

im Strafrecht, 2009, S. 207, 243 mit zT krit. Bespr. Jakobs GA 2009, 319; Steinberg JZ 2010, 194 und (insoweit zust.) Roxin ZStW 122 (2010), 672; gegen die Unterscheidung von Zwischenzielen und Nebenfolgen Jakobs RW 2010, 283 (288)). Die Auslegung richtet sich stets nach dem jeweiligen Sinn- und Zweckzusammenhang, in dem das Merkmal vorkommt. Zu Funktionen und Bedeutungen des Absichtsbegriffs Witzigmann JA 2009, 488.

bb) **Wissentlichkeit:** Der Täter handelt, obwohl er weiß oder als sicher voraus- 21
sieht, dass er den Tatbestand verwirklicht (vgl. §§ 16, 17 Abs. 2 E 1962, § 17 Abs. 3 AE; ähnlich BGH NJW 2001, 980 (981); NStZ-RR 2006, 174 (175) „als sichere Folge seiner Handlung voraussieht“); die Hoffnung auf Ausbleiben des Erfolges bzw. der Folgen ist ohne Bedeutung (BGH NStZ-RR 2006, 174 (175)). Hier folgt der unbedingte Verwirklichungswille aus dem Handeln trotz Gewissheitsvorstellung (→ Rn. 18; ebenso Joerden JZ 2002, 414 (415); Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben JuS 2012, 976 (977); Kühl StrafR AT § 5 Rn. 38; krit. Lesch JA 1997, 802 (808); auch Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 220), zB A setzt ein Haus in Brand und sieht als unerwünschte, aber unvermeidliche Nebenwirkung den Tod der Hausbewohner voraus. Wer sicher voraussieht, dass ein bestimmter Erfolg eintreten wird, will ihn auch im Rechtssinne (Ransiek NStZ 2011, 678 (679)). Auch den Begriff „wissentlich“ und andere inhaltsgleiche Begriffe verwendet das Gesetz bisweilen zur Ausgrenzung der bloßen Möglichkeitsvorstellung. In neueren Gesetzen stimmen sie mit der hier gegebenen Begriffsbestimmung überein (zB in §§ 87 Abs. 1, 226 Abs. 2; 258 Abs. 1, 2).

cc) **Beabsichtigter unsicherer Erfolg mit sicherer Nebenfolge:** Der Täter 22
strebt einen nur für möglich gehaltenen außertatbestandlichen Erfolg an, sieht für den Fall des Erfolgeintritts aber die Tatbestandsverwirklichung als sicher voraus; zB A legt zur Begehung eines Versicherungsbetrugs auf einem Schiff eine Zeitbombe und zweifelt an dem zeitgerechten Funktionieren des Zeitzünders, hält aber für den Fall der Zündung den Tod der Mannschaft für sicher (ebenso TK-StGB/Schuster Rn. 68; iE auch Puppe StrafR AT § 1 Rn. 16, 39; aM Hochmayr JBl 1998, 205 (215)).

b) **Bedingter Vorsatz** (krit. zur Terminologie Roxin/Greco StrafR AT I § 12 23
Rn. 24; MüKoStGB/Joecks/Kulhanek § 16 Rn. 31) kommt nur in Frage, wenn der Täter handelt (mit unbedingtem Handlungswillen, BGH GA 1963, 147), obwohl er die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält (→ Rn. 18); beim unechten Unterlassungsdelikt kann sich diese Vorstellung auch auf die Ursächlichkeit (→ Vor § 13 Rn. 12) beziehen (BGH NStZ 2007, 463), so dass der Täter nicht anzunehmen braucht, die „von ihm erwartete Handlung (werde) mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den strafrechtlichen Erfolg verhindern“ (so aber der 5. StS BGHSt 62, 223 = NJW 2017, 3249 mit zust. Bespr. Schroth/Hofmann medstra 2018, 3 (10 f.); Rosenau/Lorenz JR 2018, 168 (180 f.); Kraatz NStZ-RR 2017, 329 (334); dagegen zu Recht abl. Kudlich/Hoven FS Rogall, 2018, 209 (220); Rissing-van Saan/Verrel NStZ 2018, 57 (65 f.); Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben JZ 2018, 32 (37); Hoven NStZ 2017, 707 f.; Greco GA 2018, 539; Ast HRRS 2017, 500; Epitropakis, Die Strafbarkeit der Manipulationen bei der Organallokation nach den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten, 2020, S. 230 f. (249); sowie nunmehr – allerdings in einem obiter dictum – der 1. StS BGH NJW 2021, 326 mAnm Mitsch; zust. Heß HRRS 2021, 266). Dass zu dem intellektuellen ein **voluntatives** Element hinzukommen muss, wird überwiegend (→ Rn. 26, 27) bejaht; sein genauer Inhalt ist jedoch umstritten (zuseh. Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben JuS 2012, 884; sa BGH NStZ 2015, 392; NStZ 2016, 25; speziell bei der Steuerhinterziehung Ransiek NStZ 2011, 679; beim sexuellen Missbrauch mit „Sexspielzeug“ BGH NStZ 2010, 389; bei § 5 HeilPraktG BGH NJW 2011, 3591 mit krit. Bespr. Duttge JZ 2012, 210 (211); zum vermeintlichen Tötungsvorsatz von „Rasern“ Wal-

ter NJW 2017, 1350; die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit ist speziell für den Raser-Fall vom BVerfG gebilligt worden (BVerfG NStZ 2023, 215). – Zur historischen Entwicklung dieses Streits Jescheck ZStW 93 (1981), 3 (29); rechtsvergleichend mit Italien Canestrari GA 2004, 210):

