. 206 ff, die Ansicht, daß auch nach der Gesetzesänderung die Vorsatztheorie noch vertreten werden könne.

109) vgl. zB. Sch.-Schr.-Cramer § 16 Anm. 15, § 17 Anm. 10; a. A. die Vertreter der Vorsatztheorie.

hält (sog. Erlaubnistatbestandsirrtum). Die Lösung ist hier nicht durch das Gesetz festgeschrieben. Der Streit geht darum, ob § 16 oder § 17 StGB anzuwenden ist. Die Anwendung des § 17 wird vielfach als unbillig empfunden. Man tut sich aber zum Teil - je nach theoretischem Ausgangspunkt - schwer, ein Vorgehen nach § 16 zu begründen.

aa) Nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen (vgl. oben II 3 b aa) fällt diese Begründung allerdings leicht: das Nichtvorliegen eines Rechtfertigungsgrunds wird als Umstand des Gesamt-Unrechtstatbestands angesehen, auf den sich nach § 16 Abs. 1 StGB der Vorsatz beziehen muß.

Merkmale des gesetzlichen Tatbestands sind jedoch nur die Umstände, mit denen der Gesetzgeber die Straftatbestände umschreibt. Deshalb wird diese Lösung heute überwiegend abgelehnt.¹¹⁰⁾

bb) Nach der Vorsatztheorie gehörte zwar die Rechtswidrigkeit nicht zum Tatbestand, der Vorsatz sollte sich aber trotzdem darauf beziehen müssen. Der Wegfall des Vorsatzes war also ebenfalls leicht zu begründen. Die Vorsatztheorie ist jedoch durch die Gesetzesänderung hinfällig geworden (vgl. oben III 2).

cc) Bei konsequenter Anwendung der Schuldtheorie ist darauf abzustellen, daß der Täter beim Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes alle Umstände des Tatbestands kennt und somit vorsätzlich handelt. Es ist also nicht § 16 Abs. 1, sondern § 17 StGB anzuwenden (strenge Schuldtheorie).¹¹¹⁾ Die Schuld der

110) vgl. Sch.-Schr.-Cramer § 15 Anm. 26; § 16 Anm. 14.

111) so auch heute noch LK (Schroeder) § 16 Anm. 47 ff; vgl. auch Welzel, Das deutsche Strafrecht, § 22 I 1 f.; weitere Nachweise für diese Ansicht, die vor allem in fünfziger Jahren vertreten wurde bei Sch.-Schr.-Cramer § 16 Anm. 13 a.

Vorsatztat entfällt damit nur bei Unvermeidbarkeit.

Das ist ein höchst problematisches Ergebnis. Der Täter irrt hier nicht nur über Rechtsfragen, sondern auch hinsichtlich tatsächlicher Umstände. Dieser Irrtum steht daher dem Tatumstandsirrtum nicht fern Daß die Gleichsetzung mit dem Verbotsirrtum nicht sachgerecht ist, wird heute fast allgemein anerkannt.

dd) Dementsprechend ist die sog. eingeschränkte Schuldtheorie die heute herrschende Meinung: der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes wird wie ein Tatumstandsirrtum behandelt. Die Begründungen fallen allerdings unterschiedlich aus.

Die Rechtsprechung stellt entscheidend darauf ab, daß der Täter in diesen Fällen eigentlich rechtstreu handeln wolle, eine Bestrafung nach einer Vorsatztat also unbillig sei. Deshalb müsse § 16 Abs. 1 StGB (direkt oder analog) Anwendung finden.¹¹²⁾

Eine direkte Anwendung läßt sich vom Boden der Schuldtheorie aus jedoch kaum begründen, wenn man nicht der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen folgen will. „Gesetzlicher Tatbestand“ in § 16 Abs. 1 StGB umfaßt nicht die Rechtswidrigkeit. Für eine analoge Anwendung des § 16 Abs. 1 StGB wird angeführt, daß zwischen den unrechtstypischen Merkmalen des Straftatbestandes und den tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes kein qualitativer Unterschied besteht.¹¹³⁾

Nach der sog. rechtsfolgeverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie soll der Vorsatz nicht ausgeschlossen sein, sondern der Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes ist

112) vgl. BGHSt 3, 105 f., 124 f., 194, 364; 17, 90 ff.; Stratenwerth AT 1 Rdnr. 504.

