

„J. S. F. von Böhmer (1704-1772) und der *dolus eventualis*. -Kann der große Professor der alten Viadrina dem heutigen Strafrecht noch etwas geben?“*

Von Professor Dr. Dr. Uwe Scheffler, Frankfurt (Oder)

Von *Eberhard Schmidt*, dem wichtigsten neueren Historiker des deutschen Strafrechts, wird *Johann Samuel Friedrich von Böhmer* der „(Karl) *Binding* des 18. Jahrhunderts“ genannt¹ -eine Aussage, die für den Kundigen zweierlei beinhaltet: Zunächst einmal ist danach *Böhmer* als der größte deutsche Strafrechtsdogmatiker seiner Zeit anzusehen². Dem mag problemlos zuzustimmen sein. Allein die Tatsache, daß ihm das Verdienst zukommt, das erste deutsche Strafrechtslehrbuch von wissenschaftlicher Bedeutung geschrieben zu haben, rechtfertigt schon das Lob, bis dato den „Höhepunkt der deutschen Strafrechtswissenschaft“ darzustellen³. Aber die Aussage *Eberhard Schmidts* beinhaltet auch eine diskrete Kritik: So wie *Karl Binding*, anders als die beiden anderen großen Strafrechtler des 19. Jahrhunderts, *Feuerbach* und v. *Liszt*, als der konservative „Vollender“ der Epoche der liberal-rechtsstaatlichen Gestaltung des Strafrechts gilt⁴, sei auch *Böhmer* kein „Bahnbrecher ... eines neuen Strafrechts“⁵, kein „genialer Neuerer“⁶ gewesen, weil ihm die „kritische Haltung gegenüber dem geltenden Recht“ fehlte⁷.

Nun ist es das Schicksal derjenigen, die ihr Gebiet zu höchster Vollendung gebracht haben, zwar bewundert und verehrt zu werden, nicht aber, großen Einfluß auf die Zukunft auszuüben. Eher sind es Nonkonformisten, lehren uns etwa *Emile Durkheim*⁸ und *Thomas S. Kuhn*⁹, die das Rad der Geschichte in Bewegung halten. Genauso wie v. *Liszt* und *Feuerbach* deshalb inzwischen *Binding* überragen, wird *Böhmer* heute von seinem italienischen Zeitgenossen *Cesare Beccaria* weit in den Schatten gestellt. *Beccaria*, der sich gegen das Strafrecht seiner Zeit mit noch nie gehörten Worten wandte und einen rechtsstaatlichen und humanen Strafprozeß forderte¹⁰, wird noch jetzt von modernen kriminalpolitischen und kriminologischen Strömungen als „Vater“ in Anspruch genommen, dessen Denken bis auf den heutigen Tag Bedeutung habe“. *Böhmers* Einfluß blieb dagegen „auf die Wissenschaft seiner Zeit“ be-

schränkt¹². - Wie sollte dann aber *Böhmer* unserem heutigen Strafrecht noch etwas geben können?

Das Bild verdüstert sich eher noch, verläßt man den Bereich der Rechtswissenschaft und sucht Beispiele auf kulturellem Gebiet, etwa in der bildenden Kunst. Auch hier verehren wir die Vollender der jeweiligen Epochen bis heute auf das Höchste: Ob *Raffael*, *Michelangelo* und *Leonardo* in der italienischen Renaissance, *Rubens*, *Vermeer* und *van Dyck* im holländisch-flämischen Barock oder *Caspar David Friedrich* und *Philipp Otto Runge* in der deutschen Romantik. Doch bei allem Respekt, bei aller Bewunderung ob ihrer perfekten Werke haben diese Künstler wenig Einfluß auf spätere Epochen ausgeübt. Dieser Befund ändert sich schlagartig dann,

* Antrittsvorlesung am 7. Juni 1994 in Frankfurt (Oder).

¹ *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 148.

² So auch ausdrücklich *Schmidt*, Einführung, § 154.

³ v. *Bar*, Geschichte des deutschen Strafrechts und der Straftheorien, 1882, S. 152; ähnlich *Günther*, Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts, 2. Abtlg., 1891, S. 135; *Boldt*, Johann Samuel Friedrich von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft, 1936, S. 13 m. w. N.

⁴ So auch ausdrücklich *Eb. Schmidt*, Einführung, § 273 a. E.

⁵ *Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, 1966, S. 420.

⁶ *Boldt*, Böhmer, S. 46.

⁷ *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 1984, § 45 Rdn. 233.

⁸ *Durkheim*, Les Regles de la methode sociologique, 1895 (dt. 1961).

⁹ *Kuhn*, The Structure of Scientific Revolutions, 1962 (dt. 1973).

¹⁰ *Beccaria*, Dei delitti e delle pene, 1764 (dt. 1966).

¹¹ Siehe etwa *Sack* in *Sack/König* (Hrsg.), Kriminalsoziologie, 3. Aufl. 1979, S. 434; *Kunz*, Kriminologie, 1994, § 11 Rdn. 6 f.

¹² *Hornung-Grove*, Beweisregeln im Inquisitionsprozeß *Johann Brunnemanns*, *Johan Paul Kress* und *Johann Samuel Friedrich Boehmers*, Diss. iur. Göttingen 1974, S. 7; ähnlich *Eb. Schmidt*, Einführung, § 148; siehe auch *Döhring*, Geschichte der juristischen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität Kiel 1665-1965, 1965, S. 84.

wenn man die bekanntesten Zeitgenossen der erwähnten Künstler betrachtet, deren Werke man nur zwiespältiger einordnen kann: *Tizian*, *Franz Hals* oder *Karl Blechen* standen zeitlebens eher im Schatten der genannten Maler, haben aber auf die Kunstgeschichte späterer Epochen eine weitaus größere Wirkung ausgeübt. Auf die Spitze treiben kann man diesen Gedanken dann, wenn man die großen Außenseiter ihrer Zeit betrachtet: Der verarmte *Rembrandt*, der taube *Goya* und der kranke *van Gogh* waren es etwa, die die Kunst noch viele Jahre nach ihrem Tod nicht nur inspirierten, sondern regelrecht leiteten.

In Übereinstimmung mit diesen Überlegungen ist *Böhmer* denn auch mit seinem Zeitgenossen *Georg Friedrich Händel*, dem großen Vollender der Barockmusik, verglichen worden¹³ und nicht mit dem etwa gleichaltrigen *Carl Philipp Emanuel Bach*, dessen Werk schon dem musikalischen Sturm und Drang verpflichtet war und selbst die Wiener Klassik beeinflusste. - Wie also sollte dann *Böhmer* noch das Strafrecht des ausgehenden 20. Jahrhunderts befruchten können?

Wenn man sich die Biographie *Böhmers* näher ansieht, verstärkt sich diese Skepsis sogar noch¹⁴: Er wurde am 19. Oktober 1704 in Halle als ältester Sohn des dortigen Professors für Kirchenrecht, *Justus Henning Böhmer*, geboren. Er studierte in Halle ab 1720 und erhielt dort schon 1726, gerade 22jährig, eine Professur. Seine Prüfungen bestand er teilweise „unter dem Vorsitz seines großen Herrn Vaters“¹⁵, der ihn auch 1725 promovierte. Er heiratete die Tochter des berühmten Mediziners und Chemikers *Stahl*, mit der er Zeitgenossen zufolge „in einer vergnügten Ehe gelebet“ hat¹⁶ und die ihm acht Kinder gebar. Aufgrund des engen Verhältnisses zu seinem Vater, dem er im Alter zur Seite stehen wollte, lehnte er es 1746 ab, auf Vorschlag *Friedrich II.* an das Reichskammergericht zu gehen. Erst nach dem Tod seines Vaters folgte er 1750 einem Ruf des Königs an die alte Viadrina in Frankfurt, den er trotz *Friedrichs* Sorge, daß nunmehr Halle in „decadence“ gerate und ruiniert werde“, erhalten hatte. Er wurde zugleich Direktor der Universität¹⁸ - eine Art Aufseher über seine Amtsgenossen - bei der ungewöhnlich hohen Besoldung von 800 Thalern Jahresgehalt und freier Wohnung¹⁹. 1770 geadelt, ist er hier am 20. Mai 1772 verstorben. - Ist das der Lebenslauf eines Vordenkers?

