

# Der dolus alternativus

Von Dr. Yao Li, Potsdam\*

*Anlässlich der ersten ausdrücklich zum dolus alternativus ergangenen BGH-Entscheidung vom 14.1.2021 befasst sich dieser Aufsatz mit dieser umstrittenen Vorsatzkonstellation. Eine Lösung sollte nicht auf Tatbestands-, sondern Konkurrenzebene gefunden werden und einen eindeutigen Schuldanspruch zum Ziel haben. Der Aufsatz entwickelt das Konzept, dass entgegen dem BGH und der herrschenden Lehre in der Literatur grundsätzlich wegen einfacher, nicht tateinheitlicher Begehung bestraft werden sollte.*

## I. Einleitung

Beim dolus alternativus nimmt der Täter eine Handlung vor in der Gewissheit, dass er höchstens einen Tatbestand oder Erfolg verwirklichen kann, ohne jedoch zu wissen, welchen der mehreren für möglich gehaltenen Tatbestände oder Erfolge er verwirklicht. Das Kernproblem besteht darin, dass der Unrechtsgehalt scheinbar schwerer als bei einfachem Vorsatz, jedoch leichter als beim dolus cumulativus (auf mehrere kumulative Erfolge gerichteter Vorsatz) wiegt, das Gesetz in den §§ 52–55 StGB jedoch keine Rechtsfolge zwischen einfacher und tateinheitlicher Begehung vorsieht. Das Problem wird dadurch unübersichtlicher, dass verschiedene Fallgruppen betrachtet werden müssen: Der Täter kann zum einen in Bezug auf ein Objekt handeln, ohne zu wissen, welchen der vom Vorsatz umfassten (alternativen) Erfolge er bewirkt bzw. welche Merkmale das Tatobjekt erfüllt; Beispiele sind das Ansichnehmen einer fremden Sache, die sich entweder in fremdem Gewahrsam befindet oder dem Berechtigten verloren gegangen ist (gleichwertige Erfolge) oder ein schwerer Schlag gegen den Kopf eines Menschen, der entweder zum Tod oder zur Körperverletzung führt (ungleichwertige Erfolge). Zum anderen kann der Vorsatz auf mehrere (alternative) Objekte gerichtet sein, ohne dass der Täter weiß, bei welchem Objekt sich der Erfolg realisiert; Beispiel hierfür wäre ein unsicherer Schuss in eine Menschenmenge (gleichwertige Erfolge) oder eine Menge mit Menschen und (fremden, § 90a S. 3 BGB) Tieren (ungleichwertige Erfolge). In allen Konstellationen kann es zu einer Vollendung kommen oder nicht.

In einer BGH-Entscheidung aus dem Januar 2021<sup>1</sup> hatte der Angeklagte einen Hammer in Richtung zweier Personen geschwungen und eine Person verletzt, ohne zuvor zu wissen, welche der beiden Personen er treffen würde. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit versuchter gefährlicher Körperverletzung verurteilt; auf die Revision des Angeklagten hin hielt der 4. Strafsenat diese Verurteilung aufrecht. Dass der Angeklagte den Eintritt eines Körperverletzungserfolges bei nur

einem, nicht aber bei beiden Tatopfern für möglich hielt, stehe der Annahme von zwei bedingten Körperverletzungsvorsätzen nicht entgegen; es könne zudem offenbleiben, ob Tateinheit in allen Fällen des dolus alternativus bestehe oder in bestimmten Konstellationen das versuchte Delikt im Wege der Gesetzeskonkurrenz konsumiert werde. Mitsch weist zu Recht darauf hin, dass die Entscheidung bei zwölf (statt nur zwei) potentiellen Opfern „ein ungutes Gefühl“ geweckt hätte.<sup>2</sup> Da nur ein Vollendungsvorsatz in Bezug auf ein Opfer vorliege, sei der Täter nur wegen einer vollendeten Körperverletzung zu verurteilen, ohne dass § 52 StGB zur Anwendung komme. Nur bei verschiedenen schweren Tatbeständen und Vollendung des leichteren sei Versuch des schwereren Delikts in Tateinheit mit fahrlässiger Begehung des leichteren anzunehmen.

Ein Teil der Literatur nimmt ebenfalls nur *einen* Vorsatz an,<sup>3</sup> andere gehen von Idealkonkurrenz zwischen allen vom Vorsatz umfassten Delikten aus (so die h.L.),<sup>4</sup> wiederum

<sup>2</sup> Mitsch, NJW 2021, 798 f.

<sup>3</sup> M. Fischer, Wille und Wirksamkeit, 1993, S. 237–244 (bei nur einem Objekt); Joerden, ZStW 95 (1983), 565 (586 f., 589 f.); Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2021, § 15 Rn. 27.1; Kühl, JuS 1980, 273 (275); Lampe, NJW 1958, 332 (Anm. 11, 333); Mezger, in: Jagusch/Mezger (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 1957, § 59 Anm. II. 21. e); Nagler/Jagusch, in: Nagler/Jagusch/Mezger (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 1954, § 43 II.; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 4. Aufl. 1992, § 7 II. 4. c); Sackermann, Dolus alternativus, Kongruenz- und Konkurrenzproblem, 2003, S. 60 f. (für gleichwertige Objekte); Schefer/Kemper, HRRS 2021, 173 (174); Schneider, GA 1956, 257 (261); Schroeder, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl. 2003, § 16 Rn. 106; v. Buri, Ueber Causalität und deren Verantwortung, 1873, S. 35–37; Vogel/Bülte, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 15 Rn. 136; wohl auch Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 22 Rn. 20.

<sup>4</sup> Eisele, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 11 Rn. 56; M. Fischer (Fn 3), S. 236 f. (bei mehreren Objekten); T. Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 15 Rn. 18; Hillenkamp, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 46; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 8. Abschn. Rn. 33; Jeßberger/Sander, JuS 2006, 1065 (1067); Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 29 III. 4.; Joecks/Kulhanek, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 20; Puppe, in: Kind-

\* Die Verfasserin ist Akademische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Potsdam (Professor Dr. Georg Steinberg).

<sup>1</sup> BGH NJW 2021, 795; siehe dazu Mitsch, NJW 2021, 798; Schuster, NSStZ 2021, 422; Eisele, JuS 2021, 366; Kudlich, JA 2021, 339; Schefer/Kemper, HRRS 2021, 173; Böhm, FD-StrafR 2021, 436217.

andere lassen teilweise Delikte im Wege der Gesetzeinheit zurücktreten<sup>5</sup>. Im Ergebnis soll nach dem (versuchten oder vollendeten) schwersten Delikt,<sup>6</sup> leichtesten Delikt,<sup>7</sup> vollendeten Delikt<sup>8</sup> oder allen Delikten<sup>9</sup> bestraft werden.