- 24 aa) Wohl noch herrschend sind die in zahlreichen Varianten vertretenen **Einwilligungstheorien**; die eine bestimmte, allerdings jeweils unterschiedlich beschriebene, voluntative (emotionale) Haltung des Täters voraussetzen. Insoweit wird in Bezug auf die Tatbestandsverwirklichung etwa vorausgesetzt: „zustimmen“ oder „einverstanden“ sein Maurach/Zipf StrafR AT I § 22 Rn. 36), „billigen“ oder „billigend in Kauf nehmen“ (so meist die Rspr., zB BGHSt 7, 363 = NJW 1955, 1120; BGHSt 19, 101 = NJW 1963, 2236; BGH NStZ 1983, 365; NStZ-RR 2000, 327; BGH NStZ-RR 2004, 140; NZV 2005, 538; NZV 2006, 270 (271); NStZ-RR 2006, 317 (318); NStZ-RR 2009, 13 (14); NStZ 2008, 453; BayObLG StV 1993, 641 mAnm Dannecker/Stoffers; OLG Saarbrücken NStZ-RR 2009, 80 (91); krit. Analyse der Rspr. bei Herzberg FG BGH, 2000, 51 (72); Herzberg FS Schwind, 2006, 317 (336); krit. auch MüKoStGB/Joecks/Kulhanek § 16 Rn. 57), „ernst nehmen“ (Stratenwerth ZStW 71 (1959), 51; Wolff FS Gallas, 1973, 197), „sich“ (um anderer Ziele willen) „abfinden“ (§ 16 E 1962; auch BGHSt 36, 1 (9) = NJW 1989, 781; BGH NStZ-RR 1996, 2; NStZ 2002, 314; NStZ 2003, 431; NStZ 2003, 603; NStZ 2006, 98 (99); NStZ 2011, 699 (701) „billigt oder sich schon damit abfindet“; krit. Puppe ZIS 2014, 66 (68), ähnlich BGH NStZ-RR 2010, 241; NStZ-RR 2012, 105; BGHSt 56, 277 (284) = NJW 2011, 2895 mit Bespr. Beckemper ZJS 2012, 132 und Kudlich NJW 2011, 2586; BayObLG NJW 2003, 371 (372); OLG Braunschweig NStZ 2013, 593 (595); abl. für den entschiedenen Fall einer Manipulation der Zuteilung von Spenderorganen Schroth NStZ 2013, 441; zust. aber Helmecke/Seeger famos 1/2014, 5) oder bloß „in Kauf nehmen“ (§ 17 Abs. 2 AE; gleichgültige Inkaufnahme verlangen TK-StGB/Schuster Rn. 80, 82, 84; speziell zum voluntativen Element beim Betrugsvorsatz BGH wistra 2008, 342; zu Besonderheiten des Untreuevorsatzes BGHSt 47, 295 (302) = NJW 2002, 2801; → § 266 Rn. 19, krit. LK-StGB/Vogel/Bülte Rn. 114). Die meisten Vertreter dieser Richtung stellen darauf ab, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet (Gropp/Sinn StrafR AT § 5 Rn. 109; Heinrich StrafR AT Rn. 300; Jescheck/Weigend StrafR S. 299; Kühl StrafR AT § 5 Rn. 85; Wessels/Beulke/Satzger StrafR AT Rn. 226; Henn JA 2008, 699; Kühl/Hinderer JuS 2009, 919 (922); krit. ua Weigend ZStW 93 (1981), 657 (667); Schünemann GA 1985, 341 (360); SK-StGB/Stein § 16 Rn. 25–27). Mit dem Sich-Abfinden wird die Assoziation des „billigenden“ Inkaufnehmens mit einem „Erwünschtsein“ vermieden; man kann sich auch mit unerwünschten Folgen seines Handelns abfinden (aus der Rspr. BGH NStZ 2003, 604; NStZ-RR 2017, 385; OLG Braunschweig NStZ 2013, 593 (595); zur Rspr. Kühl StrafR AT § 5 Rn. 56). Alle diese Formeln sind infolge ihres umgangssprachlich unklaren und schillernden Inhalts nicht hinreichend präzise und trennscharf (krit. Schünemann FS Hirsch, 1999, 363 (367); zusf. Küpper ZStW 100 (1988), 758 (764)). Das kennzeichnende Abgrenzungskriterium wird man darin zu finden haben, dass der Täter um seines außertatbestandlichen Zieles willen der Vornahme der Handlung den Vorzug gibt vor dem Verzicht auf sie, obwohl er das Risiko der Tatbestandsverwirklichung nicht psychisch verdrängt, sondern innerlich angenommen („einkalkuliert“) und sich damit für die Möglichkeit der Rechtsgutsverletzung entschieden hat (Roxin JuS 1964, 53; Roxin/Greco StrafR AT I § 12 Rn. 21–34; krit. Prittwitz JA 1988, 486 (490); LK-StGB/Vogel/Bülte Rn. 125; str.). Er muss danach seinen Verwirklichungswillen gegenüber dem Gewicht dieses voll erfassten Risikos durchhalten (ähnlich Hassemer GS Kaufmann, 1989, 289 (300); Schroth, Vorsatz und Irrtum, 1998, S. 13; von anderen Ansätzen aus auch Eser RuE III/Frisch S. 473; Frisch GS Meyer, 1990, 533 (536); sowie Köhler FS Hirsch, 1999, 65 (77); die Gestaltungsmacht betont Jakobs RW 2010,