Es hat den Anschein, als habe *Böhmer* hier an der Viadrina ein selbstherrliches Regiment geführt. Anders als *Johann Jakob Moser*, der größte Staatsrechtler seiner Zeit, wenige Jahre zuvor, setzte er sich als Direktor durch²⁰. Nach seinem Tode beklagten sich die restlichen Professoren beispielsweise darüber, daß er anstelle des Dekans Prozeßakten entgegengenommen und diese nicht gleichmäßig verteilt, sondern zum größten Teil selbst bearbeitet hatte²¹. Dabei war es selbst dann geblieben, als infolge der dadurch eintretenden Verzögerungen der König angeordnet hatte, auch anderen Professoren Akten zuzuteilen²². Um diesen Vorgang zu verstehen, muß man wissen, daß es in der damaligen Zeit üblich war, daß zumindest in allen zweifelhaften und schwierigen Fällen die häufig ungelehrten Richter Akten entweder an die landesherrlichen Obergerichte oder aber an die Juristenfakultäten zwecks Einholung eines Gutachtens versandten, das dann zumeist einfach als eigenes Urteil veröffentlicht wurde²³. In der Mark Brandenburg waren durch den Landtagsabschied und Revers von Küstrin seit 1611 die Gerichte angewiesen, sich nicht nur an den Brandenburgischen Schöffentuhl, sondern auch an die Juristenfakultät in Frankfurt an der Oder zu wenden²⁴. Das bedeutet, daß die Frankfurter Fakultät und damit zuvörderst *Böhmer* großen Einfluß auf die Rechtsprechung dieser Zeit bekam. Darauf muß es ihm auch angekommen sein, machten doch sonst schon

Zeitgenossen die Beobachtung, daß „wenigstens bey talentvollen Männern“ die Arbeitskraft der Aktenbearbeitung „am wenigsten gewidmet seyn wird“²⁵. *Böhmers* Einfluß wird noch sichtbarer, wenn man bedenkt, daß er seine Konsilien zumeist - anders als seine Bücher - in deutscher Sprache abfaßte, somit also allgemeinverständlich war, und von Allegaten nur äußerst sparsam Gebrauch machte²⁶. - Einflußreich und durchsetzungsfähig - typische Eigenschaften für einen Mann, der uns fast ein Vierteljahrtausend später inspirieren soll?

Die durchweg konservative Grundhaltung *Böhmers* wird besonders deutlich, wenn man seine Einstellung zur Folter betrachtet. Noch kurz vor seinem Tode hat *Böhmer* die Anwendung der Folter bejaht, die für die meisten Fälle von *Friedrich II.* für Preußen schon durch Kabinettsorder vom 3. Juni 1740 abgeschafft und sechzehn Jahre später endgültig beseitigt worden war²⁷. Dieses Faktum wirft ein besonders bezeichnendes Licht auf das Denken *Böhmers*, beachtet man die wissenschaftssoziologischen Zusammenhänge der Schulbildung²⁸: Bekanntlich war der erste große Bekämpfer der Folter *Christian Thomasius*²⁹, übrigens vier Jahre lang Student in Frankfurt, hier 1679 promoviert und später, nachdem er einige Vorlesungen an der Viadrina gehalten hatte, Professor in Halle. *Böhmers* hochverehrter Vater lehnte sich nun nicht nur als junger Hochschullehrer eng an den langjährigen Frankfurter Professor *Samuel Stryk*, den Lehrer von *Thomasius*, an³⁰, sondern lernte selbst bei *Thomasius*³¹ und wird sogar zu dessen Schule gezählt³². Demzufolge setzte sich auch der alte *Böhmer* dafür ein, die Anwendung der Folter einzuschränken³³. Auch „unser“ *Böhmer* soll noch bei *Thomasius* gehört haben³⁴. In diesem geistigen Umfeld aufgeklärter Älterer wäre also eine weniger unzeitgemäße Meinungsbildung *Böhmers* eher zu erwarten gewe-

¹³ *Boldt*, *Böhmer*, S. 3.

¹⁴ Näher v. *Strintzing/Landsberg*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abt. III, Halbbd. I, 1898, S. 204; *Horning-Grove*, Beweisregeln, S. 4; *Boldt*, *Böhmer*, S. 4 f.

¹⁵ Siehe *Weidlich*, Geschichte der jetztlebenden Rechtsgelehrten in Teuschland und zum Teil auch außer demselben, als ein Rechtsgelehrten Lexicon in alphabetischer Ordnung, nebst einer hierzu dienlichen Vorrede, I. Theil, 1748, S. 66; siehe auch *Boldt*, *Böhmer*, S. 4.

Fn. 3.

¹⁶ Siehe *Boldt*, *Böhmer*, S. 4.

¹⁷ *Bornhak*, Geschichte, S. 107.

¹⁸ Näher *Hausen*, Geschichte der Universität und Stadt Frankfurt an der Oder, 2. Aufl. 1806, S. 92 ff.

¹⁹ *Bornhak*, Geschichte der preussischen Universitätsverwaltung bis 1810, 1900, S. 69; 114; 177 f.; siehe aber auch *Hausen*, Geschichte, S. 24 f., wonach Darjes mit 1100 Thalern besoldet wurde.

²⁰ Näher dazu *Bornhak*, Geschichte, S. 177 f.

²¹ *Horning-Grove*, Beweisregeln, S. 4; siehe auch *Bornhak*, Geschichte, S. 69; 117 f.

²² *Bornhak*, Geschichte, S. 107.

²³ Siehe *Hegler*, Die praktische Tätigkeit der Juristenfakultäten des 17. und 18. Jahrhunderts in ihrem Einfluss auf die Entwicklung des deutschen Strafrechts von Carpozov ab, 1899; *Wohlhaupter*, ZRG Germ. Abt. 58(1938), 760 ff.

²⁴ *Hälschner*, Geschichte des Brandenburgisch-Preussischen Strafrechts, 1855, S. 132; *Hegler*, Tätigkeit, S. 7.

²⁵ Siehe *Löning*, ZRG Germ. Abt. 63 (1943), 337.

²⁶ *Hegler*, Tätigkeit, S. 8 f.

²⁷ Näher *Boldt*, *Böhmer*, S. 121 f.; *Horning-Grove*, Beweisregeln, S. 70 ff, 139; v. *Strintzing/Landsberg*, Geschichte, S. 304.

²⁸ Siehe näher dazu *Scheffler*, Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems, 1987, S. 46 ff.

²⁹ Siehe *Thomasius/Bernhardi*, De torturae foris Christianorum prohibenda, 1705 (dt. 1960).

³⁰ Siehe näher dazu *Kleinheyder/Schröder*, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 3. Aufl. 1989, S. 47 ff; 285 ff.

³¹ *Kleinheyder/Schröder*, Deutsche Juristen, S. 305.

³² v. *Strintzing/Landsberg*, Geschichte, S. 149.

³³ *Kleinheyder/Schröder*, Deutsche Juristen, S. 48.

³⁴ Siehe *Boldt*, *Böhmer*, S. 18.

sen: Schüler folgen zumeist ihren Lehrern, Söhne häufig ihren Vätern.

Überhaupt muß man bedenken, daß Frankfurt zu *Böhmers* Zeit ein Hort der Aufklärung war. Die Stadt beherbergte - neben Leipzig, Halle, Göttingen, Marburg und Tübingen - eine der bedeutendsten Universitäten dieser Epoche³⁵, was später häufig vergessen worden ist³⁶. Insbesondere reger Austausch mit Halle führte dazu, daß das Naturrecht von *Pufendorf*, *Thomasius* und *Christian Wolff* auf *Böhmers* berühmteste Viadrina-Kollegen *Alexander Gottlieb Baumgarten* und *Joachim Georg Darjes* großen Einfluß hatte³⁷. 1755 wurde „*Miß Sara Samson*“, das erste bedeutende bürgerliche Trauerspiel von *Gotthold Ephraim Lessing*, dem einzigen deutschen Aufklärer von europäischem Rang, dort, wo heute unser Universitätsgebäude steht, in Gegenwart des Dichters unter großer Beachtung uraufgeführt³⁸. *Böhmer* nahm jedoch von diesen Ideen in seinem Umfeld, die anderswo die Kriminalpolitik revolutionierten, „kaum Notiz“³⁹.

Wie also soll gerade *Böhmer* noch dem heutigen Strafrecht etwas geben können? Betrachten wir nach allen diesen eher zu Zweifeln anregenden Überlegungen nun einmal die Seiten an ihm, die seinen Ruhm begründet haben. Sein großes Verdienst wird in der Ordnung, in einer neuen Systematik der Strafrechtsdogmatik von besonderer Klarheit und Schärfe gesehen⁴⁰. *Böhmer* legte seine Lehre in drei großen Büchern nieder. Der Vorwurf des Königs 1770, die Frankfurter Professoren hätten meist „in langer Zeit nichts ans Licht gestellt“⁴¹, kann also nicht *Böhmer* gegolten haben. Das erste Werk, das schon genannte Lehrbuch⁴², schrieb er noch in Halle. Die zweite Schrift⁴³, eine Auseinandersetzung mit dem Hauptwerk des größten Strafrechtsdogmatikers des 17. Jahrhunderts, *Benedict Carpzov*⁴⁴, entstand 1759 schon in Frankfurt an der Oder wie auch der hochgelobte Kommentar⁴⁵ kurz vor seinem Tode. Hierin erläuterte er das damals immer noch relevante erste Strafgesetzbuch auf deutschem Boden, die Carolina von 1532. Im Vorwort dieses Buches betonte er, es wäre die „schönste Frucht“ seiner Bemühungen, „wenn ich anderen den Weg zur Lösung der Probleme und zur Erkenntnis neuer Wahrheit bereiten konnte“⁴⁶ - das läßt ja schon einmal hoffen. Sehen wir näher hin.

