

1. Sachverhalt

A schlägt mit einem Hammer in Richtung der B und ihres unmittelbar dahinterstehenden Bruders C. Dabei hält es A für möglich und nimmt es billigend in Kauf, dass der Hammer eine der beiden Personen treffen und verletzen könnte. Einen gleichzeitigen Erfolgseintritt bei beiden Personen schließt er jedoch aus. Letztlich trifft der Hammer C leicht am Kopf. Das LG verurteilt A wegen gefährlicher Körperverletzung zulasten des C (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB) in Tateinheit (§ 52 StGB) mit versuchter gefährlicher Körperverletzung zulasten der B (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB). Gegen das Urteil legt A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Dieser Sachverhalt verhilft der Problematik um die rechtliche Einordnung des **alternativen Vorsatzes** (dolus alternativus) zu prominenter Rechtswirklichkeit. In der rechtstheoretischen Diskussion werden hierzu bislang drei Grundkonstellationen¹ unterschieden.

Den sog. „**Schützen-Fall**“² kennzeichnet die Situation eines Täters, der die Reichweite seines Gewehrs auf die Probe stellt, indem er einen Schuss in Richtung von zwei nebeneinanderstehenden Personen A und B abgibt. Der Täter erkennt die Möglichkeit und nimmt

Oktober 2021

„**Hammerharte**“ Alternative-Fall

Alternativvorsatz / Kumulativvorsatz / Konkurrenzen

§§ 15, 22 StGB

famos-Leitsätze:

1. Der Vorbehalt einer alternativen Vollendung steht der Annahme zweier (bedingter) Vorsätze nicht entgegen.
2. Richtet sich der alternative Vorsatz auf höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Rechtsgutträger, ist im Fall des (alternativen) Erfolgseintritts Tateinheit zwischen verwirklichtem und versuchtem Delikt anzunehmen.

BGH, Urteil vom 14. Januar 2021 – 4 StR 95/20; veröffentlicht in NJW 2021, 795.

es billigend in Kauf, einen von beiden (oder keinen) zu treffen, wobei er einen gleichzeitigen Erfolg bei A und B sicher ausschließt. Im Mittelpunkt der zweiten Konstellation des sog. „**Wilderer-Falles**“³ steht die Flucht eines entdeckten Wilderers vor dem zuständigen Förster und dessen Hund. Bei Abgabe eines Schusses sieht der Flüchtende die Möglichkeit, entweder den Förster oder den Hund (oder keinen) zu treffen. Diese Alternativen billigt er unter sicherem Ausschluss eines gleichzeitigen Taterfolgs. Auch in der dritten Konstellation des sog. „**Hund/Kind-Falles**“⁴ feuert ein Gewehrschütze. Sein Ziel ist dabei ein sich bewegendes, aber für ihn nicht näher identifizierbares Objekt. Er hält es für möglich, dass

¹ Die folgenden Sachverhalte sollen die drei Problemfelder des alternativen Vorsatzes exemplarisch darstellen. In der Kommentar- und Ausbildungsliteratur finden sich zahlreiche Abweichungen im Detail.

² Schmitz, ZStW 112 (2000), 301, 302.

³ Fischer, Wille und Wirksamkeit, 1993, S. 3 f.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 50. Aufl. 2020, § 7 II 4 Rn. 348.

⁴ Fischer (Fn. 3), S. 5.

entweder das Nachbarskind oder der Nachbarshund (oder keiner) tödlich getroffen wird.