283 (291); sa Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 133, 168, 219, 269, der auf die Entscheidung für die Handlung abstellt und dafür eine „Lieber-Wollen-als“ Formel prägt; zT krit. dazu Greco ZIS 2009, 816; Jakobs GA 2009, 319; Pawlik ZIS 2010, 339 (340); Roxin ZStW 122 (2010), 672; Steinberg JZ 2010, 194; aus vorrechtlicher Sicht zust. Janzarik ZStW 104 (1992), 65). Auf eine gefühlsmäßige Bejahung des schädlichen Erfolges im Sinne einer erwünschten Wirkung kommt es daher nicht an (hM; krit. Engisch NJW 1955, 1688); bei an sich unerwünschten Nebenfolgen ist aber eine bewusste oder infolge Risikogewöhnung unreflektierte Abwägung erforderlich (vgl. Jakobs RW 2010, 283 (291)), an der es fehlt, wenn der Täter in dem – sei es auch unvernünftigen und ihn selbst korrumpierenden – Vertrauen handelt, die Tatbestandsverwirklichung werde ausbleiben. Auch die bloß gefahrminimierende „Manifestation des Vermeidewillens“ ist als solche nicht ausschlaggebend (hM; anders Kaufmann ZStW 70 (1958), 64); Vermeidebemühungen können aber, wenn der Täter ihrertwegen die Tatbestandsverwirklichung nicht mehr in Betracht zieht, schon die erforderliche Möglichkeitsvorstellung ausschließen oder sonst je nach Sachlage mehr oder weniger das Fehlen einer Entscheidung gegen das Rechtsgut indizieren (Hillenkamp GS Kaufmann, 1989, 351; Hassemer GS Kaufmann, 1989, 291; weiter Schroth NStZ 1990, 324 (325); krit. NK-StGB/Puppe Rn. 41, 42). Das alles kommt auch in der sog. 2. Frank'schen Formel (Frank StGB aF Vor § 59) zum Ausdruck: „Mag es so oder anders sein, so oder anders werden – auf jeden Fall handle ich“.

Auch die **Rspr.**, die verbal auf „billigen“ oder „billigend in Kauf nehmen“ abstellt (BGH NStZ 2014, 35), dürfte dieses Abgrenzungsprinzip zugrundelegen (vgl. etwa BGHSt 36, 1 (9) = NJW 1989, 781; ihr grds. zust. LK-StGB/Vogel/Bülte Rn. 126–128). Sie verfährt allerdings nicht einheitlich, oft formelhaft und auch nicht widerspruchsfrei (krit. ua Herzberg JZ 1988, 635 (637); Brammsen JZ 1989, 71 (77); Bauer wistra 1991, 168; NK-StGB/Puppe Rn. 34). Das beruht vor allem auf der Schwierigkeit, dass das selbständig abzuklärende (BGH NStZ 1988, 175 mit abl. Bespr. Schumann JZ 1989, 427; BGH StV 1993, 307; StV 1994, 640) voluntative Element (iSd beschriebenen Risikobereitschaft) im Prozess **nicht als solches feststellbar** ist. Als innere Tatsache kann es nur aus – oft nicht hinreichend aussagekräftigen – äußeren Indizien (Indikatoren, Hassemer GS Kaufmann, 1989, 305; Schroth FS Widmaier, 2008, 779 (791); auch zu Gegenindikatoren Schroth FS Widmaier, 2008, 779 (794); Steinberg JZ 2010, 712 (715); Kühl StrafR AT § 5 Rn. 87; TK-StGB/Schuster Rn. 87a–87c; SK-StGB/Stein Rn. 58; LK-StGB/Vogel/Bülte Rn. 102–105; Puppe ZIS 2014, 66 (69); aus der Rspr. BayObLG NStZ-RR 2004, 45) erschlossen werden (BGH NStZ 2003, 265), objektivierender Ansatz; zu Grenzen der Normativierung und Objektivierung Vogel GA 2006, 386; allg. zur Feststellung des Vorsatzes im Prozess Immenga, Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung/Loos, 1980, S. 261, 267; Hruschka FS Kleinknecht, 1985, 191; Freund, Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“, 1987; sa BGH NJW 1991, 2094; Volk FS Kaufmann, 1993, 611; Ling JZ 1999, 335; Kaiser ZStW 132 (2020), 780; Stratenwerth/Kuhlen StrafR AT § 8 Rn. 127; informative Übersicht über die Kriterien der Gesamtwürdigung bei Schroth StrafR BT S. 63; sa Puppe ZIS 2014, 66 (68)). Leider hat die Revisions-Rechtsprechung bisher keine gleichmäßig anwendbaren Kriterien für Relevanz und Gewichtung einschlägiger Indiztatsachen entwickelt (problematisch OLG Celle NZV 2001, 354 mkritAnm Wrage NZV 2002, 196), sondern sich meist entweder mit mehr oder minder pauschalen Beanstandungen oder mit unzureichend konkretisierten Hinweisen auf die Unvollständigkeit der Würdigung begnügt (krit. ua Puppe NStZ 1987, 363; GA 2006, 65; Freund JR 1988, 116; StV 1991, 232; Frisch GS Meyer, 1990, 533 (550); Ingelfinger JR 2000, 299 (301); Volk FG BGH, 2000, 739 (744); Steinberg/Stam NStZ 2011, 177; sa Prittwitz JA 1988, 486 (495), der im Rahmen einer sog. Indizientheorie die in Frage kommenden Beweisanzeichen zu gewichten sucht; krit. NK-StGB/Puppe

