



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### **Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### **About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



3 2044 103 220 307

*Bd. June 1931.*



HARVARD LAW LIBRARY

Received *Nov. 1, 1929.*

Germany



# Gesetz und Schuld im Strafrecht.

911.33 /  
118

Fragen des geltenden deutschen Strafrechts  
und seiner Reform.

Von

**Dr. L. v. Bar,**

ord. Professor der Rechte an der Universität Göttingen.

**Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze.**



Berlin 1907.

**J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,**

G. m. b. H.

# Albertus Gandinus

und das

## Strafrecht der Scholastik

von Hermann U. Kantorowicz.

Erster Band: Die Praxis.

Ausgewählte Strafprozeßakten des dreizehnten Jahrhunderts  
nebst diplomatischer Einleitung.

Von der Savigny-Stiftung unterstützt.

gr. 8°. Preis 12 Mk.

---

## Der gerichtliche Zweikampf im altfranzösischen Prozeß und sein Übergang zum modernen Privatzweikampf.

Erster Teil:

Der gerichtliche Zweikampf im altfranzösischen Prozeß.

Von A. Coulin.

Mit einem Vorwort

von Josef Kohler,  
Geh. Justizrat und ord. Professor.

gr. 8°. Preis 3 Mk. 50 Pf.

---

## Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens.

Ein Beitrag zur Wertungslehre im Strafrecht.

Von Dr. Ottokar Tesar.

gr. 8°. Preis 6 Mk.

---

## Gesetz und Schuld im Strafrecht.

Fragen des geltenden deutschen Strafrechts  
und seiner Reform.

Von Dr. L. v. Bar,  
ord. Professor der Rechte in Göttingen.

Band I: Das Strafgesetz.

gr. 8°. Preis 6 Mk.





x

# Gesetz und Schuld

im

# Strafrecht.

Fragen des geltenden deutschen Strafrechts  
und seiner Reform.

Von

**Dr. L. v. Bar,**

ord. Professor der Rechte an der Universität Göttingen.

**Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze.**



Berlin 1907.

**J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,**

G. m. b. H.

Die  
Schuld nach dem Strafgesetze.

118

Von

Karl Ludwig  
L. v. Bar.



Berlin 1907.

**J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,**

G. m. b. H.

Digitized by Google

+

CrTx  
B223 geo

11  
11  
11

## Vorwort.

Der vorliegende Band erscheint — entgegen meinem Wunsche und meiner Erwartung — später als in Aussicht gestellt war. Abgesehen von einigen zufälligen Störungen und abgesehen von der Zeit, die manche Verbesserungen beanspruchten, kann als Entschuldigung geltend gemacht werden der Umfang dieses zweiten Bandes. Er ist — mit 855 Seiten Text gegen 272 Seiten des ersten Bandes — erheblich größer, als ich früher angenommen hatte.

Selbstverständlich ist die im ersten Bande beobachtete Methode der Untersuchung und Darstellung beibehalten. Indes tritt sie in diesem Bande stärker hervor. Die Ergebnisse sollten aus den grundlegenden Sätzen gleichsam von selbst sich entwickeln. Dies Ziel veranlaßte nicht selten eine Reihenfolge der Erörterungen, welche von der streng logischen Systematik eines Lehrbuchs abweicht.

Die Aufgabe, die ich mir stellte, wird nur unvollkommen gelöst sein. Namentlich mögen manchen ungenügend erscheinen die geschichtlichen Einleitungen zu den einzelnen Materien und die rechtsvergleichenden Ausführungen. In den geschichtlichen Einleitungen wäre aber Eingehen auf Einzelheiten nicht immer dienlich gewesen, wenn die Entwicklungsprinzipien klar gelegt werden sollten; minder Wichtiges mußte beiseite gelassen werden, und über die richtige Aussonderung des historisch wirklich Bedeutenden können leicht verschiedene Meinungen bestehen. Die Rechtsvergleichung sodann betreffend, war es nicht die Absicht, eine Materialiensammlung zu geben, in welcher Gesetzgebungen zahlreicher Staaten jede vollständig nach ihrem

Systeme der Reihe nach durchgegangen werden. Auch hier sollten Prinzipien und besonders kennzeichnende Einzelheiten zusammengefaßt und in dieser Weise kritisch benutzt werden. Bei dieser Methode mußte die Arbeit, um nicht verwirrend zu wirken und zu sehr sich zu verzögern, auf die bedeutsamsten auswärtigen Gesetzgebungen sich beschränken.