Unser Sachverhalt ist der ersten Konstellation zuzuordnen, die das Problem des alternativen Vorsatzes bei Gleichwertigkeit zweier Tatobjekte exemplifiziert. Dahingegen veranschaulicht der „Wilderer-Fall“ die Situation zweier ungleichwertiger Tatobjekte und der „Hund/Kind-Fall“ die zwei möglichen (alternativen) Eigenschaften eines anvisierten Tatobjekts. In all diesen Fällen stellt sich die Frage, was unter der Alternativität des Vorsatzes zu verstehen ist. Vorsatz i.S.d. § 15 StGB ist das Wissen um die und das Wollen der Tatbestandsverwirklichung.⁵ Neben einer „vertikalen“ Abstufung (dolus directus ersten/zweiten Grades, dolus eventualis)⁶ ist auch auf „horizontaler“ Ebene eine Unterscheidung denkbar. Im Grundsatz ist jeder Vorsatzform gemein, dass sich diese auf einen konkreten Tatbestand bezieht.⁷ Der alternative Vorsatz zeichnet sich insoweit dadurch aus, dass er auf **mehrere, sich aber gegenseitig ausschließende Tatbestände** gerichtet ist.⁸ Die Verwirklichung der jeweiligen Tatbestände nimmt der Täter zumindest **billigend in Kauf**.⁹

Diese zwei Prämissen unterscheiden den alternativen Vorsatz zum einen von der dogmatischen Figur des **kumulativen Vorsatzes** (dolus cumulativus) und zum anderen von der Irrtumskonstellation des **Fehlgehens der Tat** (aberratio ictus). Während A in unserem Fall davon ausgeht, entweder B oder C zu treffen, erkennt und billigt der Täter mit kumulativem Vorsatz den gleichzeitigen Erfolgseintritt bei beiden Opfern. Die Vorstellung des Täters ist darauf gerichtet, durch eine Handlung mehrere Tatbestände und/oder mehrere Erfolge

nebeneinander zu verwirklichen.¹⁰ Dagegen ist ein Fehlgehen der Tat anzunehmen, wenn der Täter **ein konkretes Handlungsobjekt als Ziel individualisiert hat**, der Erfolg aber nicht bei dem anvisierten, sondern versehentlich bei einem anderen Objekt eintritt.¹¹ Im hier besprochenen Fall hat A eine solche Individualisierung aber nicht vorgenommen, sondern sowohl B als auch C als konkrete – wenn auch alternative – Tatobjekte ins Auge gefasst.

Die rechtliche Bewertung des alternativen Vorsatzes ist lebhaft umstritten.¹² Als Gretchenfrage erweist sich insbesondere, ob dem Handelnden nur **ein** Vorsatz oder **mehrere** Vorsätze zuzurechnen sind, d.h., ob sich die Vorsatzalternativen in irgendeiner Form konsumieren bzw. aufheben oder nebeneinander bestehen bleiben.

Die Theorien, die lediglich **einen Vorsatz** zurechnen, betonen, dass es nach der Vorstellung des Täters nur zu einer Rechtsgutverletzung kommen soll.¹³ Welche der beiden Vorsatzalternativen für die Strafbarkeit letztlich maßgeblich ist, wird jedoch unterschiedlich beurteilt. Eine Ansicht bejaht im Falle des Erfolgseintritts nur eine Strafbarkeit aus dem **vollendeten Delikt**, denn der Vorsatz bezüglich der versuchten Tat sei dadurch verbraucht.¹⁴ Demzufolge käme in unserem Fall nur eine Strafbarkeit zulasten des C wegen gefährlicher Körperverletzung in Betracht. Diese Ansicht sieht sich aber insbesondere dem Einwand ausgesetzt, dass sie bei ungleichwertigen Tatobjekten („Wilderer-Fall“) den Unrechtsgehalt der Tat nur unzureichend erfasst.¹⁵ Eine Strafbarkeit aus vollendeter Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 1 Alt. 1 StGB) inkludiert zwar das Erfolgsunrecht, lässt aber das

⁵ Rengier, Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021, § 14 Rn. 5.

⁶ Kindhäuser/Hilgendorf, in LPK, StGB, 8. Aufl. 2020, § 15 Rn. 18.

⁷ Vogel, in LK, StGB, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 15 Rn. 23.

⁸ Kühl, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 15 Rn. 29.

⁹ Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 8), § 15 Rn. 29.