113) Sch.-Schr.-Cramer § 16 Anm. 14.

nur hinsichtlich der Rechtsfolgen dem Tatbestandsirrtum gleichzustellen. Im Falle der Vorwerfbarkeit ist nur wegen einer Fahrlässigkeitstat zu bestrafen. Diese Ansicht ist im Zusammenhang zu sehen mit der oben (II 4 a cc) erwähnten Lehre von der Doppelfunktion des Vorsatzes: es wird hier nicht als das Unrechtselement Vorsatz, sondern lediglich der Vorsatz als Schuldform ausgeschlossen.¹¹⁴⁾

Nach den Auffassungen, die über die direkte oder analoge Anwendung von § 16 Abs. 1 StGB den Vorsatz entfallen lassen, kann der genau Bescheid wissende Teilnehmer mangels vorsätzlicher Haupttat nicht bestraft werden, obwohl er es unter Umständen gerade ist, der im konkreten Fall die kriminelle Energie gezeigt hat.¹¹⁵⁾ Instrukтив ist folgendes Beispiel: A spiegelt dem Arzt vor, er sei von der Schweigepflicht entbunden; der Arzt offenbart daraufhin ein Geheimnis in der Annahme, die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung lägen vor. Weil der A nicht unter der Schweigepflicht steht, kann er nicht als mittelbarer Täter bestraft werden. Wenn der Arzt nicht vorsätzlich gehandelt hat, entfällt auch eine Bestrafung des A als Anstifter. Es bleibt eine bedenklich Strafbarkeitslücke. Demgegenüber ist eine Bestrafung des Anstifters möglich, wenn – wie von der rechtsfolgeverweisenden Theorie gefordert – beim Haupttäter lediglich die *Vorsatzstrafe* entfällt.¹¹⁶⁾

114) vgl. Dr.-Tr. § 16 Anm. 27; auch Dreher MDR 62, 592; Gallas, Festschrift Bockelmann, 1979, S. 170 f; Lackner § 17 Anm. 5 b; Preisendanz § 17. 3 d; Jescheck AT § 41 ¶ 2 d; ders. LK 75 vor 13; Wessels AT § 11 ¶ 1 b.

115) dies wird von der hM. hingenommen, vgl. Sch.-Schr.-Cramer 35 vor § 25; das folgende Beispiel ist entnommen: LK (Roxin) 21 vor § 26.

116) vgl. Dr. § 16 Anm. 27; vgl. auch LK (Roxin) 22 vor § 26, der allerdings für die Anstiftung einen anderen Vorsatzbegriff verwenden will als bei § 16 StGB (vgl. oben Anm. 89).

Literaturverzeichnis

- Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1977, zitiert: Baumann AT
Baumann, Grundbegriffe und System des Strafrechts, 5. Aufl., 1979, zitiert:
 Baumann, Grundbegriffe
Baumann - Arzt - Weber, Strafrechtsfälle und Lösungen, 5. Aufl., 1981.
Beling, Die Lehre vom Tatbestand, 1930.
Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Zweiter, -Band, Zweite Hälfte,
 1916
Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983; zitiert, Blei I.
Blei, Strafrecht II, Besonderer Teil, 12. Aufl., 1983; zitiert, Blei II.
Bockelmann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1979.
Burkhardt, Rechtsirrtum und Wahndelikt, JZ 81, S. 681 ff.
Dreher, Anmerkungen zu OLG Köln, MDR 62, 591 ff.
Dreher-Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 41. Aufl., 1983, zitiert:
 Dr. -Tr.
Ebert-Kühl, Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 81, S. 231 ff
Engisch, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Eine kritische Betrachtung
 zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht,
 Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages,
 Bd. I, 1960, S. 401 ff., zitiert: Engisch DJT-FS I.
Eser, Juristischer Studienkurs, Strafrecht I, 3. Aufl., 1980, zitiert: Eser. I
Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des
 Privatrechts, 1911.
Franke, Probleme beim Irrtum über Strafmilderungsgründe: § 16 II StGB JuS
 80, S. 172 ff.
Frisch, Vorsatz und Risiko, Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens
 und des Vorsatzes, 1983.
Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für
 Bockelmann, 1979.
Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915) S. 19 ff.
Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen
 Verbrechensbegriffs, Festgabe für R. v. Frank, Bd. 1, 1930, S. 251 ff
Herzberg, Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH, JuS 80, S. 469 ff

- Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960.
- Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 1983, zitiert: Jakobs AT.
- Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1978, zitiert: Jescheck AT.
- Kaufmann, Armin, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959.
- Kaufmann, Armin, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift Welzel, 1974, S. 393 ff.
- Kaufmann, Arthur, Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ, 54, S. 653 ff.
- Kindhäuser, Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96 (1984), S. 1 ff.
- Köhler, Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes, GA 1981. S. 285 ff.
- Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43. Aufl., bearb. von Richard Lange, 1961.
- Krause, Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Jura 80, S. 449 ff.
- Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 15. Aufl., 1983.
- Langer, Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung, GA 1976, S. 193 ff.
- Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 12. Aufl., 1981.
- Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, begründet von Ebermayer, Lobe, Rosenberg, 9. Aufl. 1974, hrsg. von Baldus und Willms, zitiert: LK 9. Aufl. (Bearb.); 10. Aufl., ab 1978, hrsg. von Jescheck, Ruß und Willms, zitiert: LK (Bearb.).
- Maaß, Die Behandlung des "agent provocateur" im Strafrecht, Jura 81, S. 514 ff.
- Maiwald, Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, JuS 81, S. 473 ff.
- Maurach-Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Ein Lehrbuch, 6. Aufl. des von Maurach begründeten Werkes, 1983, zitiert: Maurach-Zipf AT 1.
- Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechen und Rechtsfolgen der Tat, Ein Lehrbuch, 5. Aufl. des von Maurach begründeten Werkes, 1978, zitiert: Maurach-Gössel AT 2.
- Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, zitiert: H. Mayer.
- Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1967, zitiert H. Mayer StuB.

- Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), S. 207 ff.
- Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Festschrift Traeger, 1926; Neudruck 1979, S. 187 ff.
- Morkel, Abgrenzung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat. NSTZ 81, S. 176 ff.
- Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunrecht im Strafrecht, 1980.
- Otto, Anstiftung und Beihilfe, JuS 82, S. 557 ff.
- Platzgummer, Die Bewußtseinsformen des Vorsatzes, 1964.
- Preisendanz, Strafgesetzbuch (Lehrkommentar) 30. Aufl., 1978.
- Roxin, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971), S. 369 ff.
- Schewe, Bewußtsein und Vorsatz, 1967.
- Schlüchter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983.
- Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958.
- Schmidhäuser, Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968.
- Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., 1975; zitiert: Schmidhäuser AT.
- Schmidhäuser, Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventualis" und „bewußte Fahrlässigkeit"), JuS 80, S. 241 ff.
- Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl., 1984, zitiert: Schmidhäuser StuB.
- Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939.
- Schmidt, Soziale Handlungslehre, Festschrift Engisch, 1969, S. 339 ff.
- Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, bearb. v. Lenckner, Cramer, Eser und Stree, 21. Aufl., 1982, zitiert: Sch.-Schr.-Bearb.
- Schünemann, Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96 (1984) S. 287 ff.
- Spindel, Gegen den „Verteidigungswillen" als Notwehrrfordernis, Festschrift für Bockelmann, S. 252 ff.
- Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 3. Aufl., 1981, zitiert: Stratenwerth AT 1
- Systematischer Kommentar zum StGB, Band I, Allgemeiner Teil, hrsg. v. Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, 3. Aufl., 1983; zitiert, SK (Bearb.).
- Warda, Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 79, S. 1 ff., 71 ff. 113 ff., 286 ff.

Weber, Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, Festschrift Engisch, 1969, S. 328 ff.

Welzel, Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931) S. 703 ff.

Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, Eine Einführung in die finale Handlungslehre, 4. Aufl., 1961.

Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969.

Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 13. Aufl., 1983, zitiert: Wessels AT.

Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981.

Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

〈國文要約〉

西獨 刑法學에 있어서 主觀的 構成要件徵表論과
故意論의 現住所

許 一 泰*

主觀的不法要素가 Fischer, Hegler와 Mezger 等の 基本的作業을 통해서 一般的으로 認定된 이래, 故意的 問題는 편안한 날이 없었다. 이 主觀的不法要素의 認定에 便乘하여 不法의 本質的要素를 反價值的 結果에서보다는 오히려 反價值的 行爲에서 파악하는 目的的行爲論은 故意를 必然的인 構成要件의 形式으로 理解하였다. 이에 대한 反動 내지 修正으로 故意를 構成要件의 故意와 責任의 한 形式으로의 故意責任(Vorsatzschuld)이라는 兩面性으로 파악하는 中道的 立場이 形成되었고 이 견해가 西獨의 刑法學에서 多數學者의 支持를 받기에 이르렀다.