## II. Bisherige BGH-Rechtsprechung

Zunächst ist festzuhalten: Anders als der 4. Senat behauptet<sup>10</sup> sind drei konsistente und im Ergebnis überzeugende BGH-Entscheidungen implizit zum dolus alternativus ergangen, von denen die aktuelle Entscheidung jedoch abweicht. 1989 hatte der 4. Senat einen Fall zu entscheiden, in dem der Angeklagte in fahruntüchtigem Zustand mit einem Pkw mit 20 km/h und Verletzungsvorsatz in eine Gruppe von Fußgängern gefahren war und dabei eine Person verletzt hatte. Der BGH beurteilte dies als gefährliche Körperverletzung in Tateinheit mit verschiedenen Straßenverkehrsdelikten.<sup>11</sup> Da der Angeklagte offenbar nicht hatte steuern können, welche Person er verletzt, lag – ohne dass der BGH dies ansprach –

---

häuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 3), § 15 Rn. 115 f.; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 14 Rn. 61; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 94; Schlehofer, Vorsatz und Tatabweichung, 1996, S. 173 f.; Stein, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 16 Rn. 58 f.; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 91.

<sup>5</sup> Gaede, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 28; Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 294; Sackermann (Fn. 3), S. 94–109 (für ungleichwertige Objekte); Satzger, JURA 2008, 112 (119); Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, Rn. 350–353; unklar Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 15 Rn. 29 (Vorsatz des schwereren Delikts ist maßgeblich).

<sup>6</sup> Joerden, ZStW 95 (1983), 565 (594–596); Kudlich (Fn. 3), § 15 Rn. 27.1; Kühl (Fn. 5), § 15 Rn. 29; Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, 22/27 (bei einem Objekt mit mehreren möglichen Merkmalen, wenn nicht bereits aus dem Erscheinungsbild ersichtlich, welches verwirklicht wurde); Otto (Fn. 3), § 7 II. 4. c); Schroeder (Fn. 3), § 16 Rn. 106; Silva-Sánchez, ZStW 101 (1989), 352 (379); v. Buri (Fn. 3), S. 35–37; Vogel/Bülte (Fn. 3), § 15 Rn. 136.

<sup>7</sup> Lampe, NJW 1958, 332 (Anm. 11, 333); Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 6. Aufl. 1983, 22/27 (bei einem Objekt mit mehreren möglichen Merkmalen, wenn nicht bereits aus dem Erscheinungsbild ersichtlich, welches verwirklicht wurde); Nagler/Jagusich (Fn. 3), § 43 II. (wenn keine Vollendung).

<sup>8</sup> Maurach/Zipf (Fn. 6), 22/27 (bei einem Objekt mit mehreren möglichen Merkmalen, wenn bereits aus dem Erscheinungsbild ersichtlich, welches verwirklicht wurde); Mezger (Fn. 3), § 59 Anm. II. 21. e); Schneider, GA 1956, 257 (261).

<sup>9</sup> Siehe oben Fn. 4.

<sup>10</sup> BGH NJW 2021, 795 (796).

<sup>11</sup> BGH JZ 1990, 297 f.

ein Fall des dolus alternativus vor;<sup>12</sup> die Tatsache, dass Feststellungen zu der Anzahl übriger potentieller Opfer für nicht notwendig erachtet wurden und auch nicht wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung bestraft wurde, lässt vielmehr darauf schließen, dass der BGH im Fall von mehreren gleichwertigen Erfolgen nur wegen eines vollendeten Delikts bestraft.

1992 hielt der BGH die Verurteilung eines Angeklagten durch das Landgericht „u.a. wegen versuchten Totschlags“ aufrecht.<sup>13</sup> Der Angeklagte hatte in mehreren Fällen jeweils mit einer Pistole in Tötungsabsicht auf eine Person in einem gut besuchten Lokal gezielt, stattdessen jedoch einen Unbeteiligten verletzt, was er billigend in Kauf genommen hatte. Geht man davon aus, dass plausiblerweise jeweils auch wegen tateinheitlich vollendeter Körperverletzung verurteilt wurde und der Angeklagte nur die Verletzung, nicht jedoch den Tod Unbeteiligter in Kauf genommen hatte,<sup>14</sup> hat der BGH (wiederum implizit) in dem Fall des dolus alternativus mit ungleichwertigen Erfolgen, bei dem der mildere Erfolg verwirklicht wurde, tateinheitlich Versuch und Vollendung angenommen.

In einem Fall aus dem Jahr 2009 hatte der Angeklagte mit einem Beil eine Person töten wollen, jedoch eine unter der anvisierten Person liegende andere Person tödlich getroffen, was der Angeklagte auch billigend in Kauf genommen hatte. Der BGH hielt die Verurteilung wegen vollendeten Totschlags aufrecht (auch wenn er von einer aberratio ictus ausging, die jedoch ausscheidet, da der Täter vorsätzlich hinsichtlich der getroffenen Person gehandelt hatte<sup>15</sup>), ohne eine Versuchsstrafbarkeit hinsichtlich der eigentlich anvisierten Person zu prüfen.<sup>16</sup> Hier hat der BGH also ebenfalls – wenn auch erneut nicht ausdrücklich – bei gleichwertigen Erfolgen nur wegen einer vollendeten Tat bestraft.

Im Ergebnis hat der BGH faktisch bereits drei Fälle zum dolus alternativus entschieden, ohne die Vorsatzkonstellation ausdrücklich zu benennen oder eine abstrakte Lösung herzuweisen. Da diese Entscheidungen eher „zufällig“ zum richtigen Ergebnis gekommen zu sein scheinen, kann von einer gefestigten Rechtsprechung zwar nicht die Rede sein. Dennoch wäre es wünschenswert gewesen, dass sich der 4. Senat im

---

<sup>12</sup> So auch Joerden, JZ 1990, 297 (298); Schmitz, ZStW 112 (2000), 301 (317).

<sup>13</sup> BGHSt 38, 353.

<sup>14</sup> Schmitz, ZStW 112 (2000), 301 (318, 329 f.), geht scheinbar von einem alternativen Tötungsvorsatz aus.

<sup>15</sup> So auch Böhm, FD-StrafR 2021, 436217; v. Heintschel-Heinegg, JA 2009, 149; ähnlich Schuster, NStZ 2021, 422, wonach der BGH hier die Konstellation des dolus alternativus wohl übersehen hat.

<sup>16</sup> BGH NStZ 2009, 210. Die hierin zitierte Entscheidung aus dem Jahr 1986 (BGHSt 34, 53) hatte tatsächlich einen Fall der aberratio ictus zum Gegenstand (Angeklagter fährt mit Tötungsvorsatz auf eine Person zu, diese springt zur Seite und die dahinterstehende Person wird unvorsätzlich verletzt), sodass der BGH zu Recht einen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr in Tateinheit mit versuchtem Totschlag und fahrlässiger Körperverletzung als erfüllt ansah.

Januar 2021 mit diesen Entscheidungen auseinandergesetzt hätte.