¹⁰ Rengier (Fn. 5), § 14 Rn. 54 ff.

¹¹ Rengier (Fn. 5), § 15 Rn. 27 ff.

¹² Umfassende Übersicht bei Schmitz, ZStW 112 (2000), 301, 304 ff.

¹³ Duttge, in Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 15 Rn. 10.

¹⁴ Zaczyk, in NK, StGB, 5. Aufl. 2017, § 22 Rn. 20.

¹⁵ Rengier (Fn. 5), § 14 Rn. 59; Roxin/Greco, Strafrecht AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 94.

Handlungsunrecht einer versuchten Tötung unbeachtet.

Eine andere Ansicht bemisst die Strafbarkeit nach dem Vorsatz bezüglich **des schwereren Delikts**.¹⁶ Bereitet schon die Feststellung Schwierigkeiten, welches Delikt als das schwerere anzusehen ist, so stellt sich zusätzlich die Frage, wie in unserem Fall der identischen Tat schwere zu verfahren ist. Die Vertreter dieser Ansicht wollen in solchen Fällen nach den Grundsätzen der Wahlfeststellung eine wahlweise Verurteilung vornehmen.¹⁷ Letztlich bleibt dann aber die zentrale Frage, welche der beiden Vorsatzalternativen maßgeblich ist, unbeantwortet. Zudem begegnet die Ansicht bei ungleichwertigen Tatobjekten („Wilderer-Fall“) ähnlichen Bedenken wie die der Strafbarkeit aus dem vollendeten Delikt. Das Handlungsunrecht der versuchten Tötung wäre erfasst, das Vollendungsunrecht der Sachbeschädigung vernachlässigt.¹⁸

Schließlich ist auf einen dritten Lösungsansatz von *Joerden* hinzuweisen.¹⁹ Dieser widmet sich der wechselseitigen Bedingtheit des Vorsatzes (entweder/oder) erst auf sekundärer Ebene. Primär sei die Strafbarkeit **für jede Vorsatzalternative getrennt** zu ermitteln.²⁰ Angenommen, es läge ausschließlich Eventualvorsatz gegenüber B vor (Perspektive 1), träfe A eine Strafbarkeit aus versuchter gefährlicher Körperverletzung zulasten der B und aus fahrlässiger Körperverletzung zulasten

des C. Im umgekehrten Fall des ausschließlichen Eventualvorsatzes gegenüber C (Perspektive 2) ergäbe sich nur eine Strafbarkeit aus gefährlicher Körperverletzung zulasten des C. In einem zweiten, vergleichenden Schritt sei sodann diejenige Vorsatzalternative auszuwählen, die den höheren Strafrahmen eröffnet.²¹ Diese „strafscharfende Bewertung“ sei aufgrund der besonderen Gefährlichkeit des alternativen Vorsatzes gerechtfertigt.²² Im Ergebnis nähert sich diese Sichtweise damit der Theorie der Strafbarkeit des schwereren Delikts an, weshalb ihr die gleichen Einwände entgegengehalten werden.

Die h.L. vermeidet das Dilemma der Auswahl einer Vorsatzalternative, weil sie bereits auf Tatbestandsebene die Zurechenbarkeit **zweier Vorsätze** bejaht.²³ Charakteristikum des Eventualvorsatzes sei gerade die bloße Möglichkeitsvorstellung des Erfolgseintritts, die einen tatsächlichen Verletzungserfolg gerade nicht erfordert.²⁴ Insofern handele es sich bezüglich des alternativen Vorsatzes nicht um ein Tatbestands-, sondern vielmehr um ein Konkurrenzproblem.²⁵ Im Ergebnis kommen daher weite Teile der h.L. zu einer Strafbarkeit aller konstruktiv erfassbaren Delikte in Idealkonkurrenz (sog. **Konkurrenzlösung** oder **Tateinheitlösung**).²⁶ Folglich wäre in unserem Fall eine Strafbarkeit aus vollendeter gefährlicher Körperverletzung zulasten des C in

¹⁶ *Kühl*, in Lackner/Kühl (Fn. 8), § 15 Rn. 29; *ders.*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 5 Rn. 27b; *Vogel*, in LK (Fn. 7), § 15 Rn. 136.

