

# 독일학설과 한국판례에서의 고의개념

성낙현\*

## I. Problemstellung

Das Kernstück der Umstrittenheit der Vorsatzdogmatik liegt in der Definition des *dolus eventualis* und seine Abgrenzung zur bewußten Fahrlässigkeit. Über dieses Problem kontrastieren heute noch die Willentheorie und die Vorstellungstheorie. Es bestehen unübersichtlich viele Auffassungen über die Suche nach einem rationalen Abgrenzungskriterium in Bezug auf den Vorsatzbegriff. Hier sind einige Theorien systematisch daraufhin zu überprüfen.

## II. Traditionelle Vorsatztheorien in der deutschen Literatur

Nach h. A. ist Vorsatz als psychischer Sachverhalt der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestände. Also enthält der Tatbestandsvorsatz ein Willens- und ein Wissensselement. Diese Auffassung verlangt für den *dolus eventualis* neben

---

\* 영남대학교 법과대학 교수

der Voraussicht des Erfolges, daß der Täter diesen innerlich billigend in Kauf nimmt oder sich mit ihm abfindet. Gerade in der Billigung des Erfolges, als einer zu der Voraussicht von dem möglichen Eintritte desselben hinzutretenden, selbständigen inneren Tatsache, liegt das wesentliche Merkmal des eventuellen Vorsatzes.<sup>1)</sup> Der Mensch kann sich den Eintritt einer Schädigung als mögliche Folge seines Handelns vorstellen, ohne diese Folge zu wollen: denn wer auf den guten Ausgang fest vertraut, will den Erfolg nicht, falls er wider Erwarten doch eintritt. Also das bloße Für-möglichhalten des Erfolges zur Bejahung des Eventualvorsatzes reicht allein nicht aus, da sonst der Vorsatz zu weit in den Bereich der bewußten Fahrlässigkeit ausgedehnt würde.<sup>2)</sup>

Die Vertreter von Möglichkeits- und Wahrscheinlichkeitstheorie behaupten, daß die Unterscheidung der beiden Deliktsformen nur das Wissenselement leisten kann, weil bei *dolus eventualis* ein spezifisches intellektuelles Element vorliegt, das gerade bei der bewußten Fahrlässigkeit fehlt.

### III. Standpunkt der koreanischen Rechtsprechung zum Begriff des *dolus eventualis*

Das koreanische Strafrecht ist ursprünglich durch die Rezeption des deutschen Strafrechts entstanden. Heutzutage erlebt man immer noch einen großen Einfluß des deutschen Rechts auf Rechtsprechung und Rechtstheorie. Deshalb ist auch auf dem Gebiet des Vorsatzes keine eigenständige koreanische Meinung zu nennen.

Der Vorsatzbegriff in der koreanischen Rechtsprechung ist je nach

---

1) RGSt 33, 4, 6.

2) Wessels-Beulke, Strafrecht AT, 28. Aufl., § 7 Rn. 205.

Tatbestand unterschiedlich. Besonders ist der Vorsatzbegriff bei Tötungsdelikten vom Vorsatzbegriff anderer Delikte auffällig differenziert. Hier sind einige Beispielsfälle zu nennen.

### Tötungsdelikte

**65do966:** Wenn der Täter beim Streit dem Gegner das Messer in den Hals gestoßen hat, wird angenommen, daß er Kenntnis von der Möglichkeit der Todesfolge hat. Damit ist der Vorsatz anzuerkennen.

**81do73:** Wenn der Täter dem Opfer das 17cm lange scharfe Messer in den Bauch stößt, soll er Kenntnis hinsichtlich der Voraussehbarkeit der Todesfolge oder deren Gefahr haben. Somit ist *dolus eventualis* anzunehmen, wobei es nicht erforderlich ist, daß der Täter den Eintritt der Todesfolge gezielt verursacht oder gewünscht hat.