Unser gegenwärtiges deutsches Strafgesetzbuch bedarf meiner Ansicht nach in der Behandlung der Zurechnungsfähigkeit, namentlich in der Behandlung der sog. minderwertigen und der jugendlichen Personen, dann aber auch in der Behandlung der Begünstigung tiefgreifender Änderungen; in ersterer Beziehung, weil das Gesetz dem heutigen Kulturstande nicht mehr entspricht, in der Materie der Begünstigung, weil die Technik des Gesetzes fehlsam erscheint. Für andere in diesem Bande behandelte Materien sind nicht unbedeutende Verbesserungen empfehlenswert; in den Grundprinzipien dagegen dürfte hier unser Gesetzbuch manchen radikalen Reformvorschlägen vorzuziehen sein, und der Tadel, mit dem unsere Strafrechtspflege so vielfach bedacht wird, gebührt zu einem Teile nicht sowohl dem Gesetze selbst, als dialektisch-scholastischer Auslegung und Anwendung.

Im letzten Jahre erschienene Werke konnten der Regel nach nicht mehr benutzt werden — auch nicht das große Sammelwerk „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechtes“, welches in einzelnen Abschnitten (der bis jetzt erschienenen Bände des besonderen Teils) die Untersuchungen meiner Arbeit berührt, in dem die Begünstigung behandelnden Abschnitte (bearbeitet von *Beling*) bei früherem Erscheinen ausgiebiger hätte verwertet werden können.\*)

Den weniger umfangreichen dritten Band hoffe ich im Frühjahr 1908 der Öffentlichkeit übergeben zu können.

Göttingen, im August 1907.

---

\*) Die sechste von *Allfeld* besorgte Auflage von *H. v. Meyers* Lehrbuch ist öfter benutzt (als *Meyer-Allfeld* zitiert).

## Abkürzungen.\*)

AM. = Anderer Meinung.

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.

Bes. (oder bes.) = besonders.

Arch. d. Cr. = Archiv des Criminalrechts.

AG. = Appellationsgericht.

CGB. = Criminalgesetzbuch.

E. = Entscheidung, bezw. Entscheidungen, ohne weiteren Zusatz = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

GArch. = Goldammers Archiv, jetzt Archiv für Strafrecht u. Strafprozeß, herausgegeben von *Kohler*.

GS. = Gerichtssaal.

KH. = Kassationshof.

N. oder Nr. = Nummer.

OAG. = Oberappellationsgericht.

OG. = Obergericht.

OLG. = Oberlandesgericht.

OT. = Obertribunal.

ROH. = Reichsoberhandelsgericht.

RG. = Reichsgericht.

Rs. = Rechtsprechung (des RG.).

StGB. = Strafgesetzbuch.

U. = Urteil.

Zeitschr. (ohne Zusatz) = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Bei Angabe des Datums von Entscheidungen sind bei Weglassung der beiden ersten Ziffern die Ziffern 18 bezw. 19 ergänzend zu lesen; also z. B. 1./6. 86 = 1. Juni 1886.

---

\*) Ein Verzeichnis der benutzten Literatur allgemeineren Inhalts findet sich Bd. 1 S. IX ff. Die auf die einzelnen Lehren besonders sich beziehende Literatur ist zu den einzelnen Abschnitten angegeben.