¹⁷ *Zaczyk*, in NK (Fn. 14), § 22 Rn. 20.

¹⁸ *Rengier* (Fn. 5), § 14 Rn. 60; *Roxin/Greco* (Fn. 15), § 12 Rn. 94.

¹⁹ *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565, 594; zustimmend *Silva-Sanchez*, ZStW 101 (1989) 352, 379 f.

²⁰ *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565, 589 ff.

²¹ *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565, 594 ff.

²² *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565, 595, wobei der Autor eine Begründung für die besondere Gefährlichkeit vermissen lässt.

²³ *Jeßberger/Sander*, JuS 2006, 1065, 1067; *Roxin/Greco* (Fn. 15), § 12 Rn. 94; *Stein*, in SK, StGB, 9. Aufl. 2017, § 16 Rn. 58 ff.; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 91.

²⁴ *Schmitz*, ZStW 112 (2000), 301, 304.

²⁵ *Sternberg-Lieben/Schuster*, in Schönke/Schröder (Fn. 23), § 15 Rn. 91.

²⁶ *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl. 1996, § 29 III Nr. 4; *Puppe*, in NK (Fn. 14), § 15 Rn. 116; *Stein*, in SK (Fn. 23), § 16 Rn. 58 ff.

Tateinheit mit versuchter gefährlicher Körperverletzung zulasten der B anzunehmen, wie dies auch das LG angenommen hat.

Der h.L. wird vorgeworfen, dass sie den alternativen Vorsatz im Ergebnis dem kumulativen Vorsatz **gleichstelle**,²⁷ da sich bei beiden im Falle des einseitigen Erfolgseintritts eine tateinheitliche Strafbarkeit aus vollendetem und versuchtem Delikt ergebe. Dabei bleibe der Umstand unberücksichtigt, dass den Täter mit alternativem Vorsatz eine geringere Tatschuld treffe.²⁸ Der überwiegende Teil der h.L. entgegnet, dass diesem Unterschied auf der Ebene der Strafzumessung im Rahmen des § 52 StGB ausreichend Rechnung getragen werden könne.²⁹ Andere Lesarten der h.L. nehmen bereits auf Konkurrenzebene eine Korrektur vor und lassen im Wege der Konsumtion das versuchte hinter dem vollendeten Delikt zurücktreten (sog. **differenzierende Konkurrenzlösung** oder **Konsumtionslösung**).³⁰ Nur in Sonderkonstellationen solle eine Ausnahme zugunsten von Tateinheit erfolgen.³¹ Im Falle des Erfolgseintritts bei gleichwertigen Tatobjekten liegt eine solche Sonderkonstellation aber gerade vor.

Schließlich hat sich eine Ansicht zum Ziel gesetzt, die skizzierten Schwächen der jeweiligen Standpunkte durch eine Kombination der dargestellten Positionen zu minimieren (sog. **Kombinationslösung**).³² Differenzierungskriterium ist dabei der Erfolgseintritt.³³ Trete der (alternative) Erfolg ein, sei nach der

Konsumtionslösung zu verfahren.³⁴ Bei etwaiger Gleichheit von Tatschwere und Schutzrichtung sei Konsumtion des versuchten Delikts anzunehmen, während Tateinheit vorliege, wenn das versuchte Delikt schwerer wiegt oder wenn höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Rechtsgutsträger betroffen sind.³⁵ Da letztere Alternative aufgrund der betroffenen körperlichen Integrität von B und C einschlägig ist, läge auch nach dieser Ansicht Tateinheit vor. Bleibt der Erfolg hingegen aus, sei im Grundsatz nach der Theorie des schwersten Delikts zu verurteilen.³⁶ In Bezug auf diese Vorgehensweise wird angeführt, sie sei zwar grundsätzlich zur Optimierung geeignet, könne aber die bestehenden Einwände gegen die jeweiligen Ansichten nicht entkräften.³⁷