Ein wichtiges Anliegen in seinen Schriften war die damals bedeutsame Frage der Trennung von *poena ordinaria* und *poena extraordinaria*⁴⁷. Die *poena extraordinaria* war die mildere Strafe; sie wurde zunächst einmal als Verdachtsstrafe verhängt - der Grundsatz „in dubio pro reo“ war dem Zeitalter fremd. Ferner war nur die mildere Strafe zulässig, wenn ein strafwürdiges Verhalten in der Carolina nicht genannt war - „*nullum crimen sine lege*“ galt ebenfalls nicht. Schließlich mußte dann die Strafe gemildert werden, wenn kein eigenhändig begangenes, vollendetes und vorsätzliches Delikt vorlag, sondern das, was wir heute im allgemeinen als die „besonderen Erscheinungsformen der Straftat“ bezeichnen, also Versuch, Fahrlässigkeit, Beteiligung. Diese letzte Einschränkung interessierte vor allem bei den Tötungsdelikten, weil bei der Verhängung der *poena extraordinaria* die sonst von der Carolina vorgeschriebene Todesstrafe entfiel⁴⁸: Es gab damals wenigstens - wenn auch vom rigiden *Böhmer* bekämpft - den Grundsatz „*nulla poena mortis sine lege*“⁴⁹.

Besonders beschäftigte die Strafrechtswissenschaft in diesem Zusammenhang die Unterscheidung von *dolus* und *culpa*, hinter denen sich im Prinzip die heutigen Zurechnungsformen Vorsatz und Fahrlässigkeit verbergen⁵⁰. Die Annahme lediglich von *culpa* führte also zur milderen *poena extraordinaria*. Schon

seit dem vorherigen Jahrhundert war damals anerkannt, daß der *dolus* in zwei Formen auftreten kann: Zunächst als Absicht, als *animus* auf einen Erfolg gerichtet und sodann als *dolus* im eigentlichen Sinne, auf die Handlung zielend und nicht auf den daraus entspringenden Erfolg⁵¹. Die Frage war nun die, ob man die schwerere *dolus*-Strafe auch im letzteren Fall verhängen könnte, wenn also die Handlung, beispielsweise ein Steinwurf, aber nicht die dadurch verursachte Todesfolge vom Täter gewollt war.

Ich will Sie hier nicht mit der Dogmengeschichte von der „Jagd nach dem Vorsatz in der Fahrlässigkeit“⁵² langweilen⁵³: Kurz gesagt, war zunächst im Anschluß an die aus dem kanonischen Recht stammende Lehre vom *versari in re illicita* davon ausgegangen worden, daß dann, wenn die Handlung des Täters nicht erlaubt ist, der Täter in jedem Fall für den daraus resultierenden Tod einzustehen habe, daß er selbst für *casus*, für Zufall hafte: „Auch der nicht beabsichtigte, nicht geahnte, ja überhaupt nicht voraussehbare Erfolg muß an dem gestraft werden, der durch seine Sünde der bösen Macht die Herrschaft über sich eingeräumt hat, so daß sie ihn als Werkzeug zum Verderben anderer benutzen kann. Wer sündigt, unterwirft sich schuldhaft allen schlimmen Wirkungen der Sünde“⁵⁴. Parallelen erkennen wir noch heute im Zivilrecht etwa in der Zufallshaftung bei Verzug oder nichtberechtigtem Besitz.

Große Bedeutung hatte sodann im 17. Jahrhundert die Lehre vom *dolus indirectus*, die durch den schon erwähnten *Benedict Carpzov* aus italienischen Theorien transponiert wurde⁵⁵. *Carpzov* machte das Vorliegen des *dolus indirectus* allein davon abhängig, daß die gewollte Handlung die Tendenz

³⁵ Siehe *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, 1988, S. 331.

³⁶ Näher *Mühlfordt* in: Haase/Winkler (Hrsg.), Die Oder-Universität Frankfurt, 1983, S. 20 ff.

³⁷ Siehe näher *Mühlfordt* in: Die Oder-Universität, S. 57 ff.

³⁸ *Stribing/Zäpke*, Frankfurt (Oder) - Porträt einer Brückenstadt, 1991, S. 30; *Mühlfordt* in: Die Oder-Universität, S. 62.

³⁹ *Schaffstein*, Studien zur Entwicklung der Deliktstatbestände im Gemeinen deutschen Strafrecht, 1985, S. 9.

⁴⁰ *Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte II, S. 420; *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, Rdn. 233.

⁴¹ *Bornhak*, Geschichte, S. 148; siehe auch *Hausen*, Geschichte, S. 25 f.

⁴² *Elementa iurisprudentiae criminalis*, 1732, 1738, 1743, 1749, 1757, 1774; näher dazu *Boldt*, *Böhmer*, S. 7 ff.; *Rob. v. Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, 1925, S. 250 ff.

⁴³ *Observationes selectae ad Bened. Carpzovii Practicam Novam Rerum Criminalium Carolinam*, 1759; näher dazu *Boldt*, *Böhmer*, S. 13 ff.; v. *Strintzing/Landsberg*, Geschichte, S. 301 f.

⁴⁴ Zu *Carpzov* siehe v. *Weber*, *Benedict Carpzov - Ein Bild der deutschen Rechtspflege im Barockzeitalter*, 1944.

⁴⁵ *Meditationes in Constitutionibus Criminalium Carolinam*, 1770; näher dazu *Boldt*, *Böhmer*, S. 15 ff.; *Rüping* in: Landau/Schroeder (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption, 1984, S. 174.

⁴⁶ Zit. n. *Boldt*, *Böhmer*, S. 6.

⁴⁷ Näher dazu *Eb. Schmidt*, Einführung, S. 155.

⁴⁸ Siehe etwa *Rob. v. Hippel*, Deutsches Strafrecht, S. 253.

⁴⁹ Näher *Schaffstein*, Studien, S. 159 ff.

⁵⁰ Näher *Eb. Schmidt*, Einführung, §§ 161 f.

⁵¹ Siehe näher dazu *Lobe*, Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe nach *Carpzov*, 1894, S. 9 ff.

⁵² *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band IV, 1919, S. 328.

⁵³ Siehe hierzu ausführlich *Klee*, Der *dolus indirectus* als Grundform der vorsätzlichen Schuld, 1906, S. 7 ff.; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren, S. 108 ff.; *Boldt*, *Böhmer*, S. 191 ff.

⁵⁴ *Engelmann*, Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung, 1895, S. 211.

⁵⁵ *Carpzov*, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, 1635, siehe die teilw. Übersetzung bei *Puppe*, ZStW 103 (1991), 25 ff.; siehe dazu *Lobe*, Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe, S. 9 ff.

hat, sich mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf den konkreten Erfolg auszudehnen. Es kommt also nur auf das Wissenmüssen im Sinne eines allgemeinen Erfahrungssatzes an. Auf unser heutiges Rechtsverständnis übertragen, würde also selbst eine Handlung mit vom Täter nicht vorausgesehener Todesfolge unter Umständen als Totschlag verstanden werden müssen⁵⁶. Modern gesprochen, begnügte man sich mit der objektiven Zurechenbarkeit. Daß diese Haftung zu weit ging, war grundsätzlich wohl auch schon damals anerkannt; man meinte aber, nur so Beweisschwierigkeiten vermeiden zu können: Der Täter soll, wie es in Bayern 1751 kodifiziert wurde, „mit der Ausrede, als hätte er nicht den Tod, sondern eine Verwundung und dergleichen vorgehabt, nicht gehört werden“⁵⁷.

Übrigens - lassen Sie mich das kurz einschieben - hat der bundesdeutsche Strafgesetzgeber in den letzten Jahren genau deshalb *Carpzov* „wiederentdeckt“, ohne es zu bemerken: Bei den neu eingeführten Tatbeständen gegen Subventionsbetrug und Geldwäsche ist die Strafbarkeit auf die an sich bei Vermögensdelikten nicht für strafwürdig erachtete Leichtfertigkeit, also grobe Fahrlässigkeit, ausgedehnt worden. Grund ist es - hören wir den Gesetzgeber - „auftretende Beweisschwierigkeiten zu vermeiden“⁵⁸. Also: Verdachtsstrafe⁵⁹; schlimm, daß *Carpzov* insoweit dem heutigen Strafrecht noch etwas zu geben scheint...