Rn. 54; Philipps FS Roxin, 2001, 365, der ein „Modell multikriterieller computer-gestützter Entscheidungen“ entwirft). Immerhin hält sie aber **Gewicht und Nähe der Gefahr** für wichtig (zum Indizwert einer höchst lebensgefährlichen Handlung Steinberg JZ 2010, 712). Ist im Einzelfall das Risiko der Tatbestandsverwirklichung hoch und überlässt der Täter es dem Zufall, ob sich die von ihm erkannte Gefahr verwirklicht, so liegt bedingter Vorsatz zwar nicht notwendig vor (BGHSt 35, 21 (25) = NJW 1988, 79; BGHSt 38, 345 (350) = NJW 1993, 273 mit krit. Bespr. Scheffler StV 1993, 470; Beulke JR 1994, 116; Stumpf NStZ 1997, 7; BGHSt 57, 183 (186) = NJW 2012, 1524; BGH StV 2004, 74; NStZ 2006, 446; NJW 2014, 3387; NStZ-RR 2018, 373; StV 2018, 742; sa die Nachw. der zT überzogenen Rspr. zum Tötungsvorsatz unter → § 212 Rn. 3), ist aber doch nahe liegend (BGH JZ 1981, 35 mAnm Köhler; BGH NStZ 1994, 584; NStZ 1996, 227; NStZ 1999, 507; NStZ 2000, 583; NStZ-RR 2001, 369; NJW 2003, 836; NStZ 2003, 431, 541; NStZ 2003, 603; NStZ 2004, 330; NStZ 2006, 98 (99); NStZ-RR 2004, 140; NStZ-RR 2004, 204; NStZ-RR 2006, 317 (318); NStZ 2007, 150, 151; NStZ 2007, 639; NStZ 2007, 700 (701); NStZ 2008, 392; NStZ 2008, 453; NStZ 2009, 91 mit zust. Bespr. Satzger JK StGB § 15 Rn. 8; BGH NStZ 2009, 629 mit Bespr. Steinberg JZ 2010, 718; BGH NStZ-RR 2008, 273 (341); NStZ-RR 2008, 451; NStZ-RR 2009, 309 (310); NStZ 2008, 451; NStZ 2009, 91; NStZ 2010, 373; NStZ 2010, 515; NStZ-RR 2012, 77; NStZ-RR 2012, 105; NStZ-RR 2013, 341; NStZ 2014, 35NStZ 2016, 670; NStZ 2019, 208 mAnm Beining; BGH NStZ 2019, 344; aber sa BGH NStZ-RR 2008, 370; NStZ-RR 2009, 372; speziell bei vorgeschädigten Opfern BGH NJW 2008, 2199; speziell zu ärztlichem Fehlverhalten BGH NStZ 2004, 35; anders bei Verabreichen von lebensgefährdenden Schmerzmitteln über einen längeren Zeitraum, BGH NStZ 2006, 36). Weitere Anhaltspunkte, mit denen sich der Tatrichter in einer **Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände** (BGHSt 36, 1 (10) = NJW 1989, 781; BGHSt 56, 277 (284) = NJW 2011, 2895 mit Bespr. Kudlich NJW 2011, 2856; BGH NStZ 2003, 259 (265); NStZ 2003, 431; NStZ-RR 2007, 199 (267); NStZ-RR 2007, 305; NStZ-RR 2009, 350; NStZ 2009, 91; NStZ 2010, 571; NStZ-RR 2010, 178; NStZ-RR 2011, 105; NStZ 2011, 211; NStZ 2011, 699, 702; NStZ 2013, 581; NStZ-RR 2012, 105; NStZ-RR 2013, 75 (76); NStZ-RR 2013, 89; NStZ-RR 2012, 159 (160); NStZ-RR 2012, 169; sowie BGH NStZ-RR 2012, 341; NStZ 2014, 35 mAnm Schiemann HRSt 2013 Nr. 939; BGH NStZ-RR 2014, 133; NStZ 2015, 514; NStZ 2016, 668 (670); OLG Braunschweig NStZ 2013, 593 (594); einschr. auf Fälle einer einzigen Gewalttat Altvater NStZ 2003, 21 (22) – BGH RsprÜ) je nach Sachlage befassen muss (BGH NStZ 1994, 585; StV 1994, 654), bieten namentlich: die Motivation des Täters (zB unbedingt an das Geld des Opfers zu gelangen, BGH NStZ-RR 2000, 327); die **Gleichgültigkeit** des Täters gegenüber dem möglichen Erfolgeintritt (als „Einverständnis sein“ interpretiert von BGHSt 40, 304 (306) = NJW 1995, 974; BGHSt 50, 1 (7) = NJW 2005, 996 zu § 26; → § 26 Rn. 4; BGH BeckRS 2002, 9744; in Gleichgültigkeitsfällen Vorsatz verneinend BGH StV 1995, 511; BayObLG NJW 2003, 371 (372); sa Schroth StrafR BT S. 793); sein Wissensstand, auch sein konkretes Wissen um die Gefährlichkeit der von ihm gewählten Angriffsart (zB von Brandanschlägen auf Ausländerwohnungen, BGH NStZ-RR 1996, 35; sa BGH NStZ 2003, 265), die Schnelligkeit des Geschehensablaufs und die Spontanität des Täterschlusses (BGH NZV 2001, 266; StV 2004, 74; StV 2012, 89; NStZ-RR 2011, 73; NStZ-RR 2012, 369; NStZ 2010, 571; NStZ 2014, 35; zu Spontanaten Fischer/Anstötz § 212 Rn. 11); der Grad seiner Intelligenz (BGH NJW 2003, 836 (837)); Einsichts- und Steuerungsfähigkeit (BGH StV 1992, 10; NStZ 2003, 370), namentlich auch die jeweilige seelische Belastung (zB durch Alkohol, Drogen, Affekt; vgl. etwa BGH DAR 2002, 274; NStZ 2004, 51, 329; NStZ 2006, 169; NStZ-RR 2004, 204; NStZ-RR 2007, 199; NStZ-RR 2007, 307; NStZ-RR 2010, 144; NStZ 2009, 91; NStZ 2009,