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH verwirft die Revision des A und bejaht die Zurechnung zweier Vorsätze. Es sei kein legitimer Grund ersichtlich, warum lediglich ein Vorsatz zugerechnet werden solle. Insbesondere liege kein Verstoß gegen Denkgesetze vor, denn auf sich gegenseitig ausschließende Erfolge gerichtete Vorsätze könnten miteinander verbunden werden, solange sie nicht den sicheren Eintritt eines der Erfolge zum Gegenstand haben.

Hinsichtlich der Konkurrenzen führt der BGH aus, dass jedenfalls dann, wenn sich der Alternativvorsatz des Täters auf höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Rechts-

²⁷ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 3), § 7 II 4 Rn. 350.

²⁸ *Sternberg-Lieben/Schuster*, in *Schönke/Schröder* (Fn. 23), § 15 Rn. 91.

²⁹ *Jeßberger/Sander*, *JuS* 2006, 1065, 1067; *Puppe*, in *NK* (Fn. 14), § 15 Rn. 116; *Roxin/Greco* (Fn. 15), § 12 Rn. 94.

³⁰ *Sternberg-Lieben/Schuster*, in *Schönke/Schröder* (Fn. 23), § 15 Rn. 91.

³¹ Siehe zu den unterschiedlichen Nuancen bei *Haft*, *Strafrecht AT*, 9. Aufl. 2004, F. II. 4 c; *Heinrich*, *Strafrecht AT*, 6. Aufl. 2019, § 12 V 4 Rn. 293 f.; *Jäger*, *Strafrecht AT*, 9. Aufl. 2019,

§ 3 I 4 Rn. 71; *Maurach/Zipf*, *Strafrecht AT*, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 22 III Rn. 27.

³² *Schmitz*, *ZStW* 112 (2000), 301, 310 f.

³³ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 3), § 7 II 4 Rn. 350 ff.

³⁴ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 3), § 7 II 4 Rn. 351 f.

³⁵ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 3), § 7 II 4 Rn. 351 f.

³⁶ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 3), § 7 II 4 Rn. 353.

³⁷ *Schmitz*, *ZStW* 112 (2000), 301, 311.

gutträger richtet und einer der erwarteten Erfolge eintritt, das vollendete und das versuchte Delikt zueinander in Tateinheit stünden. Nur auf diese Weise könne einer erschöpfenden Erfassung des wesentlichen Tatunrechts sowie der Klarstellungsfunktion angemessen Rechnung getragen werden. Dabei lässt der BGH ausdrücklich offen, ob das Vorliegen von Tateinheit in allen Fällen des alternativen Vorsatzes sachgemäß erscheint.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der BGH setzt sich in seiner Entscheidung erstmals ausführlich mit dieser grundsätzlichen Frage aus dem AT auseinander, die in keiner Kommentar- und Ausbildungsliteratur fehlt. Bildlich gesprochen ist die Problematik des alternativen Vorsatzes damit aus einem über 70-jährigen höchstrichterlichen Dornröschenschlaf erwacht. Bereits diese Tatsache verleiht der Thematik eine hohe Klausur- und Examenrelevanz. Zudem ist sie aus Sicht der Klausurerstellenden besonders reizvoll, da die Problematik mühelos in einen kurzen, einprägsamen Sachverhalt eingebettet werden kann und den Studierenden ein gewisses Aufbau- und Systemverständnis abverlangt.