### III. Die Behandlung des dolus alternativus

#### 1. Mehrere Vorsätze auf Tatbestandsebene

Geht man systematisch an die Fragestellung heran, so ist zunächst festzustellen, dass der Vorsatz bezogen auf sämtliche versuchte oder vollendete Delikte vorliegt und alternativ vom Vorsatz umfasste Delikte nicht bereits auf Tatbestandsebene ausscheiden. Vorsatz, nach der herrschenden Kurzformel das „Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung“,<sup>17</sup> sollte (entgegen normativierenden und objektivierenden Tendenzen insbesondere bei der Abgrenzung zur Fahrlässigkeit)<sup>18</sup> weiterhin als psychologischer Begriff verstanden werden, wonach er die innere Einstellung des Täters zum (vorgestellten) Taterfolg beschreibt<sup>19</sup>. Der Vorsatzbegriff als innere Tatsache<sup>20</sup> sollte eng an die psychologische Realität gebunden sein, auch wenn er als juristischer Begriff nicht völlig wertfrei sein kann.<sup>21</sup> Vorzugswürdig ist es also, mit Handlung und Vorsatz als Teil des Tatbestandes isoliert die Willensbetätigung im Verhältnis zu jedem einzelnen vorgestellten Erfolg zu beschreiben. Rein psychologisch erkennt der Täter bei dolus alternativus mehrere alternative Erfolgsmöglichkeiten und nimmt jeden einzelnen der potentiellen Vollendungserfolge zumindest in Kauf; das ist Voraussetzung dafür, um Vorsatz hinsichtlich jedes einzelnen (potentiellen) Tatbestands anzunehmen.<sup>22</sup> Die normative Bewertung der Tatsache, dass die Erfolge nicht gleichzeitig verwirklicht werden sollten und konnten, sollte nicht bereits auf

Vorsatzebene stattfinden, sondern betrifft die Strafwürdigkeit des Täters entsprechend dem Unrechtsgehalt seiner Tat, ist also eine klassische Frage der Konkurrenzen. Vergleichbar besteht auch bei einem vorsätzlich verwirklichten Qualifikationstatbestand zweifellos Vorsatz sowohl hinsichtlich des Grunddelikts als auch hinsichtlich des qualifizierten Delikts; dass letztlich nur aus dem spezielleren qualifizierten Delikt bestraft wird, entscheidet sich nicht auf Vorsatz-, sondern auf Konkurrenzebene. Auch der BGH ging in seiner Entscheidung aus dem Januar 2021 überzeugend davon aus, dass bedingt vorsätzliches Handeln voraussetzt, „dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt, weiter, dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Ziels willen mit der Tatbestandsverwirklichung zumindest abfindet“, und dass diese Voraussetzungen beim Angeklagten hinsichtlich beider potentieller Opfer erfüllt sind. Solange nicht ein Erfolgseintritt mit Sicherheit erwartet wird, schließen sich mehrere Eventualvorsätze, auch wenn sie auf sich gegenseitig ausschließende Erfolge gerichtet sind, auch nicht denklogisch aus.<sup>23</sup>

Daher überzeugen Ansätze nicht, die bei dolus alternativus nur einen Vorsatz verwirklicht sehen.<sup>24</sup> Einige stellen dabei explizit auf das vermeintlich nur einfach vorhandene Wissensselement ab (der Täter, der wisse, dass allenfalls ein Erfolg eintreten werde, habe auch nur einen Vorsatz<sup>25</sup>); andere stellen mit der Begründung, dass „der Wille des Handelnden [...] auch nur in seiner Richtung nach einem Erfolge strafrechtlich in Betracht gezogen werden kann“, das Willenselement in den Vordergrund.<sup>26</sup> Angelehnt an den kausalen Handlungsbegriff sei der Vorsatz Teil der Erfolgsverursa-

<sup>17</sup> Vgl. nur *Vogel/Bülte* (Fn. 3), § 15 Rn. 75.

<sup>18</sup> Für eine Normativierung bzw. einen normativen Ersatz des voluntativen Elements insbesondere *Puppe* (Fn. 4), § 15 Rn. 64–83; siehe auch *Bung*, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 190 f.; *Vogel*, GA 2006, 386 (388); *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 12 Rn. 30 f. Für eine Normativierung des kognitiven Elements insbesondere *Jakobs*, ZStW 101 (1989), 516 (530); *ders.*, ZStW 114 (2002), 584; siehe auch *Lesch*, JA 1996, 346 (352); *Hsu*, „Doppelindividualisierung“ und Irrtum, 2007, S. 128–139, 221 f.; *Heuchemer*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, 2004, S. 62 ff., 264 ff., 353 ff.; *Pawlik*, Person, Subjekt und Bürger, 2004, S. 85 f.

<sup>19</sup> Vgl. *T. Fischer* (Fn. 4), § 15 Rn. 12; *Kühl* (Fn. 5), § 15 Rn. 31. Eingehend gegen eine Normativierung des kognitiven Elements *Gaede*, ZStW 121 (2009), 239 (255–280); siehe auch *Roxin*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 243. Nach *T. Fischer* (Fn. 4), § 15 Rn. 13, beschreibt die durch die Rechtsprechung vorgenommene „Gesamtwürdigung“ der objektiven und subjektiven Tatumstände als eine „Normativierung des in der Terminologie weiterhin psychologisierenden Ansatzes“ (*Hervorhebung im Original*).

<sup>20</sup> *T. Fischer* (Fn. 4), § 15 Rn. 3.

<sup>21</sup> *Vogel/Bülte* (Fn. 3), § 15 Rn. 68; so auch zum Begriff der „Entscheidung“ *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 12 Rn. 30.

<sup>22</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 5), Rn. 352; ähnlich *Stein* (Fn. 4), § 16 Rn. 60.

<sup>23</sup> BGH NJW 2021, 795 (796); ähnlich *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 12 Rn. 94; *Schuster*, NSTZ 2021, 422.

<sup>24</sup> *Heinrich* (Fn. 5), Rn. 294 (bei gleichwertigen Objekten; der Alternativvorsatz sei „verbraucht“); *Kudlich* (Fn. 3), § 15 Rn. 27.1 (Vorsatz hinsichtlich des schwersten Delikts; anderes Objekt ist damit hinsichtlich des Vorsatzes „abgegolten“); *Mitsch*, NJW 2021, 798 f. (nur ein Vollendungsvorsatz gegeben); *Nagler/Jagusch* (Fn. 3), § 43 II. (Versuch hinsichtlich des mildesten Delikts wegen „in dubio mitius“, wenn keine Vollendung; Versuch/Vollendung hinsichtlich des getroffenen Objekts); *Schroeder* (Fn. 3), § 16 Rn. 106 („Es geht daher nicht an, ihm beide Tatbestandsverwirklichungen als vorsätzlich zuzurechnen.“; Vorsatz hinsichtlich des schwersten Delikts); *Vogel/Bülte* (Fn. 3), § 15 Rn. 136 (differenzierend); *Zaczyk* (Fn. 3), § 22 Rn. 20 (Vorsatz hinsichtlich des vollendeten Delikts; sonst Versuch des schwerer wiegenden Erfolgs und Wahlfeststellung bei gleichrangigen Erfolgen).

<sup>25</sup> *Kühl*, JuS 1980, 273 (275, Vorsatz hinsichtlich des schwersten Delikts); *Otto* (Fn. 3), § 7 II. 4. c) (Vorsatz hinsichtlich des schwersten Delikts).