503; NStZ 2010, 571; NStZ 2012, 151; NStZ-RR 2012, 46; NStZ-RR 2013, 75 (76); BGH NStZ 2020, 218; BGH NStZ-RR 2018, 332; NStZ 2020, 613; StV 2021, 229; nicht aber bei dennoch überlegtem und zielgerichteten Vorgehen, BGH NStZ-RR 2013, 341 (342); krit. Roxin/Greco Strafr AT I § 12 Rn. 80); die Gefährlichkeit seiner Angriffsweise im Hinblick auf die jeweilige Tatsituation (BGH NStZ 1994, 483; NJW 1999, 2533 (2534) mAnm Ingelfinger JR 2000, 299 (301)), und seine Vermeidebemühungen (→ Rn. 24; BGH NStZ 2003, 259; NStZ-RR 2006, 100 (101); OLG Saarbrücken NStZ-RR 2009, 80 (81); sogar unzureichende Vorkehrungen, BGH NStZ 2002, 316) sowie die Ankündigung der Tat gegenüber einem rettungsbereiten Dritten (BGH NStZ 2019, 523); der Umstand, ob er zugleich sich selbst (BGHSt 63, 88 = NJW NJW 2018, 1621; BGHSt 65, 42 = NJW 2020, 2900; BGH NStZ 2018, 460; OLG Köln NZV 1992, 80) oder ihm nahe stehende Personen gefährdet hat (etwa die Tochter, BGH NStZ-RR 2009, 173 (175); vgl. auch schon BGH NStZ 1988, 175; NStZ-RR 2007, 267, dazu Schroth Strafr BT S. 795); sein Nachtatverhalten, soweit es Rückschlüsse auf den psychischen Zustand zur Tatzeit zulässt (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 8 (9); NStZ-RR 2007, 199; NStZ 2007, 331; NStZ 2012, 443, nachträgliches Bedauern); Besonderheiten seiner Persönlichkeit, aus denen Hinweise auf die Motivlage ableitbar sind (BGH NStZ-RR 2008, 309 (310); zur Beweismäßigkeit BGH NJW 2012, 2898, Schönheitschirurg; BGH NStZ 2012, 384; zusf. Schroth NStZ 1990, 324 mit Erwiderung Frisch NStZ 1991, 23; speziell zur AIDS-Problematik → § 224 Rn. 10); die fußballerische Vorerfahrung des Täters und die Fähigkeit, heftige Fußtritte gegen den Kopf zu dosieren, können gegen das Willenselement sprechen (BGH NStZ 2013, 581). Der Vorschlag von Puppe (ZStW 103 (1991), 1 (14, 40); Puppe, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 40; NK-StGB/Puppe Rn. 64–87), das voluntative Element nicht als psychologischen Befund, sondern normativ im Sinne einer „vernünftigen“ Einstellung zur jeweiligen Risikolage zu verstehen, ist problematisch, weil er die individuelle Entscheidung des Täters für die mögliche Rechtsgutsverletzung, die allein für die Begründung personalen Vorsatzunrechts tragfähig ist, ihres personalen Charakters entkleidet (krit. SK-StGB/Stein § 16 Rn. 26; krit. auch Ling JZ 1999, 339; für durchgängige Normativierung aber auch Schild Widmungsschrift Rehbinde, 1995, 119). Da überdies in diesem Modell der Maßstab der Vernünftigkeit weitgehend im Dunkeln bleibt, liegt es nahe, dass er nicht weniger unsicher und für Willkürentscheidungen anfällig ist als der Maßstab der Rspr., und zwar namentlich auch deshalb, weil die abschließende Bewertung in jedem Falle auf dem ebenso schwer beweisbaren Wissenselement (den Vorstellungen des Täters über die Risikolage) fußen muss (vgl. etwa BGH NStZ 1987, 424; NStZ 1988, 361; NStZ 1991, 126).

bb) Die in der Vergangenheit vielfach, heute aber kaum mehr vertretene **Wahrscheinlichkeitstheorie** leugnet ein voluntatives Element ganz und stellt für die Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit allein auf das Maß der vom Täter angenommenen Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ab (Mayer Strafr AT S. 121; eing. NK-StGB/Puppe Rn. 58–63, nach der sich die theoretischen Ausgangspositionen dieser Theorie durchgesetzt haben). Allerdings stehen dieser Lehre einige Varianten der Einwilligungstheorie verhältnismäßig nahe. Das gilt zB für die Ansicht von Welzel (Welzel Dt. Strafr S. 68), nach der es darauf ankommt, ob der Täter mit dem Eintritt des Erfolges rechnet oder auf sein Ausbleiben vertraut, ferner für die sog. „Gefährdungstheorie“, nach der ausschlaggebend ist, ob sich der Täter von seinem Vorhaben nicht abhalten lässt, obwohl er die konkrete Gefahr der Tatbestandsverwirklichung erkennt (Otto NJW 1979, 2414; Otto Strafr AT § 7 Rn. 34–37; Brammsen JZ 1989, 71 (78)), und schließlich auch für die sog. „Vereinigungstheorie“, die voraussetzt, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung billigt, für wahrscheinlich hält oder ihr völlig gleichgültig gegenübersteht (LK-StGB/Schroeder, 11. Aufl. 1992, § 16 Rn. 85–93; ebenso MüKoStGB/Joecus/Kulhanek § 16