**82do2024:** Der Täter hat sein Opfer in seinem Wohnzimmer gefesselt eingesperrt. Beim letzten Verlassen seiner Wohnung erkannte der Täter, daß das bewußtlos gewordene Opfer sterben kann, wenn es hilflos hinterlassen wird. Wenn er trotz dieses Wissens sein Opfer nicht ins Krankenhaus brachte, kam zum Ausdruck, daß er den inneren Willen hatte, den eventuellen Eintritt der Todesfolge einfach hinzunehmen (zu billigen).

**86do1313:** Wenn er seinem Opfer das Messer kräftig in Bauch und Hüftgegend gestoßen hat, *dolus eventualis* ist anzuerkennen, weil die Erkenntnis des Täters über den eventuellen Eintritt des Todeserfolges vorliegen sollte.

**87do1091:** Wenn der durch Beschimpfung des Opfers zornentbrannte

Täter dem Opfer das Obstmesser in den Hals so kräftig stieß, daß er das Opfer tödlich verletzte und es infolgedessen starb, hatte er Kenntnis hinsichtlich der Todesfolge. Für den Vorsatz beim Tötungsdelikt ist der Tötungszweck oder planmäßiger Tötungswille nicht unbedingt erforderlich, sondern es genügt das Erkennen der Todesfolge. Zu diesem Erkennen gehört die sichere, aber auch die eventuelle Kenntnis.

**88do692:** Der betrunkene Täter hat einen gewalttätig gekidnappten Bus bei einer Geschwindigkeit von 50 km/h auf die Halt gebietenden Polizisten zugefahren. Dadurch starb ein Polizist und zwei weitere Polizisten wurden schwer verletzt. Für den Vorsatz ist die Erkennbarkeit oder das Voraussehen der Möglichkeit oder der Gefahr des Erfolgsintritts ausreichend. Nicht erforderlich ist, daß der Täter den Eintritt des Erfolgs gewünscht hat.

**94do2511:** Wenn der Täter ein 9 jähriges Mädchen mit einer Socke gewürgt und das infolgedessen bewußtlos gewordene Opfer an dem Ort hilflos liegen gelassen hat, soll er die Möglichkeit der Todesfolge erkannt haben. Damit ist der Tötungsvorsatz gegeben.

**98do980:** Für den Vorsatz beim Tötungsdelikt ist der Tötungszweck oder der planmäßige Tötungswille nicht unbedingt erforderlich, sondern es genügt die Erkennbarkeit des Todeseintritts. Zu dieser Erkennbarkeit gehört allerdings die sichere, aber auch die eventuelle.

**Sonstige Tatbestände: Sachbeschädigung, Betrug, Untreue, usw.**

**86do221: (Sachbeschädigung)** Der Täter hat vor dem Sturm sein Schiff ganz in der Nähe einer Muschelzuchtanlage geankert, um sein Schiff vor dem Sturm zu sichern. Wenn er trotz der Kenntnis gehandelt hat, daß sein

Schiff beim Sturm die benachbarte Muschelzuchtanlage beschädigen kann, sollte er in die mögliche Folge eingewilligt haben. Somit ist der Vorsatz anzuerkennen.

**85do660: (Zollgesetzwidrigkeit)** Von *dolus eventualis* kann die Rede sein, wo der Täter sich zwar nicht sicher war, den (tatbestandlichen) Erfolg zu verwirklichen, aber die Möglichkeit seines Eintritts erkennt. Für die Annahme des *dolus eventualis* ist die Erkenntnis der Möglichkeit des Erfolgseintritts vorausgesetzt und daneben der innerliche Wille erforderlich, in den Erfolgseintritt einzuwilligen.

**86do2338: (Betrug)** Wie oben 85do660.

**88do184: (Betrug und Untreue)** Beim Betrug oder bei der Untreue ist für den Vorsatz das Unrechtsbewußtsein über das eigene Verhalten erforderlich.

**94do1949: (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte)** Ein Polizist wies einen Taxifahrer an, wegen einer Demonstration nach links abzubiegen. Obwohl der Polizist nur 30cm vor dem Taxi stand, lenkte der Fahrer sein Taxi wütend plötzlich nach links auf den Polizisten. Dabei wurde der Polizist leicht verletzt. Der Täter hatte den innerlichen Willen, in den Erfolg der Störung des öffentlichen Dienstes einzuwilligen.