<sup>26</sup> v. *Buri* (Fn. 3), S. 35–37 (Vorsatz hinsichtlich des schwersten Delikts); ähnlich auch *Lampe*, NJW 1958, 332 (Anm. 11, 333, Vorsatz hinsichtlich des mildesten Delikts wegen „in dubio mitius“); *Mezger* (Fn. 3), § 59 Anm. II. 21. e) (Vorsatz hinsichtlich des vollendeten Delikts; unklar, wenn keines vollendet); *Schneider*, GA 1956, 257 (261, Vorsatz hinsichtlich des vollendeten Delikts).

chung; aus dem verursachten Erfolg bzw. der vorgestellten Verursachungsmöglichkeit wird ex post auf den zugrundeliegenden Vorsatz geschlossen.<sup>27</sup> Die Auffassungen, die nur den Vorsatz hinsichtlich des vollendeten Delikts bejahen, d.h. nur die tatsächlich eingetretene Vollendung als maßgeblich erachten,<sup>28</sup> stellen jedoch übermäßig auf das Erfolgsunrecht ab.<sup>29</sup> Dass der Vorsatz stets die Vollendung der Tat umfassen muss,<sup>30</sup> steht der Annahme von mehreren Vorsätzen nicht entgegen, denn im Zeitpunkt der Tathandlung, und allein darauf kommt es an, hält der Täter jede einzelne Vollendung für möglich. Dass der Täter es bei allen Opfern auch für möglich hält, dass der Erfolg bei diesem nicht eintritt, schließt den Eventualvorsatz nicht aus. Aus dem letztlich eingetretenen Erfolg kann nicht im Nachhinein geschlossen werden, dass auch nur diesbezüglich Vollendungsvorsatz bestand. Auch bezieht sich der Vorsatz jeweils auf einen bestimmten tatbestandsmäßigen Erfolg, ist also auch hinreichend tatbestands- und erfolgsspezifisch; das Alternativverhältnis durchbricht zudem nicht die Kongruenz zwischen subjektivem und objektivem Tatbestand mit der Folge, dass nur ein Vorsatz „zugerechnet“ werden könne,<sup>31</sup> da in Bezug auf jedes Opfer/jeden Erfolg ein mit dem objektiven Tatbestand korrespondierender Vorsatz vorliegt. Der Täter richtet den Alternativvorsatz während der Tathandlung gerade gegen mehrere Rechtsgutsobjekte bzw., wenn nur ein Objekt betroffen ist, auf unterschiedliche Erfolge.<sup>32</sup>

Aus dem Grund ist auch der logisch-analytische Ansatz angreifbar, wonach beim dolus alternativus stets nur ein Vorsatz bejaht werden kann, da der Täter nur einen Erfolgseintritt für möglich halte und beide Erfolge sich einander aus-

schließen; jede Tat mit alternativem Vorsatz könne dabei aus verschiedenen (einander ausschließenden) „Perspektiven“ beurteilt werden, wobei jede Perspektive den Vorsatz auf die Verwirklichung eines der vom alternativen Vorsatz erfassten Erfolge bezieht.<sup>33</sup> Dieser technische Zugriff auf den Vorsatz rückt ebenfalls vom psychologischen Verständnis ab. Dass stets nach der „Perspektive“ bestraft werden soll, die den insgesamt höheren Strafraum eröffnet, oder bei gleich scharfen Strafraum ein „Entweder-Oder-Tenor“ zu wählen sei,<sup>34</sup> bleibt dogmatisch unbegründet. Dadurch, dass der Vorsatz nur auf einen Erfolg bezogen werden kann, werden nach dieser Ansicht teilweise Delikte wegen fahrlässiger Begehung bestraft (so soll z.B., wenn der Täter entweder Mensch oder Hund töten will und den Menschen trifft, aus einer „Perspektive“ wegen versuchter Sachbeschädigung und fahrlässiger Tötung bestraft werden können)<sup>35</sup>; Fahrlässigkeit für sich allein spiegelt jedoch nicht den Unrechtsgehalt der Tötung, insbesondere nicht das massive Handlungsunrecht wider; gleichzeitig liegt der Vorwurf nicht in einer Sorgfaltspflichtverletzung.

Ebenso wenig überzeugt es, Unrecht – wesentlich auf der personalen Unrechtslehre aufbauend – als die Verletzung eines Anerkennungsverhältnisses zu definieren<sup>36</sup> und nur einen Vorsatz anzunehmen, wenn der dolus alternativus nur gegen ein Objekt mit verschiedenen potentiellen Merkmalen/Erfolgen gerichtet ist, da lediglich ein Anerkennungsverhältnis verletzt sei, sodass bereits auf Ebene des (sozialen) Handlungsbegriffs die Verwirklichung weiterer Delikte ausscheide.<sup>37</sup> Nur auf die „soziale Wirksamkeit“ abzustellen<sup>38</sup> und bereits „die Gesamtwirklichkeit der Handlung, die Gestaltungsmacht des Täters“<sup>39</sup> wertend im Tatbestand zu berücksichtigen, lässt sich nämlich schwer mit dem psychologischen Verständnis von Vorsatz vereinbaren; der Unrechtsgehalt der Tat insgesamt beeinflusst nicht die psychische Beziehung des Täters zu den einzelnen Erfolgen. Im Ergebnis sollte daher der Vorsatz, auch wenn der Unrechtsgehalt der Tat beim dolus alternativus in den meisten Fällen im Vergleich zum dolus cumulativus reduziert ist, nicht bereits auf

<sup>27</sup> Siehe z.B. *Mezger* (Fn. 3), § 59 Anm. II. 21. e): „Diese [Eindeutigkeit des Willensinhalts, Anm. *Y.L.*] wird erst durch die wirkliche (objektive) Rechts- und Sachlage (wie sie z.Z. der Handlung bestand) oder durch den Ablauf des Kausalprozesses herbeigeführt; welcher der alternierenden Erfolge auch immer Gestalt gewinnt, er ist gewollt gewesen [...]“. Ähnlich *Zaczyk* (Fn. 3), § 22 Rn. 20: „Da es primär um Wille und Wirksamkeit geht, kann im Fall eines Treffers [...] nur der verwirklichte Vorsatz entscheidend sein. [E]inem wirklichen Vollzug kann nicht ein wirkmächtiger zweiter beigesellt, sondern nur begedacht werden.“ Vgl. auch *M. Fischer* (Fn. 3), S. 108–110.

<sup>28</sup> *Mezger* (Fn. 3), § 59 Anm. II. 21. e); *Nagler/Jagusch* (Fn. 3), § 43 II.; *Schefer/Kemper*, HRRS 2021, 173 (174–176), die u.a. auf die Erforderlichkeit eines unbedingten Tatentschlusses abstellen, der hier, da nur von äußeren Umständen abhängig, vorliegt; *Schneider*, GA 1956, 257 (261); ähnlich auch *Mitsch*, NJW 2021, 798 f.

<sup>29</sup> So schon *Schroeder* (Fn. 3), § 16 Rn. 106; *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (588); ähnlich die Kritik am kausalen Handlungsbegriff *Renzikowski*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 5), § 13 Rn. 63.

<sup>30</sup> *Mitsch*, NJW 2021, 798 (799).

<sup>31</sup> So *Schefer/Kemper*, HRRS 2021, 173 (174).

<sup>32</sup> *M. Fischer* (Fn. 3), S. 155; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 4), § 15 Rn. 91; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 5), Rn. 350; ähnlich *Jeßberger/Sander*, JuS 2006, 1065 (1067).

<sup>33</sup> *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (586 f., 589 f.); ihm folgend *Silva-Sánchez*, ZStW 101 (1989), 352 (379).