Gegen die Ansicht *Carpzovs* hat sich nun *Böhmer* vor allem in seinen Frankfurter Werken entschieden gewandt. Er entwickelte eine Lehre, hinsichtlich der Rechtshistoriker betont haben, daß sie „jene Schlagworte formuliert, die noch heute die Doluslehre beherrschen“⁶⁰. Es ist die Lehre vom dolus eventualis. Endlich haben wir im Werk von *Böhmer* etwas für unsere Fragestellung Interessantes gefunden, denn immerhin war es *Böhmer*, der diesen Begriff geprägt hat⁶¹ und in diesem Zusammenhang sogar als „Schöpfer“ bezeichnet wird⁶² - wenn das nicht vielversprechend klingt. Grund genug also, daß wir uns den dolus eventualis nun näher ansehen:

Der bedingte Vorsatz, wie man heute häufig übersetzt sagt, ist als Rechtsfigur allgemein anerkannt, wenngleich auch immer noch in seinen Einzelheiten völlig ungeklärt. Er gilt als „eine der schwierigsten und umstrittensten Fragen des Strafrechts“⁶³. Einigkeit herrscht nur jenseits des Bereichs des dolus eventualis: Vorsatz liegt unstreitig vor bei Wissen und Wollen des Täters hinsichtlich der Tatbestandsverwirklichung - auch bei deren nur alternativem Vorliegen: Wer weiß, daß er einen Taterfolg herbeiführt, handelt vorsätzlich, auch wenn er ihn überhaupt nicht will. Wir sprechen hier von Wissentlichkeit. Schulbeispiel ist der Fall des „Massenmörders Thomas“, der 1875 in versicherungsbetrügerischer Absicht ein Schiff in die Luft sprengen wollte, wissend, daß dabei leider viele Besatzungsmitglieder ums Leben kommen würden⁶⁴. Und umgekehrt handelt auch der vorsätzlich, der einen Erfolg für höchst fernliegend hält, ihn aber will: Wer also als schlechter Schütze aus weiter Entfernung auf seinen Todfeind schießt, um ihn zu töten, handelt auch dann vorsätzlich, wenn er einen Treffer für fast so unwahrscheinlich wie einen Lottogewinn hält, vielleicht sogar, wenn er ihn für völlig ausgeschlossen erachtet⁶⁵. Auf der anderen Seite ist genauso unbestritten, daß allenfalls fahrlässig derjenige handeln kann, der einen Erfolg verursacht, den er nicht für möglich gehalten hat und der ihm gleichzeitig unerwünscht ist. Als Beispiel kann hier der auf leerer Straße rasende Autofahrer herangezogen werden. Hier liegt höchstens unbewußte Fahrlässigkeit, also Unaufmerksamkeit, vor. - Den insoweit geklärten Bereich jenseits des dolus eventualis kann man in einem Vierfelderschema etwa so darstellen:

	Wollen	Nichtwollen
Wissen	Absicht	Wissentlichkeit
Nicht-für-möglich-halten	unbewußte Fahrlässigkeit oder Absicht (str.)	unbewußte Fahrlässigkeit

Höchst umstritten ist das „Zwischengebiet“, also wenn der Täter die Tat nur „ein wenig“ will und nur „etwas“ von der Gefährlichkeit seines Tuns weiß. Das ist der Bereich, in dem man auch heute noch den dolus eventualis von der bewußten Fahrlässigkeit, dem Leichtsinne, der luxuria abtrennen muß, wo unter Umständen zwischen hoher Bestrafung und Straflosigkeit zu entscheiden ist. - Drei Fälle haben hierzu die Juristen in diesem Jahrhundert intensiv beschäftigt:

Der erste Fall gehört der sogenannten „Lehrbuchkriminalität“⁶⁶ an. Es ist der von *Lacmann* ersonnene „Schießbudenfall“⁶⁷: Ein junger Mann wettet um 20,- DM, daß er einem Schießbudenfräulein auf dem Jahrmarkt eine Glaskugel aus der Hand schießen könne. Er trifft die Hand des Mädchens. - Vorsätzliche oder fahrlässige Körperverletzung?

Der nächste Fall aus dem Jahre 1955 betrifft eine der meistdiskutierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, des BGH⁶⁸: Zwei Männer erwogen, einen Dritten mit einem Lederriemen bis zur Bewußtlosigkeit zu würgen, um ihn zu berauben. Da sie erkannten, daß die Drosselung eventuell zum Tode führen könnte, was sie nicht wollten, beschlossen sie, dem Opfer einen Sandsack auf den Kopf zu schlagen und ihn dadurch zu betäuben. Der Sandsack platzte jedoch und es kam zu einem Handgemenge. Nunmehr griffen die beiden auf den Lederriemen zurück. Sie drosselten ihr Opfer so lange, bis es sich nicht mehr rührte und nahmen ihm seine Sachen weg. Anschließend bekamen sie Bedenken, ob ihr Opfer noch lebte, und sie stellten vergebliche Wiederbelebungsversuche an. - Liegt Mord aus Habgier oder fahrlässige Tötung im „Lederriemenfall“ vor?

⁵⁶ Siehe dazu *Schaffstein*, GS 101 (1932), 47 f.

⁵⁷ Codex Juris Bavarici Criminalis, 1. Teil, III. Kap., § 2.

⁵⁸ So wörtlich Begr. BRatE, BT-DrS 12/989, S. 27; vorsichtiger Begr. RegE, BT-DrS 7/3441, S. 27; siehe auch *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität 1, 1976, S. 87.

⁵⁹ So *Samson* in Systematischer Kommentar, 5. Aufl., § 264 Rdn. 13; 16 ff; *Dreher-Tröndle*, StGB, 46. Aufl., § 264 Rdn. 24; *Schubarth*, ZStW 92 (1980), 100 f; *Hillenkamp*, FS Wassermann 1985, S. 868 f; *Lampe*, JZ 1994, 129.

⁶⁰ *Löffler*, Schuldformen, S. 173; ähnlich *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren, S. 124 f; wohl auch *Conrad*, Rechtsgeschichte, S. 422; dagegen *Boldt*, Böhmer, S. 203; 218; siehe auch *Großmann*, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1924, S. 39.

⁶¹ *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren, S. 124 Fn. 1; *Löffler*, Schuldformen, S. 172; v. *Bar*, ZStW 18 (1898), 553; *Rüping*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl. 1991, S. 45.

⁶² *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren, S. 124.

⁶³ *Welzel*, Deutsches Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 69.

⁶⁴ Näher dazu *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band II/2, 2. Aufl. 1916, S. 851 ff; siehe auch den Beispielfall bei *Fletcher*, Rethinking Criminal Law, 1978, S. 443.

⁶⁵ So nur *Schroeder* in Leipziger Kommentar, 11. Aufl., § 16 Rdn. 76; siehe näher *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 21; *Schmidhäuser*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1975, 10/49.

⁶⁶ Siehe *Jäger*, MschrKrim 56 (1973), 300.

⁶⁷ *Lacmann*, ZStW 31 (1911), 159.

⁶⁸ BGHSt. 7, 363.

Der dritte Fall ist aktueller. Er betrifft die erste Stellungnahme des BGH zur Aids-Problematik⁶⁹: Ein infizierter und vom Arzt umfassend aufgeklärter Mann führte homosexuellen Verkehr durch, und zwar nur in der ersten Phase ungeschützt. Eine Ansteckung war nicht festzustellen. - Liegt hier nun gar versuchter Mord zur Befriedigung des Geschlechtstriebes vor⁷⁰ oder überhaupt keine Strafbarkeit? Der BGH sah den Fall übrigens als ein versuchtes Körperverletzungsdelikt an.

Gerade der letzte Fall macht deutlich, daß rein theoretisch die Frage „dolus eventualis oder luxuria“ die Entscheidung zwischen lebenslanger Freiheitsstrafe und Freispruch sein kann. Denn bloß fahrlässige Erfolgsverursachung ist bei vielen Delikten nicht strafbar - es gibt z. B. keine fahrlässige Sachbeschädigung - und Fahrlässigkeit bei im Versuch steckengebliebenen Straftaten ist ganz herrschender Ansicht zufolge schon denklologisch ausgeschlossen⁷¹. Versuchte vorsätzliche Tötung darf dagegen mit „lebenslang“ geahndet werden.

Hierdurch gewinnt das Grenzziehungsproblem seine besondere Schärfe⁷²; einschneidender als zu Zeiten Böhmers, der „nur“ um die Todesstrafe ringen mußte. Um so mißlicher, daß es für diese Abgrenzung bald ein Dutzend unterschiedlicher Theorien gibt⁷³.