Somit zeigt sich, daß die koreanische Rechtsprechung zumindest beim Tötungsdelikt die Vorstellungstheorie vertritt, während die koreanische h.M. sich der Emotionstheorie oder Entscheidungstheorie zuneigt. Manche Autoren interpretieren sogar in Anlehnung an den Fall 86do2338 die Rechtsprechung so, daß diese die demzufolge Emotionstheorie vertrete.

## IV. Moderne Vorsatzkonzepte

### 1. Vorsatzbegriff von Jakobs

Jakobs geht davon aus, daß die Hauptfolgen zwar Inhalt des Wissens wie des Wollens sind, aber die Nebenfolgen nur Inhalt des Wissens sind. Bezogen auf den Normzweck der Vermeidung deliktischen Verhaltens hat sich der Täter im Bereich der Hauptfolgen voluntativ und intellektuell von der Vermeidung der Folgen gelöst, aber im Bereich der Nebenfolgen nur intellektuell. Wenn das Wollen irgend etwas positiv Gegebenes an der Antriebsseite des Verhaltens bezeichnen soll, so fehlt das Wollen bei den Nebenfolgen.

Nach dieser Meinung hat die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit im Blick auf den Zweck der Trennung beider Deliktsformen zu erfolgen, also im Blick auf die Scheidung der leichter zu vermeidenden Erfolgsverursachung von der schwerer zu vermeidenden. Bei dieser Lage hängt die Leichtigkeit oder Schwierigkeit der Erfolgsvermeidung nur von der Genauigkeit ab, mit welcher der Täter die Situation und die zu erwartenden Folgen überblickt. Wenn ihm bekannt ist, daß Erfolgseintritt durch sein Verhalten nicht unwahrscheinlich ist, so ergibt sich für ihn bei einem dominanten Vermeidungsmotiv ohne weiteres Nachdenken die Notwendigkeit, die Handlung zu unterlassen.

Ein bloßes Denken an die Möglichkeit des Erfolges reicht aber nicht aus. Bedingter Vorsatz liegt also vor, wenn der Täter zum Handlungszeitpunkt urteilt, die Tatbestandsverwirklichung sei als Folge der Handlung nicht unwahrscheinlich. Ein bloßes Daran-Denken ohne Urteilsqualität mag man bewußte Fahrlässigkeit nennen.<sup>3)</sup> Wer leichtsinnig auf positiven Ausgang vertraut, hält eben den Erfolgseintritt für unwahrscheinlich. Hierbei kann

---

3) Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 8/23.

der Begriff der Risikogewöhnung die Wahrscheinlichkeit aufheben.

Nach Jakobs sollte bei der Gefährdung besonders wertvoller Rechtsgüter *dolus eventualis* eher anzunehmen sein als dort, wo es um Rechtsgüter minderen Ranges geht. In diesem Punkt stimmt die koreanische Rechtsprechung mit der Ansicht von Jakobs überein. Dagegen wendet Roxin ein, daß die Gefährdungsvorstellung bei einer Tötung leichter verdrängt wird und eher bewußte Fahrlässigkeit anzunehmen ist als bei geringerwertigen Gütern, weil die Hemmschwelle vor einer Tötung besonders groß sei. Aber diese Einwendung ist sehr fragwürdig bezogen auf das Rechtssystem der Vermeidung besonders schwer schädigenden Verhaltens.