이들 두 학설은 그러나 故意의 要素에 違法性의 認識을 包含시키지 않고, 이를 오히려 責任의 內容으로 把握하는데 反하여, 不法을 근본적으로 反價值的 結果에서만 찾고 모든 主觀的精神的要素를 責任으로 把握하는 증배의 순수한 因果的行爲論은 故意를 責任形式으로만 把握하고 違法性의 認識(Unrechtsbewußtsein)을 故意의 成立內容으로 보았다.

이에 따라 오늘날 獨逸에서는 故意의 概念과 地位 내지 形式에 관한 問題를 넓게 보아 3파전의 樣相으로 보고 있다. 故意를 이렇게 서로 다른 概念과 形式으로 把握할 때 그 差異點은 特히 錯誤論에서 나타난다. 故意를 主觀的 構成要件의 形式으로만 把握하는 見解는, 故意의 缺如는 곧바로 構成要件이 缺如되는 結果를 낳고, 그리고 모든 禁止錯誤는 그것이 違法性阻却事由에 관한 錯誤였다할지라도 無條件 그 錯誤를 피할 可能性이 있었느냐의 여부에 의존하여 피할 可能性이 없는 경우에 限하여 책임이 없다고 본다(엄격한 직

* 東亞大學校 法科大學 助教授. 法學博士.

입설). 이에 반하여 故意를 構成要件形式으로서와 責任形式의 兩面으로 把握하는 立場에서는 構成要件의 故意가 缺如되는 行爲는 構成要件에 해당되지 않는다는 點에서 前說과 다를 바 없으나, 禁止錯誤의 경우에는 피할 可能性의 여부란 尺度를 가지고 일률적으로 解決하지 않고, 경우를 나누어, 즉 法秩序가 허용한 違法性阻却事由의 實質條件에 대한 錯誤(예를 들면 正當防衛를 할 수 있는 狀況이나 緊急避難을 해야 될 狀況이 주어져 있다는 錯誤)인 경우에는 故意責任이 缺如되어 그 錯誤의 皮할 可能性與否에 관계없이 責任이 阻却되지만 皮할 가능성이 있는 경우에는 그 錯誤로 因한 行爲는 過失犯으로 처벌되고 그밖의 禁止錯誤에 관해서는 皮할 可能性 여부에 依存시킨다(制限的 責任說). 이 두 說에 反하여 故意說에 따르면 故意를 構成要件實現의 認識과 意欲 뿐만 아니라, 不法認識을 包含하는 責任形式으로만 把握함으로써, 構成要件의 錯誤와 禁止錯誤의 區別의 實益이 없게 된다. 이런 立場에서 意味가 있는 錯誤란 단지 違法하지 않게 행위했다는 착오만이 存在할 뿐이다. 그러나 오늘날 獨逸에서는 이렇게 嚴格한 故意說을 따르는 學者는 없고, 그대신 少數의 學者가 主張한 소위 제한적 고의설은 法的無關心이나 適法성에 기인하여 犯人이 違法性的 認識을 못했다해도 故意를 인정하려고 한다.

그러나 獨逸 現行刑法 제17조에서 「行爲時에 不法을 犯한다는 인식을 犯人이 結여했고, 그가 이 錯誤를 皮할 수 없었다면 그는 責任이 없다」고 규정하여 從來의 故意說을 克服하고 있다.

故意가 어떠한 形式으로 存在하느냐에 따라 錯誤問題가 위와 같이 直接的인 영향을 받을 때에, 우리는 다시금 故意의 개념 내지 그 內容으로 돌아가, 故意의 개념이 무엇이며, 犯罪體系에 있어서 故意의 地位는 어떠한가를 오늘날의 學說, 判例, 그리고 現行法을 土臺로 分析・檢討하여 獨逸刑法學에 있어서 이들 故意論의 現任所를 더듬어 본다.

이를 위해 第1章에서는 犯罪體系에 있어서 主觀的構成要件要素의 개념과 지위를 오늘날 주장되고 있는 學說에 따라 把握해보고 더 나아가 目的犯, 傾向犯, 表現犯과 動機 내지 心情犯에서 主觀的 不法要素를 分析하였다.