Doch keine Angst: Bei näherem Hinsehen ist ein Überblick schnell gewonnen. Zunächst einmal ist es in der Jurisprudenz üblich, in Abweichung vom natur- und sozialwissenschaftlichen Theoriebegriff selbst unbedeutende Meinungsäußerungen gleich als „Theorie“ oder gar „Lehre“ zu adeln. Und zudem gehen die Theorien zum dolus eventualis, die uns vor allem interessieren, zum einen von der Vorstellungs-, zum anderen von der Willenstheorie aus, d. h. sie legen lediglich graduell unterschiedlichen Wert entweder auf das Wissens- oder aber auf das Wollenselement des Vorsatzes: So genügt es unabhängig vom voluntativen Element den einen schon, daß der Täter den Erfolg für „möglich“ hält⁷⁴, andere verlangen dagegen dessen „Wahrscheinlichkeit“⁷⁵. Die in der Literatur herrschende Ansicht fordert - dazwischenliegend - die „Ernstnahme“ der Gefahr⁷⁶. Den Anhängern der anderen Theorien ist dagegen das intellektuelle Moment egal, sie heben darauf ab, ob der Täter den Erfolg „billigt“, also „begrüßt“⁷⁷, oder ob er ihm wenigstens „gleichgültig“ ist⁷⁸. Der BGH fordert - vermittelnd -, daß der Täter sich mit dem Erfolg „abfindet“, oder ihn „hinnimmt“⁷⁹, was er auch in schlimmer Sprachverbiegung als „Billigen im Rechtssinne“ bezeichnet⁸⁰. - Überblicksartig kann man diese Theorien etwa so darstellen:

	Wissensmoment	Willensmoment
Vorstellungstheorien Wahrscheinlichkeitstheorie Ernstnahmethorie Möglichkeitstheorie	für wahrscheinlich halten ernstnehmen für möglich halten	(unerheblich)
Willenstheorien (echte) Billigungstheorie „Hinnahme“-Theorie Gleichgültigkeitstheorie	(unerheblich)	begrüßen sich abfinden gleichgültig sein

Diese Auseinandersetzung über graduelle Unterschiede mag uns im folgenden nicht näher interessieren. Sie ist zumeist ein realitätsferner „Streit um Worte“⁸¹; eigentlich „meinen wahrscheinlich alle dasselbe“⁸². Mehrheitlich wird wohl heute auf intellektueller Seite die Ernstnahme der Gefahr und auf vo-

luntativer Seite das Hinnehmen des Erfolges genannt. Akzeptiert man im Strafrecht das sogenannte „Sandhaufentheorem“, also daß die „Übererfüllung“ eines Elementes die „Untererfüllung“ eines anderen Elementes ausgleichen kann⁸³, müßten auch die Kombinationen als bedingter Vorsatz anzuerkennen sein, in denen der Täter den begrüßten Erfolg nur für möglich hält oder ihm der für wahrscheinlich erachtete Erfolg gleichgültig ist: „Viel Wissen gleicht wenig Wollen aus und umgekehrt“⁸⁴. Immerhin gewänne man dann ein System der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit⁸⁵, das sich eines gewissen ästhetischen Reizes erfreuen kann und das ich Ihnen hier anstelle der allseits vermißten „klärenden Zauberformel“⁸⁶ präsentieren möchte, die es wegen des „verbalen Unvermögens, die volle Fläche der Kombinationsmöglichkeiten zu erfassen“⁸⁷, nicht geben kann⁸⁸:

	wollen	begrüßen	hinnehmen	gleichgültig sein	unerwünscht sein	
sicher wissen	Absicht Wissentl.	Wissentl.	Wissentl.		Wissentl.	(Nicht-) Wollen
für wahrscheinlich halten	Absicht	bed. Vors.	bed. Vors.	bed. Vors.	bew. Fahrl.	
ernstnehmen	Absicht	bed. Vors.	bed. Vors.		bew. Fahrl. bew. Fahrl.	
für möglich halten	Absicht	bed. Vors.	bew. Fahrl.	bew. Fahrl.	bew. Fahrl.	
nicht für möglich halten	Absicht?	unb. Fahrt	unb. Fahrt	unb. Fahrt	unb. Fahrt	
(Nicht-) Wissen						

Sollte man meinen, auch dieser vielleicht zu täterfreundlichen Ansicht einen Namen geben zu müssen, schlage ich

⁶⁹ BGHSt. 36, 1.
⁷⁰ Auch objektiv sehr zweifelhaft; vgl. B.-D. Meier, GA 1989, 227 f; Scherf, AIDS und Strafrecht, 1992, S. 58; Scheuert, Aids und Strafrecht, 1992, S. 137 f.
⁷¹ Näher Vogler in LK, 10. Aufl., vor § 22 Rdn. 16 ff.
⁷² Siehe dazu Weigend, ZStW 93 (1981), 661.
⁷³ Siehe dazu Kühl, Strafrecht AT, 1994, § 5 Rdn. 45.
⁷⁴ Schröder, FS Sauer, 1949, S. 207 ff; Schmidhäuser, GA 1957, 305 ff.
⁷⁵ H. Mayer, Strafrecht AT, 1953, S. 250 ff; siehe auch Welzel, Deutsches Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 70.
⁷⁶ Stratenwerth, ZStW 71 (1959), 55 ff; Roxin, Strafrecht AT/1, 1992, § 12 Rdn. 21 ffm. w. N.
⁷⁷ Siehe RGSt. 33, 4 (6); I. Müller, NJW 1980, 2392.
⁷⁸ Engisch, Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930, S. 186 ff; siehe auch Cramer in Schönke/Schröder, 24. Aufl., § 15 Rdn. 84.
⁷⁹ Vgl. BGH, NJW 1979, 1512.
⁸⁰ Siehe dazu Roxin, JuS 1964, 56 m. w. N.; Langer, GA 1990, 460 ff.
⁸¹ Siehe auch Herzberg, JuS 1986, 259 Fn. 40.
⁸² Baldus, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechts-Kommission XII (1959), 122.
⁸³ Zum Sandhaufentheorem siehe Bender, GS Rüdiger, 1978, S. 34 ff; Scheffler, GA 1992, 17 f.
⁸⁴ Haft, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1992, S. 149; siehe auch Puppe, GS Arm. Kaufmann, 1989, S. 32.
⁸⁵ Ähnlich auch Schünemann, GA 1985, 364; Puppe, GS Arm. Kaufmann, S. 31; Schroeder in LK, § 16 Rdn. 93.
⁸⁶ Weigend, ZStW 93 (1981), 661.
⁸⁷ Haft, ZStW 88 (1976), 375.
⁸⁸ Ähnlich Haft, ZStW 88 (1976), 386.

„Additionstheorie“ vor. - Aber, wie gesagt, verlassen wir diesen Bereich, dem fast ein „spielerisches Element“ eigen ist⁸⁹. Denn die entscheidende Frage lautet ganz anders: Wie beweise ich den jeweils für nötig erachteten Grad von Wissen und Wollen? Ausgehend vom Grundsatz „im Zweifel für den Angeklagten“ besteht doch die Gefahr, trotz schönster Theorien nur die Dummen überführen zu können, jene, die ein Geständnis ablegen und über ihr Inneres ehrlich aussagen. Diese Klippe umschiffte die Dogmatik vor *Böhmer* dadurch, daß sie nur auf die objektiven Gegebenheiten blickte - seitdem drohen wir, an ihr zu zerschellen.

Ich möchte dieses Problem an zwei Fällen mit Frankfurter Lokalkolorit erläutern: Im letzten Jahr sollen achtundneunzig mal Fahrzeuge die Frankfurter Grenzübergänge durchbrochen haben. Rast ein PKW auf einen haltgebietenden Grenzpolizisten zu, der im letzten Moment zur Seite springen muß - liegt dann versuchter Mord mit - rein theoretisch - lebenslanger Freiheitsstrafe vor oder ist - sehen wir von Verkehrsstrafaten und ähnlichem ab - Freispruch geboten? Oder ist wenigstens ein versuchtes Körperverletzungsdelikt anzunehmen?

- Wie ist ferner das von der Frankfurter Gerichtsbarkeit gefällte Urteil zu würdigen, daß Körperverletzung mit Todesfolge - also vorsätzliche Körperverletzung verknüpft mit (nur) fahrlässiger Tötung - vorgelegen habe, als ein Skinhead in Eberswalde Zeitungsmeldungen zufolge einen am Boden liegenden, bewußtlosen Angolaner durch einen kraftvollen Schlußsprung mit schweren Stiefeln in das Gesicht tödlich verletzte?