## 2. Risikowissen von Frisch

Gegenstand des Vorsatzes ist für Frisch allein das im Tatbestand als verboten vorausgesetzte Verhalten, nicht aber die zum objektiven Tatbestand gehörenden Merkmale. Für die Erfolgsdelikte definiert Frisch seinen Begriff als Verhalten, das eine bestimmte Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit, ein bestimmtes nicht mehr toleriertes Risiko des Eintritts des tatbestandlich vertypen Erfolgs nach den Umständen der konkreten Situation in sich birgt. Der Vorsatz als seelische Beziehung zur Tat erschöpft sich in der Kenntnis dieses Gegenstands. Somit bedeutet Vorsatz "Wissen um das der Handlung eignende und ihre Tatbestandsmäßigkeit begründende Risiko" und dafür sind irgendwelche voluntative Elemente nicht erforderlich.<sup>4)</sup> Aber für den Begriff der Kenntnis ist vorausgesetzt, daß der Handelnde das Gegebensein des Sachverhaltes zum Inhalt einer verbindlichen persönlichen Sicht macht.

Nach ihm sei das Risikowissen allein die Ratio für die erhobene Vorsatzbestrafung, weil die Erschütterung des Vertrauens in die Geltung

---

4) Frisch, Vorsatz und Risiko, S. 341.

der Rechtsordnung und damit die Gefahr für deren Anerkennung und Befolgung allemal größer ist, wenn sich die Tat nicht als Nachlässigkeit, sondern als Ausdruck einer bewußten Entscheidung der Person herauskommt.<sup>5)</sup> Wer jenes seinem Verhalten eingehende Risiko erkannt hat, das sein Verhalten zum verbotenen und tatbestandsmäßigen macht, kann dem Normbefehl, entsprechende Risiken nicht zu setzen, typischerweise wesentlich leichter nachkommen, als eine Person, die eben diese relevante Gefährlichkeit noch gar nicht erfaßt hat.<sup>6)</sup>

Diese Auffassung schließt den Vorsatz trotz vorhandener Gefahrvorstellung aus, wenn der Täter auf den guten Ausgang vertraut, weil in diesem Fall er sich für ein subjektiv gefahrloses Verhalten entscheidet.

### 3. Theorie der unabgeschirmten Gefahr (Herzberg)

Für Herzberg ist Vorsatz die Kenntnis einer unerlaubten oder unabgeschirmten Gefahr der Tatbestandserfüllung. Wenn also der Täter mit seinem Verhalten eine Gefahr dieser Qualität verbunden sieht, dann hat er das für den Vorsatz allein entscheidende Wissen.<sup>7)</sup> Herzberg will nach dem Gegenstand der Kenntnis, also nach der Art der Gefahren den Vorsatz von der Fahrlässigkeit unterscheiden. Wenn die Gefahr eine abgeschirmte wäre, dann ist der Vorsatz schon durch die Ablehnung der objektiven Zurechnung ausgeschlossen, obwohl der Handelnde die Kenntnis über diese Gefahr erlangt hat. Damit erfolgt die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit schon innerhalb des objektiven Tatbestandsbereichs. Unabgeschirmte Gefahr liegt nach Herzberg vor, wenn bei oder nach der Handlung des Täters Glück und Zufall allein oder mit einem großen Anteil dazwischen treten müssen, damit sich der Tatbestand nicht erfülle.

---

5) Frisch, a.a.O., S. 100.

6) Frisch, a.a.O., S. 97.

7) Herzberg, JZ 1988, 639.



Dagegen sei eine Gefahr abgeschirmt, wenn der fahrlässige Täter, der Gefährdete oder ein Dritter durch Sorgfalt und Umsicht den Erfolgseintritt möglicherweise vermeiden können.<sup>8)</sup>

Wenn ein Lehrer den Schülern ein warnendes Verbotsschild mißachtend im gefährlichen Baggersee zu baden erlaubt, liegt daher bei tödlichem Ausgang, unabhängig von der subjektiven Einschätzung des Täters, nur eine fahrlässige Tötung vor. Dagegen handelt es sich um eine unabgeschirmte Gefahr, wenn man mit seinem Pkw gezielt auf Opfer zufährt und gegen die Hauswand quetscht.<sup>9)</sup>