26

Rn. 59; zur **Gleichgültigkeit** als möglichem Vorsatzelement in der Rspr. → Rn. 25; Hermanns/Hülsmann JA 2002, 140 (141); TK-StGB/Schuster, Rn. 84; aus Gleichgültigkeit in Kauf nehmen; krit. zum Vorsatz als Gleichgültigkeit NK-StGB/Puppe Rn. 56, 57; Kindhäuser FS Eser, 2005, 345 (356); Kindhäuser/Zimmermann Strafr AT § 14 Rn. 26, 29; Hoyer GA 2021, 368 (379); Walter Kern des Strafrechts S. 185; zur „Gleichgültigkeit als dolus indirectus“ Jakobs ZStW 114 (2002), 584 (595), der beides annimmt, wenn der Täter nur eigene Interessen wahrnimmt und eine sich aufdrängende Tatbestandsverwirklichung nicht bedenkt; krit. Vogel GA 2006, 386 (388)).

- 27 cc) In Teilen des neueren Schrifttums wird ein selbständiges voluntatives Element auch auf der **Grundlage abweichender Vorsatzkonzeptionen verneint** und bedingter Vorsatz – von Grenzfällen abgesehen – schon bei jedem Handeln im Bewusstsein möglicher Tatbestandsverwirklichung angenommen (**Möglichkeits-theorie**; vgl. ua Schmoller ÖJZ 1982, 259 (281); Schmidhäuser FS Oehler, 1985, 135; Kindhäuser ZStW 96 (1984), 1; GA 1994, 197 (203); Hruschka FS Klein-knecht, 1985, 191 (193); Schumann JZ 1989, 427; Langer GA 1990, 435 (458); Jakobs Strafr AT Abschn. 8 Rn. 8; Leipold/Tsambikakis/Zöller/Zielinski §§ 15, 16 Rn. 18, 72–80; iErg auch Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988, S. 150; einschr. Kargl, Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie, 1993, S. 70, der das Bewusstsein überwiegender Wahrscheinlichkeit fordert). Diese Lehren suchen zwar unbestreitbare Schwächen der Einwilligungstheorien zu vermeiden. Meist verlagern sie diese aber nur ohne spürbare Verbesserung der Abgrenzungskriterien (→ Rn. 25) in andere systematische Zusammenhänge (krit. dazu Puppe ZStW 103 (1991), 1 (6, 9)); denn sie sind genötigt, die nach ihrem Ausgangspunkt allein maßgebende Relevanz der Möglichkeitsvorstellung wieder einzugrenzen, um eine unangemessene Ausdehnung des Vorsatzbereichs zu verhüten (abl. daher ua Spendel FS Lackner, 1987, 167; Küpper ZStW 100 (1988), 758; Brammsen JZ 1989, 71; Schultz FS Spendel, 1992, 303). So wird zB das Erfordernis der Möglichkeitsvorstellung einschränkend interpretiert (so Schmidhäuser FS Oehler, 1985, 135; Schmidhäuser JuS 1980, 241; JuS 1987, 373 (377); sowie Schmidhäuser Studienbuch Strafr AT § 7 Rn. 36–43) oder das kognitive und das voluntative Element in einem bestimmt strukturierten, auch Willensmomente einbeziehenden **Risikobewusstsein** (ein „Für-sich-so-Sehen“) konfundiert (so Frisch NSTZ 1991, 23; Freund JR 1988, 116; Freund/Rostalski Strafr AT § 7 Rn. 54, 68 („normative Risikotheorie“ nach Murmann GK Strafr § 24 Rn. 32); ähnlich Schünemann/Pfeiffer, Die Rechtsprobleme von AIDS/Bottke, 1988, S. 171, 193; und Mir Puig Schünemann-Symposium, 2005, 77 (99)) oder noch weitergehend eine Einschränkung schon des objektiven Tatbestandes der Vorsatzdelikte auf die Setzung „unabgeschirmter“ Gefahren postuliert (so Herzberg JuS 1986, 249; JuS 1987, 777; NJW 1987, 1461 (1463); NJW 1987, 2283; JZ 1988, 635; JZ 1989, 470 (476), mit Gesetzesvorschlag Herzberg FS Schwind, 2006, 317 (336); zust. Schlehofer NJW 1989, 2017 (2018); krit. Jakobs RW 2010, 283 (294), nach Vorsatz der „Wille mit dem Inhalt“ ist, „eine entscheidungsrelevante Gefahr zu gestalten“; ähnlich NK-StGB/Puppe Rn. 64–87, § 16 Rn. 68–74, die auf die Setzung einer „qualifizierten“ Gefahr abstellt; krit. Lüderssen FS Schreiber, 2005, 289 (299); Roxin FS Rudolphi, 2004, 243; Herzberg FS Schwind, 2006, 317 (326); Jakobs RW 2010, 283 (295); abl. ua Prittwitz StV 1989, 123 (124); Jakobs Strafr AT Abschn. 8 Rn. 29a; sa Canestrari GA 2004, 210, nach dem sich der Vorsatz zunächst auf ein nicht erlaubtes Risiko beziehen muß; Schladitz ZStW 134 (2022), 97). Im Ganzen ist die Diskussion noch zu wenig fortgeschritten, um darauf einen grundsätzlichen, auch für die Rspr. annehmbaren Umbau der Vorsatzlehre gründen zu können. Unergeblich ist jedenfalls eine sprachliche Kontroverse (ebenso Roxin/Greco Strafr AT I § 12 Rn. 72; TK-StGB/Schuster Rn. 12–14). Zwar werden die voluntativen Voraussetzungen des Vorsatzes umgangssprachlich nur zT von dem in