Für die konkrete Fallbearbeitung bieten sich unterschiedliche Aufbaumöglichkeiten an. Die Ausbildungsliteratur verortet die Problematik des alternativen Vorsatzes mit der h.L. im Rahmen des Tatentschlusses bei der Prüfung des versuchten Delikts.³⁸ Klausurtaktisch sinnvoll wäre aus unserer Sicht eine Abhandlung bereits im subjektiven Tatbestand des vollendeten Delikts. Damit könnte zum einen dem Meinungsspektrum angemessen Rechnung getragen werden. Zum anderen würde das Problem in der Prüfungsreihenfolge vorrücken, so dass die Behandlung in der Klausur nicht dem Damoklesschwert des Zeitablaufs zum Opfer fällt. Bei der Sachverhaltsanalyse

sollten Studierende sowohl die Abgrenzung vom kumulativen Vorsatz sowie dem Fehlgehen der Tat als auch die Unterscheidung der drei Grundkonstellationen im Blick behalten.

5. Kritik

Auf tatbestandlicher Ebene verdient die höchstrichterliche Annahme zweier Vorsätze uneingeschränkte Zustimmung. Das zentrale Argument der Gegenmeinung, dass der Täter es ausgeschlossen habe, mehr als eines der in Rede stehenden Delikte zu vollenden, vermag nicht zu überzeugen.³⁹ Für die Annahme eines jeweiligen Eventualvorsatzes genügt bereits die Vorstellung der bloßen Möglichkeit des Erfolgseintritts. Diese Möglichkeit wird durch die Prämisse des alternativen Erfolgseintritts nicht beseitigt und von A sowohl hinsichtlich B als auch C billigend in Kauf genommen. Für diese Sichtweise spricht insbesondere ein Erst-Recht-Schluss aus der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs. Ist schon ein Versuch strafbar, der von vornherein nicht zum Erfolg führen kann,⁴⁰ so muss eine Strafbarkeit erst recht angenommen werden, wenn eine alternative Vollendung nach objektiven Maßstäben möglich erscheint. Diese Parallele sieht auch der BGH, wenn er konstatiert, dass der alternative Vorsatz „[...] ähnlich einem untauglichen Versuch nicht zur Vollendung führen [...]“ kann.

Kritisch zu hinterfragen ist jedoch der postulierte Vorbehalt des „[...] sicheren Eintritt[s] einer der Erfolge [...]“. Dieser schließt nach Auffassung des BGH das Vorliegen eines alternativen Vorsatzes aus. Eine inhaltliche Präzisierung des „sicheren“ Erfolgseintritts nimmt der BGH im Anschluss aber nicht vor. Letztlich ist die Einschränkung des BGH wohl dahingehend zu verstehen, dass der Täter bei „sicherem“ Wissen, d.h. mit *dolus directus*

³⁸ *Heinrich* (Fn. 31), § 12 V 4 Rn. 292 f.; *Rengier* (Fn. 5), § 14 Rn. 63.

³⁹ In aller Deutlichkeit *Roxin*, JR 2021, 332, 334 („ein Trugschluss“).

⁴⁰ Unterstrichen wird dies insbesondere durch einen Umkehrschluss aus § 23 Abs. 3 StGB, siehe *Hoffman-Holland*, in *MüKo, StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 22 Rn. 48.

zweiten Grades, bezüglich eines der Erfolge keinen alternativen Vorsatz aufweisen kann.

Gegen einen solchen Vorbehalt ließe sich anführen, dass Wissentlichkeit nicht mit hundertprozentiger Sicherheit gleichzusetzen ist. Wissentlichkeit ist bereits bei der Annahme einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts gegeben.⁴¹ Dies eröffnet einen marginalen Raum für abweichende Kausalverläufe, so dass – im Duktus des BGH – kein Verstoß gegen Denkgesetze vorläge.⁴² Mit der Einschränkung des BGH geht zugleich eine Privilegierung der Wissentlichkeit gegenüber dem Eventualvorsatz einher.⁴³ Dabei mutet es absurd an, einen alternativen Vorsatz abzulehnen, wenn A in Ausführung des Hammerschlags nicht beide Erfolge für möglich, sondern nur einen für möglich und den anderen für höchstwahrscheinlich hält.⁴⁴ Nach vorzugswürdiger Ansicht können alle drei Vorsatzarten in Gestalt des alternativen Vorsatzes bestehen, sofern wenigstens eine von ihnen in der Form des *dolus eventualis* auftritt.⁴⁵