Herzberg meint, daß für die herkömmliche Betrachtung ganz unerklärlich ist, warum in den Beispielen für bewußte Fahrlässigkeit das 'voluntative Moment selbst in Form von Absicht, den Erfolg zu bewirken, hinzugefügt werden kann und dennoch keiner ernstlich die Bestrafung wegen Versuches fordern würde. Nur wenn die ausgelöste Gefahr in ihrer objektiven Qualität schon für den objektiven Tatbestand speziell des Vorsatzdeliktes nicht genügt, werden Ernstnahme der Gefahr und Absicht strafrechtlich gegenstandslos.<sup>10)</sup> Es kommt für den Vorsatz nicht darauf an, daß der Täter eine erkannte Gefahr ernstgenommen, sondern daß er eine ernstzunehmende Gefahr erkannt hat.<sup>11)</sup>

Zum Einwand nennt Roxin ein Beispiel: wenn jemand mit hoher Geschwindigkeit auf den Polizisten zufährt, so ist das normalerweise kein Mordversuch, weil der Täter darauf vertraut, daß der Polizist noch rechtzeitig beiseite springen werde. Nach Herzberg wäre das Ergebnis gleich, aber durch die Begründung mit der abgeschirmten Gefahr. Wenn der Täter aber mit Tötungsabsicht auf den Polizisten zurast, ist nicht plausibel, daß dies nur deshalb kein Mordversuch sein soll, weil das Gelingen nicht sicher ist und der Polizist in letzter Sekunde beiseite

8) Herzberg, a.a.O., S. 642.

9) BGH NStZ 1984, 19.

10) Herzberg, JZ 1988, 641 f.

11) Herzberg, JuS 1986, 256, 262.

springen kann.

Aber der Einwand ist nicht so stichhaltig. Der Täter kann sicherlich die Tötungsabsicht und Voraussicht des Nichteintritts des Erfolgs gleichzeitig haben. Aber wenn trotz der Absicht die objektive Gefahr nicht so groß ist, daß man sie ignorieren kann, ist die Gefahr abgeschirmt. Wenn ein Täter dagegen eine Gefahr bestimmter Qualität rational-kognitiv vor Augen gehabt hat, ist es für den Vorsatz bedeutungslos, wie er sich irrational-prognostisch dazu stellt.

#### 4. Ernstnahme- oder Entscheidungstheorie

Nach Auffassung von Roxin ist in einem Strafrechtssystem, in dem es um den Schutz von Rechtsgütern geht, nicht relevant, wie ein Handelnder zu einem spezifischen Erfolg steht, also ob er ihn etwa mißbilligt. Es muß vielmehr verhindert werden, daß der Täter die Tat überhaupt begeht. In einem solchem Strafrechtssystem liegt die schwere Schuld dann vor, wenn sich ein Handelnder gegen den geschützten Rechtswert entscheidet. Wer eine von ihm als möglich erkannte Tatbestandsverwirklichung einkalkuliert und von seinem Vorhaben nicht zurück tritt, hat sich bewußt gegen das durch den betreffenden Tatbestand geschützte Rechtsgut entschieden. Diese Entscheidung für die mögliche Rechtsgutsverletzung ist es, die den bedingten Vorsatz in seinem Unwertgehalt von der bewußten Fahrlässigkeit abhebt und die härtere Bestrafung trägt. Bewußt fahrlässig handelt, wer die Möglichkeit des Erfolgseintritts zwar sieht, sie aber nicht ernst nimmt und sich infolgedessen auch nicht notfalls mit ihr abfindet, sondern leichtsinnig auf das Ausbleiben der Tatbestandserfüllung vertraut.