Wenn in beiden Fällen die Täter jeden Tötungsvorsatz abstreiten oder zumindest von ihrem Schweigerecht Gebrauch machen, stellen sich im Prinzip also die gleichen schwierigen Fragen, egal ob wir nun die Möglichkeit, Ernstnahme, Wahrscheinlichkeit, Gleichgültigkeit, Hinnahme oder das Begrüßen des Erfolges fordern.

Schauen wir nun näher auf die Überlegungen von *Böhmer*. Ihm zufolge ist von einem *dolus eventualis* dann zu sprechen, wenn der Täter den Erfolg als möglich vorausgesehen hat; denn er willige bedingt in den Erfolg ein, wenn er trotz der Voraussicht die zum Erfolg führende Handlung vornimmt. Vorsatz als „Gewollthabenmüssen“⁹⁰: „Wer aber eine typische Ursache will, kann nicht die Folge nicht wollen, wenn sie vorhergesehen ist“, formuliert *Böhmer*⁹¹ - moderner: „Du willst, denn du weißt“⁹². Lassen wir diese Worte kurz auf uns wirken, bemerken wir die Verbindungen zur Möglichkeitstheorie und zur hier so genannten „Hinnahme“-Theorie des Bundesgerichtshofs⁹³. Interessant ist vor allem die Verknüpfung: Aus dem intellektuellen Moment, der Voraussicht des möglichen Erfolges, wird auf das voluntative Element, die Einwilligung in den Erfolg, geschlossen. Dieses Aufeinandereinwirken von Wissens- und Wollenselementen kommt auch bei den heutigen soeben angesprochenen Abgrenzungstheorien vor. So findet man etwa die Verknüpfung von Ernstnahme- und „Hinnahme“-Theorie in der Formulierung, daß derjenige, der mit der Möglichkeit einer Tatbestandsverwirklichung ernstlich rechnet und trotzdem weiterhandelt, sich mit ihr abgefunden habe⁹⁴. Für die Gleichgültigkeitstheorie wird beispielsweise betont, Gleichgültigkeit des Täters sei stets bei erkannter hoher Wahrscheinlichkeit des Erfolges anzunehmen⁹⁵.

Der BGH geht in den letzten Jahren immer häufiger einen ähnlichen Weg: Er schließt aus der Gefährlichkeit des Verhaltens auf das für ihn relevante „Hinnehen“ oder „Sichabfinden“: Wirft der Täter etwa ein Beil aus kurzer Entfernung mit voller Wucht auf einen hinter einer undurchsichtigen Glastür stehenden Polizisten, sei klar, daß es nur vom Zufall abhängt,

ob dieser am Leben bleibt, so daß sich der Täter mit der Tötung abgefunden haben dürfte⁹⁶. Danach wäre im erwähnten Eberswalder Kopfsprungfall wohl Tötungsvorsatz anzunehmen gewesen.

Anderes kann nach der Rechtsprechung des BGH allerdings dann gelten, wenn aufgrund der Umstände ausnahmsweise davon auszugehen ist, daß dem Täter die objektive Gefährlichkeit nicht in vollem Umfang klargeworden ist: So mag es richtig gewesen sein, daß der BGH aufgrund der affektiven Erregung eines noch nicht erwachsenen Vaters Tötungsvorsatz verneinte, obwohl der seinen Säugling „nach Art eines Fußballers“ behandelte⁹⁷. Ob freilich diese Annahme aufgrund der vom BGH vertretenen Schuldtheorie, wonach das Unrechtsbewußtsein nichts mit dem Vorsatz zu tun hat, stringent ist, erscheint mir zweifelhaft, soll hier aber nicht vertieft werden⁹⁸. Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß der BGH letztendlich bei mangelnden Anhaltspunkten auf das von ihm für wichtig erachtete Wollen aus dem Wissen des Täters schließt.

Allerdings unterwirft der BGH diesen Gedankengang noch einer zweiten Einschränkung, deren Bedeutung noch nicht voll erkannt ist: Er legt die sogenannte „Hemmschwellentheorie“ zugrunde. Diese besagt, daß der Mensch eine erheblich höhere Hemmschwelle habe, einen anderen zu töten, als ihn bloß zu verletzen. Nur aufgrund dieser Überlegung kann er etwa in seiner erwähnten Aids-Entscheidung zu dem - im übrigen denklogisch wegen der Unheilbarkeit nicht unbedenklichen - Ergebnis kommen, Tötungsvorsatz zu verneinen, Verletzungsvorsatz aber zu bejahen⁹⁹. Deshalb verneint der BGH auch regelmäßig in den sogenannten „Polizeisperrenfällen“ den Tötungsvorsatz¹⁰⁰. Den Tod eines Menschen als Preis für die Verdeckung eines Autodiebstahls oder um der unbeeinträchtigten Lust willen würde bestimmt niemand wollen.

Es ist bisher nicht versucht worden - ein ständiges Manko der Rechtswissenschaft - diese alltagstheoretische Annahme natur- und sozialwissenschaftlich zu hinterfragen¹⁰¹. Die Vermutung einer anlagebedingten Tötungshemmung gegenüber Artgenossen, von *Konrad Lorenz* postuliert¹⁰², ist von der neueren Verhaltensforschung jedenfalls zunehmend in Zweifel gezogen worden¹⁰³. Nicht erst die Vorkommnisse in Jugoslawien würden zusätzlich die Frage aufwerfen, ob wir Menschen uns überhaupt noch die guten tierischen Eigenschaften anmaßen dürfen. Unter rechtsethischen Gesichtspunkten wäre zudem zu hinterfragen, ob nicht gerade bei der Verursachung

⁸⁹ *Schünemann*, GA 1985, 362.

⁹⁰ *Löffler*, Schuldformen, S. 173.

⁹¹ *Böhmer*, *Observationes* (übersetzt bei *Puppe*, ZStW 103 [1991], 27 Fn. 66).

⁹² *Weigend*, ZStW 93 (1981), 665.

⁹³ Siehe aber *Boldt*, *Böhmer*, S. 203; 218.

⁹⁴ Siehe *Kühl*, AT, § 5 Rdn. 85 (m. w. N. in Fn. 206); *Roxin*, AT/1, § 12 Rdn. 27; näher *Weigend*, ZStW 93 (1981), 667.

⁹⁵ *Engisch*, NJW 1955, 1689; siehe dazu auch *Hruschka*, FS Kleinknecht, 1985, S. 192.

⁹⁶ BGH, JZ 1981, 35 m. Anm. *Köhler*; siehe zum Beilwurffall auch *Bauer*, wistra 1991, 168 ff.; *Scheffler*, JURA 1993, 214.

⁹⁷ BGH, NSZ 1986, 549.

⁹⁸ Ähnlich wohl *H. Schumann*, JZ 1989, 431.

⁹⁹ Siehe dazu *Geppert*, JURA 1987, 672; *Herzberg*, JuS 1987, 782; NJW 1987, 1465 f.; *Prittwitz*, JA 1988, 501 f.

¹⁰⁰ Siehe etwa BGH, NZV 1992, 370.

¹⁰¹ So wohl auch *Schünemann*, GA 1985, 362.

¹⁰² *Lorenz*, Das sogenannte Böse, 1963; siehe auch *Eibl-Eibesfeld*, Liebe und Haß, 1970; *Wickler*, Die Biologie der Zehn Gebote, 1971.

¹⁰³ Siehe dazu etwa *Immelmann*, Einführung in die Verhaltensforschung, 3. Aufl. 1983, S. 132 f.

von Gefahren für das höchste Rechtsgut, das Leben, normativ eine höhere Sorgfalt durch den Täter zu fordern wäre¹⁰⁴, aber auch, ob nicht das „Rechtsgefühl“ zur Verneinung des Tötungsvorsatzes insbesondere im Aidsfall zwingt¹⁰⁵.

Aber kommen wir zurück zum Bundesgerichtshof: Neuerdings hat er diesen Gedankengang auf einen völlig anderen Sachverhalt auszudehnen versucht: Er stand vor der Frage, ob ein Strafverteidiger bedingt vorsätzlich oder bewußt fahrlässig gefälschte Entlastungsbeweise dem Gericht vorgelegt hatte¹⁰⁶. Der BGH verneinte eine Strafbarkeit wegen (vorsätzlicher) Urkundenfälschung mit der Begründung, einem Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege sei ohne konkrete Anhaltspunkte so etwas nicht zuzutrauen - also, er habe die Vermutung einer „Hemmschwelle“ auf seiner Seite. Die Hemmschwellentheorie erscheint somit noch ausbaufähig.