Auf Konkurrenzebene sind die Ausführungen des BGH nicht zu beanstanden. Insbesondere kann ihm nicht der Vorwurf gemacht werden, dass eine inhaltliche Auseinandersetzung zwischen der Tateinheitlösung und der Konsumtionslösung grundlos unterblieben sei. Da beide Lesarten der h.L. in unserem Fall eine Strafbarkeit wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung zulasten des C in Tateinheit mit versuchter gefährlicher Körperverletzung zulasten der B annehmen, konnte ein

Streitentscheid mangels Entscheidungserheblichkeit dahinstehen.

Müsste ein solcher entschieden werden, spricht vieles dafür, der Tateinheitlösung zu folgen. Zum einen sind Konkurrenzregeln nur zur Erfassung von qualitativen, nicht auch von quantitativen Unrechtsunterschieden geeignet.⁴⁶ Der alternative Vorsatz stellt sich nicht als typische Begehungsform eines verwirklichten Delikts dar, dessen Unrechtsgehalt den des nachrangigen Delikts regelmäßig mitumfasst. Zum anderen besteht kein endgültiger Konsens darüber, unter welchen Voraussetzungen eine Konsumtion gerechtfertigt ist.⁴⁷ Im Ergebnis würde das Dilemma der Auswahl einer Vorsatzalternative allein von der Vorsatzebene auf die Konkurrenzebene transferiert.

Abschließend sei angemerkt, dass sich die Ausführungen des BGH explizit auf den Fall des Erfolgseintritts bei Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter verschiedener Rechtsgutträger beziehen. Insofern hält sich das Gericht die Option offen, bei Ausbleiben des Erfolges selbst in dieser Fallkonstellation eine abweichende Entscheidung auf Konkurrenzebene zu treffen. In den übrigen zwei Grundkonstellationen verbleibt der alternative Vorsatz vorerst auf dem dynamischen Spielfeld der Literatur. Es bleibt abzuwarten, ob der BGH wieder über 70 Jahre auf seine Schiedsrichterrolle warten muss.

(Marcel Erb/Martina Zeller)

⁴¹ *Jescheck/Weigend* (Fn. 26), § 29 III 2; *Joecks/Kulhanek*, in *MüKo* (Fn. 40), § 16 Rn. 27.

⁴² *Schefer/Kemper*, *HRRS* 2021, 173, 174.

⁴³ *Schefer/Kemper*, *HRRS* 2021, 173, 174.

⁴⁴ *Schefer/Kemper*, *HRRS* 2021, 173, 174.

⁴⁵ *Jakobs*, *Strafrecht AT*, 2. Aufl. 1991, 8. Abschnitt Rn. 33; *Jescheck/Weigend* (Fn. 26), § 29 III 4; *Roxin/Greco* (Fn. 15), § 12 Rn. 94; anders dagegen *Joerden*, *JZ* 2002, 414, 415 f.

⁴⁶ *Stein*, in *SK* (Fn. 23), § 16 Rn. 60.

⁴⁷ Siehe beispielhaft *Heinrich* (Fn. 31), § 12 V 4 Rn. 293 f., der nach der „Wertigkeit“ der Tatobjekte differenziert; *Jäger* (Fn. 31), § 3 I 4 Rn. 71, stellt auf den vergleichbaren Unrechtsgehalt ab; präzisierend *Maurach/Zipf* (Fn. 31), § 22 III Rn. 27, die bei fehlendem Erfolgseintritt auf eine eingetretene Rechtsgutgefährdung abstellen; in Reaktion auf die obige BGH Entscheidung ganz anders *Sowada*, *ZfL* 2021, 41, 48, der Tateinheit bevorzugt, sofern die alternativen Opfer anonyme und austauschbare Repräsentanten der Allgemeinheit sind.