Das Hauptproblem dieser Theorie ist, daß ihr Entscheidungsbegriff schon Kenntnis der sittlichen Normen voraussetzt. Die Notwendigkeit der Wahl zwischen dem riskanten Handeln und der Aufgabe des Vorhabens entsteht

erst durch die Verknüpfung der Verhaltensalternativen mit Werten. Die Entscheidung ist also erst durch den Gedanken möglich, daß das Handlungsziel mit einem negativ-wertigen Erfolg verbunden ist. Wenn man diese Entscheidung als Vorsatz versteht, so setzt er Kontakt zu sittlichen Normen voraus, der bereits konkrete Handlungsanweisungen und Appelle zur Vermeidung bestimmter Verursachungen vermittelt. Die Wertrelation des Vorsatzes droht aber Unrecht und Schuld zu durchmischen und gerät dadurch zumindest mit der Schuldtheorie in Konflikt, da sie im Fall des Verbotsirrtums verloren gehen und Vorsatz ohne Unrechtsbewußtsein nicht mehr festgestellt werden könnte.<sup>12)</sup> Gegen diesen Einwand macht wiederum Roxin geltend, daß schon das Bewußtsein der Rechtsgutsverletzung, das sich aus dem Tatbestandsvorsatz ergibt, den Täter im Normalfall vor die Entscheidungssituation stellt. Und wo dies anders ist, werde die Schuldtheorie selbst fragwürdig.

Einen anderen Einwand, daß nach dieser Auffassung der bedachtsame und alle vorgestellten Möglichkeiten ernst nehmende Handelnde benachteiligt werde gegenüber dem Sorglos-Leichtsinnigen, hält Roxin für gegenstandslos. Wer die von ihm erkannte Möglichkeit des Erfolgseintritts ernst nimmt, ist gegenüber dem, der dies nicht tut, im Vorteil, weil er klar die Gründe sieht, die es gebieten, von seinem Handeln Abstand zu nehmen. Nicht das Bedenken aller Möglichkeiten, sondern das Weitermachen unter nüchterner Einkalkulierung der Folgen begründet die höhere Strafwürdigkeit im Verhältnis zum Leichtsinningen. Aber wenn die Vorsatzprüfung schon eine Handlung, also "Weitermachen" voraussetzt, dann ist es unmöglich, Bedenken und Weitermachen zu trennen. Damit ist zu sagen, daß der Vorsatz schon mit dem Risikowissen anzuerkennen ist. Hierfür wichtig ist, wie Herzberg meint, daß es für den Vorsatz nicht auf das Ernstnehmen der Gefahr ankommt, sondern auf das Erkennen der ernstzunehmenden Gefahr.

---

12) Ziegert, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, S. 89.

## V. Schluß

Die koreanische Rechtsprechung vertritt zumindest beim Tötungsdelikt die Vorstellungstheorie. Diese Auffassung stimmt mit der Ansicht von Jakobs überein, daß *dolus eventualis* bei besonders wertvollen Rechtsgütern eher als bei den minderwertigen anzunehmen sei.

Die Doluskonzepte von Frisch, Jakobs, Puppe und Herzberg sind in der Begründung im wesentlichen gleich und auch in Resultat befinden sie sich im friedlichen Einklang. Bei der Vorstellungstheorie wird teilweise behauptet, daß das Vertrauen auf den guten Ausgang den Vorsatz ausschließen sollte. Damit wird das Ziel verfehlt, eine klare objektive Grenzlinie zu ziehen. Deshalb soll die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit nach der objektiven Qualität der vom Täter erkannten Gefahr gezogen werden.

In diesem Sinne ist die Argumentation der Entscheidungs- oder Ernstnahmetheorie, die bedeutende Abweichung von kognitiven Theorien ist, daß für den Vorsatz die Entscheidung für die Verletzung des Rechtsguts erforderlich sei, überflüssig. Da eine Stellungnahme nur erforderlich wird, wo die Handlung im weitesten Sinne Wertvolles berührt, wäre nach dieser Auffassung Vorsatz ohne das Erleben einer normativen Bedeutsamkeit nicht denkbar.

Aus dem Vorsatzbegriff darf das voluntative Element nicht völlig eliminiert werden. Wenn ein Täter trotz des Risikowissens weiter handelt, ist daran schon irgendeine Form von voluntativem Element zwangsläufig gebunden. Das voluntative Element im Vorsatz erschöpft sich mit dem Handeln unter Risikowissen. Seine Selbständigkeit oder selbständige Funktion im Vorsatzbegriff braucht nicht mehr zgedacht zu werden.