Szenenwechsel: Betrachten wir die neuesten Versuche in der Literatur, das Problem der Beweisbarkeit anzugehen. Die meisten Autoren stellen im Unterschied zum BGH ja auf das Wissenselement, die Ernstnahme ab. Aber eine Parallele bestimmt das Bild: Auch hier wollen einige - so jedenfalls meine Interpretation - mit dem von ihnen vernachlässigten Element -jetzt dem Willenselement - das andere, das Wissenselement beeinflussen: Volle Kenntnis des herbeigeführten Risikos habe derjenige nicht, der Gegenfaktoren einsetzt oder als vorhanden ansieht, also, mit den Worten meines geschätzten Frankfurter Kollegen *Joerden*, nur eine abstrakte und keine konkrete Gefahr zu schaffen meint¹⁰⁷. Ausgangspunkt ist hier, greifen wir eine prägnante Formulierung des „Vorläufers“ dieser Strömung, *Armin Kaufmann*, auf, der „betätigte Vermeidungswille“¹⁰⁸. Das bedeutet: Tötungsvorsatz wäre im „Lederriemenfall“ zu verneinen, weil die Täter durch die Sandsackbenutzung und ihre Wiederbelebungsversuche zeigten, daß sie den Erfolg nicht wollten¹⁰⁹. Gleiches würde im Aidsfall gelten, weil hier durch die Benutzung des Präservativs in der ansteckungsrelevantesten Phase die Gefahr „abgeschirmt“ war. „Abgeschirmte Gefahr“ - ein Kriterium, das der Bochumer Strafrechtsprofessor *Herzberg* anhand der Aidsfälle entwickelt hat¹¹⁰, weshalb seine Theorie von Spöttern auch kurz und prägnant als „Präservativ-Theorie“ bezeichnet wird. Auf die Frankfurter Grenzdurchbrüche bezogen, könnte es also dem Autoschieber Kopf und Kragen retten, würde er mit aufheulemdem Motor, Hupe und Fernlicht auf die so gewarnten Grenzpolizisten zurasen.

Allerdings ist fraglich, ob diese Theorien bei Zugrundelegung meiner Sichtweise nicht „auf dem Kopf stehen“: Beweist sich nicht die Kenntnis des Täters von der Gefahr gerade durch die Abschirmung? Im Lederriemenfall hätten sich die Täter kaum mehr damit herausreden können, sie hätten die Drosselung nicht für lebensgefährdend gehalten. - Versuchen wir, an dieser Stelle weiterzudenken und ein wenig Neuland zu betreten: Erinnern wir uns: Ich habe vorhin eine Additionstheorie von Wissen und Wollen für den gesamten Vorsatzbereich angeregt, also den Vorsatz dann bejaht, wenn die Summe von Wissen und Wollen stimmt. Wenn wir seit *Böhmer* die Erkenntnis haben, daß man vom Wissen auf das Wollen schließen kann und auch festgestellt haben, daß dieser Schluß partiell auch umgekehrt möglich ist, können wir noch einen Schritt weitergehen und objektive Anhaltspunkte für Wissen und Wollen suchen. Nicht als Indiz, wie gelegentlich gemeint wird¹¹¹, sondern lediglich als Indikatoren¹¹². Wer will, spreche also hier von „Indikatorentheorie“.

Am besten sollte hierfür, umgekehrt als üblich, nach Indikatoren für Nicht-Wissen sowie Nicht-Wollen gefragt werden,

obwohl an sich dem Täter ja der Vorsatz nachgewiesen werden muß. Denn in aller Regel hat der Täter eine Art von Beweis des ersten Anscheins gegen sich, den es zu entkräften gilt: Entweder hatte sich, wenn es zur Anklage kommt, eine von ihm herbeigeführte Gefahr verwirklicht, oder sie hat es nur wider Erwarten nicht. Pointiert: *Carpzovs* Theorie lebt insoweit immer noch, als auf ihrer Grundlage wegen eines Vorsatzdeliktes ermittelt wird: nämlich dann, wenn einer Handlung die Tendenz zur Erfolgsverursachung innegewohnt hat. Seit *Böhmer* lautet die Frage darüber hinaus aber: Hat der Täter dies auch gewußt und gewollt?

Indikatoren für die Willensebene gibt es genug: zunächst einmal die schon erörterte Gegensteuerung - Stichwort: Lederriemen- und Aidsfall - und sodann die Hemmschwelle: „Lohnt“ sich, um einer Polizeikontrolle zu entkommen, ein Mord? Oder, noch weitergehender, mit dem OLG Zweibrücken: Kein Tötungsvorsatz, da die Tötung des Polizisten für das unerkannte Entkommen des Täters eher hinderlich sei¹¹³ -also die Berücksichtigung von Zweckmäßigkeitgesichtspunkten. Ein weiteres Stichwort wäre die Selbstgefährdung: Wer vor einer unübersichtlichen Kurve überholt, „will“ nun mal ganz sicher keinen Frontalzusammenstoß. Ähnliches gilt für die besondere Nähe des Täters zum Opfer, die die „Hemmschwelle“ erhöhen dürfte¹¹⁴: *Wilhelm Teil* „wollte“, lassen wir die Bedrohung durch *Gefler* einmal außer Betracht, trotz höchster Gefährlichkeit des Schusses nur den Apfel und nicht seinen Sohn treffen¹¹⁵. Weitere Indikatoren könnten im Nachtatverhalten - Wiederbelebungsversuche, wie im Lederriemenfall - gefunden werden: Der *dolus subsequens* läßt wenigstens Schlüsse auf den Tatvorsatz zu.

Schwieriger gestalten sich die Indikatoren auf Wissensebene. Im Mittelpunkt steht hier die Überlegung, inwieweit der Täter ausnahmsweise die durch ihn gesetzte Gefahr nicht erkannt hat. Dabei geht es vor allem um Faktoren wie Intelligenzmangel, Persönlichkeitsstörungen, Rauschzustände oder affektive Erregung. In den Aidsfällen wäre ferner bedeutsam, daß der Laie die Ansteckungsgefahr zwar zumeist für weitaus größer hält als der Mediziner¹¹⁶, andererseits aber der Infizierte durch innerpsychische Schutzmechanismen die hohe Mortalität für sich und damit auch für andere von sich weisen wird¹¹⁷. Indikatoren darüber hinaus zu finden, wird schwieriger. Aller-

¹⁰⁴ Siehe *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, 8/30; *Prittwitz*, JA 1988, 498 f.

¹⁰⁵ Siehe *Herzberg*, NJW 1987, 1466; *Geppert*, JURA 1987, 672; *Hillenkamp*, GS, Arth. Kaufmann, 1989, S. 351.

¹⁰⁶ BGHSt. 38, 345 m. Anm. *Scheffler*, StV 1993, 470; *Beulke*, JR 1994, 114; siehe auch *Hamm*, NJW 1993, 294.

¹⁰⁷ *Joerden*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortungsbegriffs, 1988, S. 150 ff; siehe auch *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 26 ff; *Herzberg*, JuS 1986, 249 ff; *Philipps*, ZStW 85 (1973), 27 ff; *Jakobs*, Strafrecht AT, 8/21 ff.

¹⁰⁸ *Arm. Kaufmann*, ZStW 70 (1958), 64 ff.

¹⁰⁹ *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), 62; siehe aber *Arm. Kaufmann*, ZStW 70 (1958), 77.

¹¹⁰ *Herzberg*, JuS 1987, 777; NJW 1987, 1461; 2283; JZ 1989, 470.

¹¹¹ *Prittwitz*, JA 1988, 495.

¹¹² Siehe *Kühl*, AT, § 5 Rdn. 87; *Hassemer*, GS Arm. Kaufmann, 1989, S. 308; vgl. auch *U. Schroth*, NSTZ 1990, 325.

¹¹³ OLG Zweibrücken, VRS 48, 20.

¹¹⁴ *Widder*, Biologie, S. 85 ff.

¹¹⁵ Siehe *Sieg*, JURA 1986, 327 f.; *Spendel*, SchwZStr 107 (1990), 162.

¹¹⁶ Siehe dazu *Prittwitz* in ders. (Hrsg.), Aids, Recht und Gesundheitspolitik 1990, S. 126.

¹¹⁷ *Herzog/Nestler-Tremel*, StV 1987, 365.

dings können die verschiedenen, für den Willen relevanten Indikatoren schon die logisch vorrangige Wissenssebene berühren: Was man nicht weiß, kann man auch nicht wollen⁸. So hat der BGH konsequent in einem Fall, in dem ein ausgebildeter Karatekämpfer ein geliebtes Kind so schlug, daß es trotz seiner Wiederbelebungsversuche starb, problematisiert, ob diese Umstände zusammen mit einer affektiven Erregung nicht schon die Wissensseite beeinflusst haben könnten⁹.