<sup>34</sup> *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (594–596). Zum „alternativen“ Tenor siehe unten III. 2.

<sup>35</sup> Beispielsweise soll, wenn der Täter entweder Mensch oder Hund töten will und den Menschen trifft, aus einer „Perspektive“ wegen versuchter Sachbeschädigung und fahrlässiger Tötung bestraft werden können, *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (593, der im Ergebnis eine Bestrafung aus der anderen, weil schärferen „Perspektive“ wegen vollendeten Totschlags befürwortet). Ähnlich *Mitsch*, NJW 2021, 798, der für den umgekehrten Fall, dass der mildere Erfolg verwirklicht wird (z.B. vollendete Körperverletzung, versuchter Totschlag), versuchten Totschlag in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung vorschlägt.

<sup>36</sup> *M. Fischer* (Fn. 3), S. 181–222.

<sup>37</sup> *M. Fischer* (Fn. 3), S. 236–244, insbesondere S. 242.

<sup>38</sup> *M. Fischer* (Fn. 3), S. 223.

<sup>39</sup> So jedoch *M. Fischer* (Fn. 3), S. 202.

Tatbestandsebene abgelehnt, sondern zunächst in Bezug auf jeden einzelnen vorgestellten Erfolg bejaht werden.

## 2. Eindeutiger Unrechtsgehalt im Schuldspruch

Beim dolus alternativus werden durch eine natürliche Handlung mehrere gleichartige oder ungleichartige Tatbestände verwirklicht. Im zweiten Schritt ist daher zu entscheiden, ob alle Delikte in Tateinheit (§ 52 StGB) in den Schuldspruch aufgenommen oder manche im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt werden. Eine materiell-rechtliche Bewertung erübrigt sich auch nicht durch die prozessuale Möglichkeit, das Verfahren nach § 154a StPO einzuschränken,<sup>40</sup> denn eine solche Einstellung setzt bereits voraus, dass die einzustellende Gesetzesverletzung zumindest in Tateinheit begangen wurde, also nicht bereits im Wege der Gesetzeskonkurrenz entfallen ist.<sup>41</sup>

Die Aufgabe der Gesetzeskonkurrenz besteht, im Sinne des übergeordneten Grundgedankens der Konkurrenzlehre, nämlich dem aus dem Schuldprinzip und § 46 Abs. 3 StGB folgenden Mehrfachverwertungsverbot und Ausschöpfungsgebot,<sup>42</sup> in der Korrektur von Überschneidungen der gesetzlichen Tatbestände im Interesse einer eindeutigen rechtlichen Bewertung.<sup>43</sup> Gesetzeskonkurrenz liegt vor, wenn der Unrechts- und Schuldgehalt einer Handlung durch einen von

mehreren dem Wortlaut nach anwendbaren Straftatbeständen erschöpfend erfasst wird.<sup>44</sup> Wird also das Unrecht eines alternativ vom Vorsatz umfassten Delikts vollständig durch ein schwereres Delikt abgebildet, sollte es im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt werden und nicht mehr im Schuldspruch erscheinen.<sup>45</sup>

Auch wenn Gesetzeskonkurrenz individuell durch Auslegung ermittelt werden muss<sup>46</sup> und im Einzelnen etwa umstritten ist, ob sie nur zwischen identischen Rechtsgütern vorliegen kann,<sup>47</sup> ist der Fokus auf den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat maßgeblich. Dies gilt für alle von der h.L. anerkannten Fallgruppen: Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion.<sup>48</sup> Zwar besteht im Detail über die Definitionen und die Abgrenzung voneinander ebenfalls Uneinigkeit,<sup>49</sup> doch ist im Ergebnis die genaue Terminologie unerheblich, da alle Fallgruppen dieselbe Rechtsfolge haben: Eine Verdrängung aus dem Schuldspruch.<sup>50</sup> Geht man dennoch auf die Fallgruppen ein, ist unproblematisch, dass Spezialität nur bei begriffslgischem Vorrang<sup>51</sup> des schwereren Delikts in Frage kommt (Beispiel: Der Täter schlägt das Opfer auf einem Auge blind, hat dabei mit einfacher Verletzung oder Verlust des Sehvermögens gerechnet; hier ist die schwere Körperverletzung spezieller als die einfache). Größtenteils wird für den dolus alternativus jedoch Konsumtion angenommen; das verwirklichte Unrecht sei damit „abgegolten“<sup>52</sup>. Zwar erscheint die flexible, normative Herangehensweise der Konsumtion angemessen zur Beantwortung der Frage, ob der Unrechtsgehalt eines alternativ vorsätzlich verwirklichten Delikts von einem anderen Delikt umfasst ist. Problematisch ist jedoch, dass der

<sup>40</sup> So für Einzelfälle *Sternberg-Lieben/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 15 Rn. 91; *Schuster*, NSTZ 2021, 422 (423); eine Anwendung des § 154a StPO in Fällen der Konsumtion ziehen in Betracht *Kargl/Rüdiger*, NSTZ 2002, 202 (203); *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, S. 269 f.

<sup>41</sup> *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 63. Aufl. 2020, § 154a Rn. 6; *Teßmer*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 154a Rn. 17.

<sup>42</sup> Ausführlich *El-Ghazi*, Revision der Konkurrenzlehre, 2020, S. 72–118. Siehe auch BGHSt 39, 100 (109); 44, 196 (201); *Fahl*, Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe, 1996, S. 240–244; *Jakobs* (Fn. 4), 31. Abschn. Rn. 12; *Kindhäuser*, JZ 1997, 101 (102); v. *Heintschel-Heinegg*, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 131 (135–138).

<sup>43</sup> *Jakobs* (Fn. 4), 31. Abschn. Rn. 11; *Lenckner*, JR 1978, 424 (425); *Rissing-van Saan*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, § 52 Rn. 107 f.; *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 40), Vor §§ 52 ff. Rn. 102; *Vogler*, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 715 (721 f.); v. *Heintschel-Heinegg*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vor § 52 Rn. 19; siehe auch *Puppe* (Fn. 40), S. 20; *dies.* (Fn. 4), Vor § 52 Rn. 2–4. Siehe zur Klarstellungsfunktion des Schuldspruchs/der Tateinheit *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 40), § 52 Rn. 2; *Deiters*, Strafzumessung bei mehrfach begründeter Strafbarkeit, 1999, S. 92–94.

<sup>44</sup> BGHSt 39, 100 (108); 44, 196 (198); 46, 24 (25); *Rissing-van Saan* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 107; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 33 Rn. 170.

<sup>45</sup> A.A. z.B. *Stein* (Fn. 4), § 16 Rn. 60, wonach die Unrechtsgehalte nicht in einem logischen oder normativem Inklusionsverhältnis stehen.

<sup>46</sup> *Roxin* (Fn. 44), § 33 Rn. 174.

<sup>47</sup> So BGHSt 39, 100 (108); 46, 24 (26); a.A. z.B. v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 20.