der Kurzformel ($\rightarrow$ Rn. 3) verwendeten Begriff des Wollens gedeckt (so mit Recht Schmidhäuser FS Oehler, 1985, 135; sa Morselli ZStW 107 (1995), 324). Das hat aber für die Konstituierung des Vorsatzbegriffs keine Aussagekraft (Spendel FS Lackner, 1987, 167) und ist deshalb auch untauglich, als Sachargument für die Forderung nach vollständigem Verzicht auf das voluntative Element zu dienen (hM; anders Schmidhäuser FS Oehler, 1985, 137 (146); sa Langer FS Geerds, 1995, 51 (68)). Der sprachliche Einwand legt allenfalls eine Präzisierung der (unexakten) Kurzformel nahe. – Kritisch zur Verabsolutierung einzelner Kriterien Duttge JahrbRuE 2003, 103 (109), der auf die relevanten Aspekte der Situation abstellen will.

c) Grundsätzlich reicht **jede Vorsatzform** zur Erfüllung des inneren Tatbestandes aus, es sei denn, dass sich aus Wortlaut oder Zweck der einzelnen Vorschrift etwas anderes ergibt (LK-StGB/Vogel/Bülte Rn. 96). Der Ausschluß des *dolus eventualis* als Vorsatzform ist dem StGB nicht fremd (KG NJW 2014, 3798 (3800)); so etwa §§ 87 Abs. 1, 126 Abs. 2, 134, 145, 164, 187, 201 Abs. 3, 241 Abs. 2, 258, 279, 344; aus dem Nebenstrafrecht: § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthaltsgG und § 38 Nr. 2 PfandbriefG. Bei den konkreten Gefährdungsdelikten ($\rightarrow$ Vor § 13 Rn. 32) braucht sich der (direkte oder bedingte) Vorsatz nur auf die Gefährdung zu beziehen (sog. **Gefährdungsvorsatz**; zusef. Wolters LdRerg 8/1900, S. 9). Er deckt sich nicht mit dem Verletzungsvorsatz; denn die Erwartung, den Schaden vermeiden zu können, schließt nicht aus, dass der Täter die Gefahr (nicht den Schaden) als notwendige Folge der Tathandlung ansieht oder sie als deren mögliche Folge billigend in Kauf nimmt (BGHSt 22, 67 (73) = NJW 1968, 1244; BGHSt 26, 244 (246) = NJW 1976, 381; BGH NStZ 2001, 247 mit Bespr. Heger JA 2001, 631; v. Hippel ZStW 75 (1963), 433; Küpper ZStW 100 (1988), 758 (768); TK-StGB/Schuster Rn. 98a; Fischer/Anstötz Rn. 10; SK-StGB/Hoyer Anh. zu § 16 Rn. 11; iE auch Eser RuE III/Frisch S. 290; Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988, S. 151; Schünemann FS Hirsch, 1999, 363 (375); Radtke NStZ 2000, 88 (89); aM Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 204; Wolter JuS 1981, 168 (171); Schmidhäuser FS Oehler, 1985, 135 (153); nach Stein FS Wolter, 2013, 521, setzen vorsätzliche Gefährlichkeits- und konkrete Gefährdungsdelikte Verletzungsvorsatz voraus); allerdings setzt dabei die erforderliche Bedeutungskennntnis ($\rightarrow$ Rn. 14) voraus, dass diese Folge auch vom Täter als bedrohlicher Zustand begriffen wird (Meyer-Gerhards JuS 1976, 228; sa BGH NZV 1996, 457).

d) Bisweilen treffen **mehrere Vorsatzformen** in der Weise zusammen, dass der Täter zwar nur eine Handlung vornehmen will, dabei aber mehrere, einander nach den Umständen ausschließende Tatbestandsverwirklichungen anstrebt oder in Kauf nimmt (sog. **Alternativvorsatz**), etwa wenn er Wild entwendet, das nach seiner Kenntnis entweder noch herrenlos ist (§ 292) oder schon einem anderen gehört (§ 242), oder wenn er einen Schuss abgibt, um entweder einen Menschen (§§ 211, 212) oder wenigstens den ihn begleitenden Hund (§ 303) tödlich zu treffen. Da der Täter in solchen Fällen jeweils alle beteiligten Rechtsgüter verletzt oder gefährdet hat, kommt nach hM Strafbarkeit in Bezug auf alle Möglichkeiten (bei dem jeweils objektiv nicht verwirklichten Tatbestand uU wegen Versuchs) in Frage (Schlehofer, Vorsatz und Tatabweichung, 1996, S. 173; Köhler Strafr AT S. 169; Roxin/Greco Strafr AT I § 12 Rn. 92–94; Zieschang Strafr AT Rn. 173; NK-StGB/Puppe Rn. 115, 116; SK-StGB/Stein § 16 Rn. 50); vorzugswürdig ist die Auffassung, die den Vorsatz des schwereren Delikts für maßgeblich hält (Kühl JuS 1980, 273 (275); Otto Strafr AT § 7 Rn. 23; LK-StGB/Vogel/Bülte Rn. 136; diff. Schmitz ZStW 112 (2000), 301 (318, 332); Heinrich Strafr AT Rn. 294; TK-StGB/Schuster, Rn. 90–92; Wessels/Beulke/Satzger Strafr AT Rn. 231–237; vgl. auch Joerden ZStW 95 (1983), 565; JZ 1990, 298; JZ 2002, 414 (415); Sánchez ZStW 101 (1989), 352 (379); Walter Kern des Strafrechts S. 299, Konkurrenzproblem; zusef. Jeßberger/Sander JuS 2006, 1065). Führt der Versuch einer in Richtung einer Person beabsich-