第2章에서는 故意의 개념이 무엇인가 어떠한 要素로 구성되어 있는가?

고의의 형식 내지 지위에 관하여 各學說이 어떻게 理解하고 있는지를 論하였다.

結論으로 말해서 獨逸刑法典은 故意의 개념을 규정하지 않고, 오히려 學說, 判例의 발전에 맡기었다. 그러나 故意가 무엇인가에 대한 하나의 실마리는 獨逸刑法 第16條 1項 1문과 第17條 1문에서 찾을 수 있다. 第16條에서는 「행위시에 法的構成要件에 해당하는 環境을 알지 못하는 者는 故意로 행하지 않았다」고 규정되어 있고, 第17條 1문으로부터는 違法性의 인식이 故意의 要素가 아님을 알 수 있다. 이러한 根據下에 오늘날 多數 獨逸學者의 見解에 따르면 「故意를 심리적 形態로서 모든 客觀的 행위환경의 인식을 가지고 構成要件의 실현을 위한 意思」라고 본다.

이에 따라 故意는 인식적 측면(kognitive Seite)과 의사적 측면(voluntative Seite)이 함께 포함되어 있다. 의사적 요소로서 故意는 3가지의 發現形式을 區別할 수 있다. 目的意思(Absicht), 直接故意(direkter Vorsatz)와 間接故意(eventual Vorsatz). 이들 中 特別 論議의 意味가 있는 故意는 마지막 形式인 間接(未畢的) 故意이다. 왜냐하면 過失犯은 故意犯과는 다르게, 항상 모든 犯罪에서 처벌을 예정하고 있지는 않을 뿐더러, 過失犯은 故意犯에 대하여 刑量이 절대적으로 경미하다는 점을 착안할 때, 認識있는 過失과 미필적 故意의 區別은 重要하기 때문이다. 이 區別에 대한 學說로는 「犯人이 구성요건실현을 가능하다고 봄으로써 未畢的 故意는 充足된다」고 보는 可能性說(Möglichkeitstheorie), 그리고 이 可能性說보다는 좀더 制限的으로 미필적고의를 인정하는 立場으로 「犯人이 法益侵害의 可能性을 넘어 蓋然性을 가질 때에 미필적 고의가 存在한다」고 보는 蓋然性說(Wahrscheinlichkeitstheorie), 「犯人이 結果發生의 可能性을 眞摯하게 인식하면서도 그 結果發生의 실현을 認容할」때에 未畢的 故意를 인정하는 人용설(Einwilligungs- oder Billigungstheorie)등이 있고, 이 마지막 立場이 오늘날 獨逸에서는 多數說이다.

인식적 要素로서 故意는 무엇보다도 행위환경(Tatumstände)을 인식해야 한다. 故意에 관하여 우선 서술적 내지 規範的 要素로 成立되어 있는 法的

構成要件의 모든 客觀的 要素를 인식해야 한다. 이때에 감각 작용에 의해서 確定될 수 있는 서술적 요소는 그의 自然的 意味를 犯人은 인식해야 되지만, 價値評價를 통해서만이 確定될 수 있는 規範的 要素는 전문가처럼 정확하게 인식할 必要는 없지만 一般人的 水準에서 인식하는 것으로 充分하다.

다음으로 一部學者가 주장하는 問題로는 主觀的 不法要素가 故意에 의해서 인식되어야만 하는 가이다. 이 問題는 아래처럼 區分하여 解決하고 있다.

主觀的 不法要素가 순수한 심리적인 形態(rein psychischer Sachverhalt) 라면, 이 要素는 故意와 관계없고, 반면에 主觀的 構成要件要素가 客觀的 環境과 관계를 가지면 (예를 들어 獨逸刑法 第263條에서 不當利得意思처럼) 그 客觀的 要素는 犯人에 의해서 인식되어야만 한다.

그 밖에 故意가 刑量을 決定하는 事實(Strafzumessungstatsachen)을 인식해야 하는 지는 部分的인 다름이 있다. 다름이 없는 점은, 故意는 構成要件에 屬하지 않는 例示法規(예를 들면 獨逸刑法 第243條)의 構成要件要素를 인식해야 할 뿐만 아니라 特別히 重한 경우(예를 들면 獨逸刑法 第263條 3項)로서 判斷되는 環境도 犯人은 인식해야 한다.