<sup>48</sup> Herrschende Lehre nach *Klug*, ZStW 68 (1956), 399, vgl. *T. Fischer* (Fn. 4), Vor § 52 Rn. 40; *Jäger*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, Vor § 52 Rn. 85; *Rissing-van Saan* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 111; *Roxin* (Fn. 44), § 33 Rn. 175; hingegen „dogmatisch verlässliche Unterscheidungskriterien“ verneinend v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 33. A.A. *Puppe* (Fn. 40), S. 355–357; *dies.* (Fn. 4), Vor § 52 Rn. 5 (Subsidiarität und Konsumtion sind Idealkonkurrenz, nur Spezialität ist Gesetzeseinheit).

<sup>49</sup> Siehe z.B. *Roxin* (Fn. 44), § 33 Rn. 176–226.

<sup>50</sup> *Roxin* (Fn. 44), § 33 Rn. 176.

<sup>51</sup> *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 40), Vor §§ 52 ff. Rn. 104, 105.

<sup>52</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 5), Rn. 350; siehe auch *Sackermann* (Fn. 3), S. 105–109 (für „Alternativität“ als neue Form der Gesetzeseinheit); *Maurach/Zipf* (Fn. 6), 22/27; in den Raum gestellt von BGH NJW 2021, 795 (796 f.); sehr zurückhaltend *Joecks/Kulhanek* (Fn. 4), § 16 Rn. 20.

Grund für die Verdrängung die „Sperrwirkung des Regeltatbilds“ ist, also das verdrängte Delikt ein empirisch regelmäßig oder normativ typischerweise mitverwirklichtes Delikt sein soll,<sup>53</sup> was bei alternativ vom Vorsatz umfassten Delikten meistens nicht der Fall ist, insbesondere nicht, wenn unterschiedliche Rechtsgutsträger betroffen sind. Es dürfte auch schwer feststellbar sein, dass der Täter typischerweise erkennt, dass der gewollte Erfolg anders ausfallen oder einen anderen treffen kann; insbesondere müsste der *dolus alternativus* dann eine häufigere Konstellation als der *dolus cumulativus* und die *aberratio ictus* sein.

Näher dürfte daher eine Verdrängung wegen materieller Subsidiarität liegen, wenn der Unrechtsgehalt des alternativ verwirklichten Vorsatzes vollständig durch die Bestrafung wegen eines anderen Delikts abgedeckt wird. Für die h.M. stehen bei der materiellen Subsidiarität zwar zwei Fallgruppen im Vordergrund (verschiedene Stadien eines Angriffs oder verschieden intensive Arten eines Angriffs auf dasselbe Rechtsgut),<sup>54</sup> die beim *dolus alternativus* regelmäßig nicht gegeben sind. Allerdings dient die materielle Subsidiarität ebenso wie die Spezialität der Vermeidung von Mehrfachbestrafung<sup>55</sup> und erfordert neben abstrakten Vergleichen auch eine individuelle Bewertung<sup>56</sup>. In problematischen Unterfallgruppen der materiellen Subsidiarität geht es stets entscheidend um die Frage, ob eigenes Unrecht verwirklicht wurde und eine Verdrängung aus Klarstellungsgründen ausscheidet.<sup>57</sup> Daher beschreibt materielle Subsidiarität die Beziehung der alternativ vorsätzlichen Delikte zum verdrängenden Delikt wohl am treffendsten, sofern die subsidiären Delikte keinen eigenen Unrechtsgehalt im Schuldspruch verdeutlichen. Dies ermöglicht eine Unterscheidung von *dolus alternativus* und *dolus cumulativus* im Schuldspruch, da im letzteren Fall alle vom Vorsatz umfassten Delikte in Tateinheit zueinander stehen.

Liegt keine Gesetzeskonkurrenz vor, weil nur mehrere alternativ vom Vorsatz umfasste Deliktsverwirklichungen den Unrechtsgehalt der Tat komplett abbilden, so lautet der Schuldspruch auf tateinheitliche Begehung und es wird nach § 52 Abs. 1 StGB „nur auf eine Strafe erkannt“. Der Unterschied zwischen Gesetzeskonkurrenz und Tateinheit darf sodann nicht dadurch nivelliert werden, dass verdrängte Delikte bei der Strafzumessung strafschärfend wieder berück-

sichtigt werden.<sup>58</sup> Soll der Schuldspruch das Unrecht eindeutig erfassen und ist gleichzeitig der Unrechtsumfang maßgeblich für die Strafzumessung,<sup>59</sup> dann darf sich die Strafe auch nur an den im Schuldspruch erfassten Delikten orientieren und muss im Wege der Gesetzeseseinheit verdrängte Delikte außer Betracht lassen<sup>60</sup>; gleichzeitig sollte jedes im Schuldspruch aufgeführte Delikt auch Auswirkung auf die Strafzumessung haben.

Darüber hinaus sind Schuldsprüche wegen alternativer Begehung („Der Angeklagte hat sich wegen einander ausschließender Begehung [...] strafbar gemacht.“)<sup>61</sup> oder ein „Entweder-Oder-Tenor“<sup>62</sup> abzulehnen. Zwar besteht strukturell scheinbar eine der echten Wahlfeststellung ähnliche Konstellation der Alternativität mit dem Unterschied, dass sich die Alternativität auf Rechts- und nicht auf Tatsachenebene abspielt.<sup>63</sup> Allerdings ist bereits bei der echten Wahlfeststellung die alternative Tenorierung kritisch zu sehen, da diese (täterbelastende) Rechtsfolge nicht in den §§ 52–55 StGB vorgesehen ist und sich dies zulasten der Rechtssicherheit auswirkt.<sup>64</sup> Die Konstellation des *dolus alternativus* lässt sich darüber hinaus mit den herkömmlichen Konkurrenz- und Strafzumessungsregeln lösen. Zudem besteht bei alternativem Vorsatz weder auf Tatsachen- noch auf Rechteebene Unsicherheit; vielmehr stellt sich der Täter nur etwas Unsicheres vor. Der Inhalt dieser Vorstellung sowie der (Nicht-)Erfolg können wiederum zweifelsfrei festgestellt werden, sodass es im Ergebnis keiner alternativen Tenorierung bedarf.<sup>65</sup>

<sup>58</sup> So jedoch die Tendenz in der Praxis, vgl. kritisch *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 40), Vor §§ 52 ff. Rn. 103, 144.

<sup>59</sup> Siehe *Rissing-van Saan* (Fn. 43), § 52 Rn. 53.

<sup>60</sup> *Erb*, ZStW 117 (2005), 37 (82); *Satzger*, JR 1999, 203 (204); *Warda*, JuS 1964, 81 (92 f.); v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 62, 64; im Ergebnis ebenso für die meisten Fälle der Gesetzeseseinheit *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 40), Vor §§ 52 ff. Rn. 144; *Puppe*, GA 1982, 143 (161 f.), geht im Ausgangspunkt ebenso davon aus, wertet jedoch aus diesem Grund nur die begriffslogisch zwingende Spezialität als Gesetzeseseinheit, hingegen Konsumtion und Subsidiarität jeweils als Idealkonkurrenz, um konsumierte und subsidiäre Delikte bei der Strafzumessung berücksichtigen zu können. Anders die ständige Rechtsprechung BGHSt 1, 152 (155 f.); 6, 25 (27); 19, 188 (189); ebenso für bestimmte Fälle *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), § 69 III. 3.; *Roxin* (Fn. 44), § 33 Rn. 241 f.; *Jakobs* (Fn. 4), 31. Abschn. Rn. 38 f.