tigten Körperverletzung oder Tötung zum ersatzweise billigend in Kauf genommenen Erfolg bei einer anderen Person soll nach neuester Rspr. Idealkonkurrenz zwischen § 223 und §§ 223, 22 anzunehmen sein (BGHSt 65, 231 = NJW 2021, 795 mAnm Mitsch; zust. Roxin JR 2021, 2021, 332; Grünewald JZ 2021, 635; Schuster NStZ 2021, 422; Eisele JuS 2021, 336; Kudlich JA 2021, 339; Theile ZJS 2021, 551; dafür auch Li ZIS 2022, 27; überzeugend krit. dagegen Schefer/Kemper HRRS 2021, 173; schon tatbestandsmäßig sei es kein kumulativer Vorsatz, überdies sollte der Versuch konkurrenzrechtlich hinter die Vollendung (bei der tatsächlich getroffenen Person zurücktreten)). Dagegen ist beim **kumulativen Vorsatz**, bei dem der Täter davon ausgeht, dass neben der primär gewollten Tatbestandsverwirklichung ein weiterer Erfolg eintreten könnte, Tateinheit zwischen den versuchten bzw. vollendeten Straftaten anzunehmen (Satzger Jura 2008, 112 (118); Kühl StrafR AT § 5 Rn. 27b; sa BGH NStZ-RR 2006, 168 mit zust. Bespr. Satzger JK StGB § 24 Rn. 35; krit. aber Bosch JA 2006, 330).

- 30 **4. Verhältnis von Wissen und Wollen.** Die Wissens- und Willensseite des Vorsatzes sind nur verschiedene Elemente **desselben** komplexen psychologischen Sachverhalts. Der Versuch, das Wesen des Vorsatzes vornehmlich aus seinem Wisenselement (Vorstellungstheorie) oder seinem Willenselement (Willentheorie) zu erklären, hat überwiegend nur noch dogmengeschichtliche Bedeutung (Maurach/Zipf StrafR AT I, 8. Aufl. 1992, § 22 Rn. 14–17).
- 31 **5. Vorsatz- und Schuldtheorie.** Der unter → Rn. 4–30 erläuterte Vorsatz ist ein wertfreier psychologischer Sachverhalt (str. für den bedingten Vorsatz). Dass er als solcher selbständige Bedeutung erlangen kann (zB iRd § 20), ist allgemein anerkannt. Ein Kernpunkt der wissenschaftlichen Auseinandersetzungen in den letzten Jahrzehnten (zu deren historischem Ablauf Jescheck ZStW 93 (1981), 3 (32)) war jedoch die Frage, ob der Vorsatz sich in der psychologischen Beziehung des Täters zur Tat erschöpft (sog. „natürlicher“ Vorsatz) oder ob er als **dolus malus** noch ein zusätzliches Moment voraussetzt, nämlich das Bewusstsein (die Einsicht), Unrecht zu tun (Unrechtsbewusstsein, → § 17 Rn. 2; vgl. Jakobs StrafR AT Abschn. 19 Rn. 14; Jakobs FS Rudolphi, 2004, 107 (110); krit. Schönemann ZStW 126 (2014), 1 (13)).
- 32 **a) Das Reichsgericht** (zB RGSt 61, 242 (258); RGSt 62, 289; RGSt 63, 215 (218)) hat das Erfordernis des Unrechtsbewusstseins unter Hinweis auf den Wortlaut des § 59 aF grds. verneint (error iuris nocet).
- 33 **b) Die Vorsatztheorie**, die in Frontstellung zu der mit dem Schuldprinzip unvereinbaren Rspr. des RG entstanden ist und auch heute noch vereinzelt in der Wissenschaft vertreten wird (→ § 17 Rn. 1), sieht im Unrechtsbewusstsein das Kernstück des Vorsatzes (TK-StGB/Cramer, 19. Aufl. 1978, Rn. 101). Sie ist trotz mancher gewichtige Argumente von der Rspr. vor allem deshalb verworfen worden, weil sie zu dem kriminalpolitisch unbefriedigenden Ergebnis führt, dass der vorwerfbar (sog. Rechtsfahrlässigkeit), aber ohne Unrechtsbewusstsein handelnde Täter straffrei bleiben muss, wenn die fahrlässige Begehung nicht mit Strafe bedroht ist. Das 2. StrRG hat der Vorsatztheorie durch § 17 den Boden entzogen. Zum Zivilrecht Walker AL 2015, 102 (112).
- 34 **c) Die Schuldtheorie**, der sich die Rspr. seit BGHSt 2, 194 = NJW 1952, 593 angeschlossen hat und die jetzt auch durch § 17 (→ § 17 Rn. 1) bestätigt wird, trennt Vorsatz und Unrechtsbewusstsein (zust. Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben JuS 2012, 884 (887)). Sie geht davon aus, dass die tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung, die auch die erforderliche psychische Beziehung des Täters zur Tat aufweist, als Objekt der Schuldbewertung von der Wertung selbst zu scheiden sei. Bei dieser Betrachtung kann der Vorsatz nur ein selbständiges, vom normativen