Hätte sich nun ein Systematiker wie *Böhmer* mit dieser Aufzählung zufriedengegeben? Das dürfte eher zweifelhaft sein. Viel zu ordnen gibt es allerdings nicht. Man kann vielleicht die für die Wissenssebene relevanten Faktoren danach einteilen, ob sie die Tat betreffen - die Gefährlichkeit - oder den Täter, was für Gegensteuerung und die psychischen Faktoren gelten würde. Auch von den primär für die Willensebene bedeutsamen Faktoren sind Selbstgefährdung und Zweckmäßigkeit auf den Täter orientiert, während Hemmschwelle, Opfernähe und Nachtatverhalten das Opfer in den Mittelpunkt stellen.

Allzuviel gewonnen ist durch solch eine Einteilung nicht. Erweist sich die ganze Lehre vom *dolus eventualis* also doch als ein „irreleitendes Phantom“, geeignet, „die Strafjustiz bei dem Volke in Mißkredit zu bringen“, wie ein großer Strafrechtler schon vor einhundert Jahren meinte¹⁰? Wenn man keine präziseren Kriterien findet, ist der Eventualvorsatz dann, wie er fortfährt, nur ein „unfaßbarer Proteus, der gleichsam mit Polypenarmen alle und jede an sich unschuldige Handlung zur kriminellen Untersuchung ziehen“ kann¹¹? Ich weiß es nicht. Vielleicht wird in Zukunft die Dichotomie von Vorsatz und Fahrlässigkeit zugunsten einer Dreiteilung fallen, bei der als mittlere Gruppe Eventualvorsatz und bewußte Fahrlässigkeit entsprechend dem angloamerikanischen „recklessness“ zusammengefaßt werden¹².

Anregungen zu Überlegungen so radikaler Art sind von *Böhmer* natürlich noch nicht zu erwarten gewesen. Ihr „Ahnherr“ ist wohl *Stoß* erst über einhundert Jahre später¹³. Aber dennoch, und damit komme ich langsam zum Schluß: Es dürfte sich gezeigt haben, daß *Böhmer* doch nicht nur der „*Binding*“ seines Jahrhunderts war, sondern zumindest mit seiner Lehre vom *dolus eventualis* noch bis in die heutige Dogmatik wirkt. Deutlich bleibt zu betonen, daß es *Böhmer* war, der als erster eine subjektive und nicht nur objektive Beziehung des Täters zum verursachten Erfolg forderte¹⁴: Das Erkennen der Gefahr und das daraus resultierende Gewollthabenmüssen. Diese beweisrechtlich noch heute und wohl in Zukunft noch verstärkt bedeutsame Weichenstellung ist um so beachtlicher, als sie noch in die Zeit vor das „Erwachen der Psychologie“¹⁵ fällt, vor *Lavater* und *Pestalozzi* stattfindet. *Böhmer* hat, da ist seinem Biographen *Boldt* zuzustimmen, zwar nicht „revolutionierend“, sondern „traditionsgebunden und unmerklich reformierend Neues“ gesucht - und im *dolus eventualis* gefunden. Etwas, das uns vielleicht heute doch noch den Weg aus der vielbeklagten „Sackgasse“¹⁶ der Abgrenzungsbemühungen von Vorsatz und Fahrlässigkeit zeigen kann.

Doch sogleich muß ich diese *laudatio* nochmals in Frage stellen: War *Böhmer* vielleicht nur ein Plagiator? Er, der noch kurz vor seinem Tode versicherte, er „werde niemals das Streben der anderen beneiden, die in ... der Jurisprudenz Besseres geben und (sie) durch ihre Lehren bereichern“¹⁷? Immerhin lag einige Jahre vor der Entwicklung seiner Lehre vom *dolus eventualis* eine Dissertation *Nettelblads* gedruckt vor¹⁸, die eine auffallende Übereinstimmung in den Gedanken und selbst im Ausdruck enthielt, aber von *Böhmer*, der ansonsten seine

Quellen gewissenhaft angibt, nicht zitiert wurde¹⁹. Nun sollte man mit solchen Vorwürfen unredlicher Arbeit vorsichtig sein. Zumal bei einem Mann, dessen „große und ungemene Wahrheitsliebe“ schon von Zeitgenossen gerühmt wurde²⁰. Ist die Zeit reif, empfangen häufiger Wissenschaftler gleichzeitig den „göttlichen Funken“²¹. Um dies zu erkennen, muß man nicht erst die Synchronizitätstheorie *Carl Gustav Jungs* bemühen²². *Gottlieb Daimler* und *Carl Benz* haben unabhängig voneinander das Automobil erfunden, *Leibnitz* und *Newton* parallel die Infinitesimalrechnung entwickelt, *Gallo* und *Montagnier* das Aids-Virus identifiziert. *Merton* kam zu dem Schluß, daß „das Phänomen der unabhängigen mehrfachen Entdeckung in der Wissenschaft eher die Regel als die Ausnahme“ sei²³. Übrigens gibt es Anhaltspunkte, daß *Böhmer* seine Gedanken schon 20 Jahre vorher niedergeschrieben, aber nicht publiziert hatte²⁴. Auch *Nettelblatt* fühlte sich offenbar nicht piagiert, erklärte er doch später *Böhmer* „gleichsam zum Heerführer“ wegen seiner „Verdienste um die Kriminalrechtsgelahrtheit“²⁵. Und wen das alles nicht überzeugt: Hat es *Kandinskys* Ruf als Avantgardisten geschadet, daß wir heute wissen, daß *Adolf Hölzel* schon vor ihm abstrakte Gemälde schuf? Schließlich: In jedem Fall bleibt *Böhmer* das Verdienst der Wortschöpfung.

Auch bei kritischer Betrachtung meine ich, und nun komme ich wirklich zum Schluß, daß *Böhmer* ein großer Frankfurter war. Ich sage dies, obwohl mir dieser konservative Befürworter von Folter und Todesstrafe fremd bleibt, so daß er sich für mich kaum als wissenschaftliches oder menschliches Vorbild eignet. Jedenfalls überrascht es mich, daß es hier in der Stadt keinerlei Spuren von ihm zu geben scheint. Vor allem unseren anderweitig berühmt gewordenen Studenten gedenken wir in vielfältiger Weise. Das gilt nicht nur für *Carl Philipp Emanuel Bach* und *Heinrich von Kleist*. Straßen sind nach *Thomasius*, den *Humboldts*, *Ulrich von Hutten* und *Thomas Müntzer* benannt. *Baumgarten*-, *Wimpina*-, *Sabinus*-, *Wünsch*-, *Berends*- und *Willich* Straße weisen in Neubergerinchen auf Frankfurter Professoren hin. Dort, wo vor allem unsere Studentenwohnheime liegen, wäre wohl nicht der schlechteste Platz, um weiteren großen Viadrina-Persönlichkeiten wie *Johann Samuel Friedrich von Böhmer* ein Andenken zu bewahren.

¹¹⁸ Siehe *Haft*, AT, S. 147.

¹¹⁹ BGH, NStZ 1988, 175.

¹²⁰ v. *Bar*, ZStW 18 (1898), 556.

¹²¹ v. *Bar*, ZStW 18 (1898), 554.

¹²² Siehe dazu *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 ff; *Arzt*, GS Schröder 1978, 119 ff; siehe auch *Schünemann*, GA 1985, 363 f.

¹²³ *Stoß*, ZStW 15 (1895), 201.

¹²⁴ So auch deutlich *Grünhut*, Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, 1922, S. 136.

¹²⁵ *Großmann*, Grenze, S. 55.

¹²⁶ *Schmidhäuser*, FS Oehler, 1985, 156; *Herzberg*, JuS 1986, 249; *Küpper*, ZStW 100 (1988), 758.

¹²⁷ Zit. n. *Boldt*, Böhmer, S. 6.

¹²⁸ *Nettelblatt/Glantzner*, De homicidio ex intentione, indirecta commissio, 1756.

¹²⁹ Siehe *Löffler*, Schuldformen, S. 172 Rdn. 74; *Boldt*, Böhmer, S. 184 Fn. 24; siehe aber auch *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren, S. 126 f; *Hälshner*, System des Preußischen Strafrechts, I. Theil, 1838, S. 132.

¹³⁰ Siehe dazu *Boldt*, Böhmer, S. 6.

¹³¹ *Koestler*, The act of creation, 1964 (dt. Der göttliche Funke, 1966).

¹³² *C. G. Jung*, Synchronizität als Prinzip akausaler Zusammenhänge, in: Naturerklärung und Psyche, 1952, S. 1 ff; näher dazu *Aziz*,

C. G. Jung's Psychology of Religion and Synchronicity, 1990.

¹³³ *Merton*, zit. n. *Koestler*, Funke, S. 109.

¹³⁴ Siehe näher *Boldt*, Böhmer, S. 15 f.

¹³⁵ Siehe *Boldt*, Böhmer, S. 13.