<sup>61</sup> *Schmitz*, ZStW 112 (2000), 301 (323).

<sup>62</sup> *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (596); siehe auch *Vogel/Bülte* (Fn. 3), § 15 Rn. 136 (Wahlfeststellung bei allseitig bedingtem Vorsatz); *Zaczyk* (Fn. 3), § 22 Rn. 20 (Wahlfeststellung bei gleichrangigen Versuchen).

<sup>63</sup> So *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (594).

<sup>64</sup> *Freund/Rostalski*, JZ 2015, 164; *Kotsoglu*, ZStW 127 (2015), 334. Der 2. Senat hielt in BGH NStZ 2014, 392, die echte Wahlfeststellung für verfassungswidrig, wohingegen der Große Senat und das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit bejahen (BGHSt 62, 164; BVerfG NJW 2019, 2837).

<sup>65</sup> Ähnlich *Stein* (Fn. 4), § 16 Rn. 60.

<sup>53</sup> v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 25, 49 f.

<sup>54</sup> Vgl. *Rissing-van Saan* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 148; *Roxin* (Fn. 44), § 33 Rn. 199–212; *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 40), Vor §§ 52 ff. Rn. 109; v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 46; *Warda*, JuS 1964, 81 (91). Ablehnend *Puppe* (Fn. 4), Vor § 52 Rn. 25, die Fälle der sog. „Erfolgeseinheit“ als Idealkonkurrenz betrachtet.

<sup>55</sup> v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 30.

<sup>56</sup> Siehe auch *Rissing-van Saan* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 148; v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 43), § 52 Rn. 31.

<sup>57</sup> Vgl. z.B. *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 40), Vor §§ 52 ff. Rn. 112–115. Vgl. auch *Schefer/Kemper*, HRRS 2021, 173 (177).

#### IV. Fallgruppen des dolus alternativus

Löst man also Fälle des dolus alternativus systematisch, dann besteht zunächst hinsichtlich aller Erfolge, die sich der Täter vorgestellt und in Kauf genommen hat, Vorsatz. Damit verwirklicht der Täter mit einer Handlung entweder mehrere versuchte Delikte oder ein vollendetes Delikt neben einem oder mehreren versuchten Delikt(en). Es macht dabei keinen Unterschied, ob ein Objekt oder mehrere Objekte betroffen sind. Im Ergebnis darf der Schuldspruch allerdings nur die Delikte enthalten, die den Unrechtsgehalt vollständig reflektieren. Der Unrechtsgehalt der Tat, die von vornherein nur einen Erfolg realisieren sollte, wird in den meisten Fällen bereits durch eine Bestrafung nach dem schwersten vorsätzlichen Delikt abgebildet, das die leichteren Delikte verdrängt.

##### 1. Mehrere gleiche Delikte, keine Vollendung

Schießt beispielweise ein Täter erfolglos mit Tötungsvorsatz einmal in eine Menschenmenge, ohne zu wissen, ob er trifft und wenn ja, wen er trifft, so hat der Täter zwar versuchten Totschlag in Bezug auf jeden einzelnen Menschen in der Menge, den er meinte treffen zu können, begangen; jedoch hat er, da er nur einen Erfolg realisieren wollte, lediglich das Unrecht eines versuchten Totschlags verwirklicht und sollte dementsprechend bestraft werden (ohne dass es im Schuldspruch darauf ankäme, auf welchen Menschen bezogen); alle übrigen Versuche treten als materiell subsidiär dahinter zurück.<sup>66</sup>

##### 2. Mehrere gleiche Delikte, davon eines vollendet

Trifft der Täter in der obigen Konstellation eine Person, so hat der Täter zunächst einen vollendeten Totschlag hinsichtlich der getroffenen Person sowie versuchten Totschlag hinsichtlich aller restlichen Menschen, die er meinte treffen zu können, verwirklicht.<sup>67</sup> Entgegen der Ansicht des BGH im Januar 2021<sup>68</sup> wurde, da Vorsatz und Erfolg insgesamt nur einen Menschen betrafen, lediglich das Unrecht eines vollendeten Totschlags verwirklicht und sollte dementsprechend der Schuldspruch nur einen vollendeten Totschlag enthalten; alle übrigen Versuche treten als materiell subsidiär dahinter zurück. Dagegen spricht auch nicht, dass höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Rechtsgutsträger betroffen sind; insbesondere hat der Täter dadurch keine „größere Tatschuld auf sich geladen“,<sup>69</sup> da sich genau die eine vorsätzlich gesetzte Gefahr hinsichtlich eines Rechtsgutsträgers realisiert hat. Eine strafschärfende Wirkung des dolus alternativus ist daher nicht angezeigt.<sup>70</sup> Durch die einfache Verurteilung wird erst

der materielle Unterschied zum dolus cumulativus deutlich. Es kann auch nicht darauf verwiesen werden, dass bei Tateinheitlicher Verurteilung nach § 52 StGB nur eine Strafe nach dem die schwerste Strafe androhenden Gesetz zu bilden wäre,<sup>71</sup> da im Sinne der Kongruenz zwischen Schuldspruch und Strafzumessung alle im Schuldspruch aufgeführten Delikte auch die Strafhöhe beeinflussen müssten; der Täter sollte also nicht wegen Tateinheitlicher Begehung verurteilt werden, im Ergebnis jedoch eine Strafe wie bei einfachem Vorsatz erhalten. Zudem müsste bei einer Vielzahl in Betracht kommender Opfer ein vollendetes Delikt in Tateinheit mit einer Vielzahl, unter Umständen sogar unbekanntem Anzahl an Versuchsdelikten angenommen werden, was den Unrechtsgehalt der Tat bei Weitem überstiege.<sup>72</sup>

##### 3. Mehrere ungleiche Delikte, keine Vollendung

Schießt zum Beispiel ein Täter erfolglos einmal in eine Menge aus Menschen und Tieren und nimmt dabei zumindest billigend in Kauf, entweder einen Menschen oder ein Tier zu töten, dann hat der Täter versuchten Totschlag und versuchte Sachbeschädigung hinsichtlich aller Menschen und Tiere, die aus seiner Sicht getroffen werden konnten, verwirklicht. Da die Bestrafung wegen (einfachen) versuchten Totschlags den Unrechtsgehalt vollständig abbildet, verdrängt dieses Delikt die übrigen Versuchsdelikte.<sup>73</sup> Dies gilt zum einen in Bezug auf die übrigen versuchten Tötungsdelikte, da auch hier (wie oben 1.) insgesamt (höchstens) ein Tötungserfolg in Kauf genommen wurde. Zum anderen muss eine versuchte Sachbeschädigung erst recht zurücktreten. Der Unrechtsgehalt liegt nämlich weit hinter dem eines versuchten Totschlags, auch wenn das Schutzgut ein anderes ist. Das Ergebnis ist insbesondere dann zwingend, wenn man diese Konstellation mit der eines Schusses auf eine reine Menschenmenge (oben 1.) vergleicht: Dort sind durch die Tötungsversuche unterschiedliche Rechtsgutsträger sogar in ihren höchstpersönlichen Rechtsgütern betroffen; dennoch wird nur wegen eines Tötungsversuchs verurteilt und bestraft, da insgesamt nur ein Erfolg realisiert werden konnte und sollte. Es wäre also widersprüchlich, im Fall eines Schusses auf Menschen und Tiere wegen Tötungsversuchs und Tateinheitlich begangener Sachbeschädigung zu bestrafen, wenn bei einer reinen Menschenmenge noch nicht einmal die übrigen versuchten Tötungsdelikte im Schuldspruch berücksichtigt werden. Der Täter, der alternativ auf Menschen oder Tiere schießt, darf nicht schlechter gestellt werden als derjenige, der alternativ ausschließlich auf Menschen schießt.<sup>74</sup>

<sup>66</sup> Zum gleichen Ergebnis nach Konsumtion kommen *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 5), Rn. 355.