마지막으로 故意의 인식적 요소에 의해서 把握되어 질 必要가 없는 環境으로는 행위의 違法性이다. 그러나 刑法의 規定中에는 違法하게(rechtswidrig) 내지 不當하게(widerrichtlich)라는 形式을 使用하고 있기 때문에 (예를 들면 獨逸刑法 第240條나 第123條 혹은 第239條 第242條 第263條), 이러한 表現이 일반적인 犯罪要素의 違法性を 特別히 강조해서 그런 表現을 한것인지(예를 들면 獨逸刑法 第240條처럼) 아니면 「違法하게」라는 表現 등이 구성요건 要素를 좀 더 상세하게 表現하기 위해서 (예를 들면 獨逸刑法 第242條처럼) 使用되었는지 檢討해서 後者の 경우라면, 「違法하게」라는 附加的 表現은 構成要件에 屬하게 되어 犯人에 의해서 인식되어야 한다고 보는 것이 多數說이다. 이에 따라 詐欺꾼은 그가 財産上의 利得의 取得에 權限이 없다는 것을 인식해야만 한다.

이에 反하여 消極的 構成要件徵表說은 犯罪體系의 構成要件과 違法性的의 段

階들을 하나의 總體的不法構成要件으로 統合한다. 이 학설에 따르면 違法性阻却事由의 결여는 總體的不法構成要件에 屬하고, 이에 따라 違法性이 阻却된 행위는 이미 構成要件에 해당되지 않는다. 따라서 違法性阻却事由가 存在하지 않는다는 點은 犯人이 認識해야 할 對象이라고 본다. 물론 이 학설은 構成要件과 違法性의 補充關係를 명백히 한 公로는 인정해야 되나, 그러나 이 학설은 「不法類型」(Unrechstypus)으로서 構成要件의 機能을 무시하기 때문에 오늘날 獨逸의 多數의 學者는 消極的 立場을 취하고 있다. 그럼에도 불구하고 이 학설은 違法性阻却事由에 관한 착오의 문제시에 固有의 意味를 갖는다. 왜냐하면 이 說은 違法性阻却事由의 存在를 착오에 기해서 認定한 경우에 故意 그 自體를 阻却하기 때문에 獨逸刑法 第16條 1項을 直接 適用할 수 있다.

다음으로 結果的加重犯에서 犯人은 獨逸刑法 第18條에 따라 그가 結果發生을 最少限 過失에 기하여 惹起했을 때만이 처벌을 받는다. 이때에 故意는 結果發生의 觀點에서는 要求되지 않는다.

그밖에 客觀的 可罰條件(objektive Bedingungen der Strafbarkeit)은 犯人이 인식할 필요는 없다. 오늘날 通說은 客觀的 可罰條件이 不法構成要件에 屬하지 않는다는 점에 일치해 있으나, 무엇이 客觀的 可罰條件이냐는 個別的으로 다름이 있다. 일반적으로 인정된 客觀的 可罰條件으로서의 獨逸刑法 第186條에서 名譽毀損事實의 不證明性, 獨逸刑法 第227條에서 重大한 結果의 發生, 獨逸刑法 第113條에서 公務行爲의 適法性 등이 屬한다.

끝으로 犯人은 責任과 責任能力을 根據지우는 환경과 그리고 訴訟條件을 인식할 必要는 없다.

故意의 인식형식으로서 犯人은 행위시의 環境을 인식해야한다. 또한 單純한 나쁜 감정만으로는 充分하지 않다.

故意는 現實的 認識을 要求한다. 그러나 이러한 認識을 행위수행 시에 具體的으로 마음 속에 끊임없이 갖고 있을 必要는 없다.

獨逸刑法 第22條에 따라 未遂犯이 되려면 犯罪實行의 直接的인 着手의에 犯人의 想念이 決定的이다. 여기에서 故意는 未遂犯의 構成要件에 屬한다는

점은 獨逸에서 다름이 없다. 未遂犯에 있어서도 모든 客觀的構成要件要素는 故意에 의해서 把握되어야 한다.

教唆犯과 幫助犯도 한편으로 正犯이 故意로 행한 犯罪行爲의 根本的인 運轉을 알아야 한다. 다른 한편 教唆犯은 自己自身이 正犯으로 하여금, 그 行爲를 하게 했다는 것을 인식해야 하고, 幫助犯도 역시 그가 正犯의 行爲에 幫助했다는 것을 알아야 한다.