<sup>67</sup> So auch BGH JZ 1990, 297; BGH NSStZ 2009, 210.

<sup>68</sup> Nach BGH NJW 2021, 795 (796), ist wegen Vollendung in Tateinheit mit Versuch zu bestrafen.

<sup>69</sup> So jedoch BGH NJW 2021, 795 (796); *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 4), § 15 Rn. 91.

<sup>70</sup> So auch *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 12 Rn. 94; anders *Schuster* NSStZ 2021, 422 (423), für den der Täter mit Alternativ-

vorsatz „deutlich rücksichtsloser“ handelt als derjenige mit einfachem Vorsatz.

<sup>71</sup> So *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 12 Rn. 94.

<sup>72</sup> So auch *Mitsch*, NJW 2021, 798 f.; *Schefer/Kemper*, HRRS 2021, 173 (176 f.); *Schmitz*, ZStW 112 (2000), 301 (303, 306).

<sup>73</sup> So bei „annähernd gleicher Schutzrichtung und Tatschwere“ der übrigen Delikte auch *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 5), Rn. 353.

<sup>74</sup> *Heinrich* (Fn. 5), Rn. 294.

#### 4. Mehrere ungleiche Delikte, das schwerste ist vollendet

Für die Konstellation, dass der Täter in eine Menge aus Menschen und Tieren zielt, aber einen Menschen tötet, gilt ebenso wie unter 3.: Zwar verwirklicht der Täter einen vollendeten Totschlag sowie versuchte Tötungs- und Sachbeschädigungsdelikte, jedoch ist mit dem vollendeten Totschlag der Unrechtsgehalt, nämlich das Handlungs- und Erfolgsunrecht mit Blick auf den am schwersten wiegenden Erfolg, abgebildet. Dahinter treten die versuchten Delikte mangels eigenen Unrechtsgehalts zurück.<sup>75</sup> Dies ergibt sich insbesondere auch zwingend aus dem Vergleich mit dem Fall, dass der Täter einen Menschen aus einer reinen Menschenmenge trifft (oben 2.): Auch hier treten die versuchten Tötungsdelikte hinter dem vollendeten Totschlag zurück; dann darf für die versuchte Sachbeschädigung mit geringerem Unrechtsgehalt nichts anderes gelten.<sup>76</sup>

#### 5. Mehrere ungleiche Delikte, davon eines vollendet, das nicht das schwerste ist

Schießt der Täter jedoch in die „gemischte“ Menge und tötet ein Tier, sollte er wegen vollendeter Sachbeschädigung in Tateinheit mit einem versuchten Totschlag bestraft werden.<sup>77</sup> Entsprechend gilt für Konstellationen, in denen der Täter mit Tötungsvorsatz eine Person verletzt und sie lediglich (schwer) verletzt, dass die (schwere) Körperverletzung in Tateinheit zum versuchten Totschlag steht.<sup>78</sup> Ausnahmsweise ist also, wenn lediglich ein milderer Erfolg realisiert wird, tateinheitlich wegen des versuchten schwersten Delikts zu bestrafen, da sonst der Unrechtsgehalt nicht komplett abgebildet werden kann.<sup>79</sup> Eine Bestrafung allein wegen des vollendeten leichteren Delikts kann das Unrecht, dass der Täter auch die Verwirklichung des schwersten Delikts in Kauf genommen hat, nicht abbilden; es wäre widersprüchlich, den versuchten Totschlag nur wegen der vollendeten Sachbeschädigung nicht zu bestrafen. Gleichzeitig würde eine Bestrafung nur wegen des versuchten schwersten Delikts nicht verdeutlichen, dass eine Sache tatsächlich beschädigt wurde. Zwar ist der Tenor hier identisch mit dem Fall des *dolus cumulativus* (Beispiel: Täter wirft eine Granate und nimmt zumindest in Kauf, Menschen zu töten und gleichzeitig Sachen zu beschädigen, beschädigt jedoch nur eine Sache), doch ist dieser Gleichlauf im Schuldspruch hinzunehmen, da vorrangig der Unrechtsgehalt korrekt abgebildet werden

muss; der Unterschied muss sodann über die Strafzumessung justiert werden.<sup>80</sup>

#### V. Fazit

Fälle des *dolus alternativus* sollten nicht bereits auf Tatbestands-, sondern erst auf Konkurrenzebene gelöst werden. Alle vom Alternativvorsatz umfassten Delikte sind zunächst formell verwirklicht, da der Täter jeden einzelnen potentiellen Erfolg in Kauf nimmt. Jedoch ist im Ergebnis in den meisten Fällen nur wegen eines Delikts zu bestrafen: Das vollendete oder versuchte (schwerste) Delikt verdrängt die übrigen Versuchsdelikte im Wege der materiellen Subsidiarität und verbleibt als einziges im Schuldspruch; dieser Schuldspruch kann den Unrechtsgehalt der Gesamttat vollständig und eindeutig abbilden, da er das schwerste vom Vorsatz umfasste Delikt berücksichtigt und der Täter im Ergebnis nur einen Vorsatz in Versuchs- oder Vollendungsform realisiert hat. Wurde hingegen ein leichteres Delikt vollendet, sollte dies tateinheitlich mit dem versuchten schwersten Delikt bestraft werden, um den Unrechtsgehalt eindeutig im Schuldspruch abzubilden.

<sup>75</sup> So auch für gegenüber dem vollendeten Delikt „subsidiäre“ Delikte (wie Körperverletzung gegenüber dem Totschlag) *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), § 29 III. 4.

<sup>76</sup> So auch *Heinrich* (Fn. 5), Rn. 294.

<sup>77</sup> Im Ergebnis auch BGHSt 38, 353.

<sup>78</sup> So auch z.B. BGH NJW 2001, 980 (981); BGH, Beschl. v. 3.7.2012 – 4 StR 126/12; fälschlicherweise zog der 4. Senat diese nicht vergleichbaren (da auf ungleichwertige Erfolge bezogenen) Fälle für die Entscheidung aus Januar 2021 heran (BGH NJW 2021, 795 [796]).

<sup>79</sup> Im Ergebnis ähnlich *Heinrich* (Fn. 5), Rn. 294; *Satzger* JURA 2008, 112 (119); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 5), Rn. 350–353.

<sup>80</sup> So mit ähnlichen Argumenten, allerdings im Ergebnis auf alle Fallgruppen anwendend auch *Eisele* (Fn. 4), § 11 Rn. 55 f.; *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 12 Rn. 94.