## Berichtigungen.

- Seite 26 Zeile 1 des Textes ist statt „auf s. g. Monomanie“ zu lesen „in s. g. Monomanie“.
- Seite 30 Zeile 1 des Textes statt „vermöchte“ zu setzen „vermochten.“
- Seite 200 Zeile 14 des Textes: die auf Anmerkung verweisende Ziffer 58) hinter das Wort „Personen“ zu setzen, dagegen diese Ziffer in Zeile 6 des Textes v. unten zu streichen.
- Seite 268 Zeile 9 des Textes ist nach dem Worte „aufgegangenen“ das Komma zu streichen.
- Seite 362 ist in Anm. 138b Zeile 1 nach dem Worte „genau“ das Wort „betrachtet“ einzuschalten.
- Seite 401 Zeile 7 statt „gegebenen“ zu lesen „angenommenen“, desgleichen in Zeile 15 daselbst.
- Seite 432 Zeile 6 des Textes von unten nach dem Worte „entschließt“ statt des Punktes ein Fragezeichen zu setzen.
- Seite 432 Zeile 8 des Textes statt „talus“ zu lesen „tatus“.
- Seite 502 Zeile 3 des Textes sind die Worte „in ihm“ zu streichen.
- Seite 512 in Anm. 44 Zeile 1 statt „Köhler“ zu lesen „Kohler“.
- Seite 560 Zeile 3 des Textes von unten ist das Wort „ebensogut“ zu streichen.
- Seite 570 Zeile 7 des Textes statt „wollen“ zu lesen „will“.
- Seite 604 Zeile 14 des Textes statt „wenn“ zu lesen „daß“.
- Seite 634 Zeile 13, 12 des Textes von unten statt „wirklich als solche verstanden“ zu lesen, „wörtlich als solche zu verstehende“.
- Seite 658 ist in Anm. 112c Zeile 6 statt „des Sonderverbrechens“ zu lesen „der Sonderverbrechen“.
- Seite 665 Zeile 7 des Textes von unten statt „geteilt würde“ zu lesen „geteilt werde“.
- Seite 690 Anm. 170 Zeile 5 statt „hic“ zu lesen „his“.
- Seite 718 Zeile 12, 11 des Textes von unten zu lesen statt „so kann die Strafe wie für einen Täter bestimmt werden“ zu lesen „so ist die Strafe wie für einen Täter zu bestimmen.“
- Seite 729 ist in Anm. 235 Zeile 1 und 2 zweimal statt „Kap.“ zu lesen „Cap.“

# Inhaltsverzeichnis.

## Die Zurechnungsfähigkeit.

	Seite
§ 1. Zurechnungsfähigkeit (Deliktsfähigkeit) Voraussetzung der Bestrafung. Können dem Menschen in Wahrheit die von ihm begangenen Handlungen zugerechnet werden? Das allgemeine Kausalgesetz und der auf ihm beruhende Determinismus. Rechtfertigung der Strafe durch die Vertreter des Determinismus . . . . .	1—4.
§§ 2—4. Das praktische Leben und folglich auch das Strafrecht geht aus von der Annahme einer freilich nicht unbegrenzten Freiheit des menschlichen Willens; nur so der Charakter der Strafe als eines Übels für den Verbrecher zu rechtfertigen; mit den Konsequenzen des Determinismus ist das Strafrecht, so wie es besteht und von jeher bestanden hat, nicht zu vereinigen; daher Inkonsequenz. Der relative Indeterminismus bewußt inkonsequent; letzterer fordert nicht Vergeltung im eigentlichen Sinne; der Determinismus führt nicht unbedingt zur Milde. Die Behandlung der Zurechnungsfähigkeit abhängig von der geschichtlichen Kulturentwicklung	4—14.
§§ 5, 6. Ausgangspunkt in der geschichtlichen Entwicklung die Annahme unbeschränkter Freiheit des Individuums; daher Zurechnungsunfähigkeit angenommen nur bei Mangel des Gebrauchs des Verstandes, in den Gesetzgebungen sodann Zurechnungsunfähigkeit = Mangel der freien Selbstbestimmung. Aber diese Definition der Gesetzbücher nur formal. Definitionen auf Grundlage des Determinismus ( <i>Merkel, Tarde, v. Liszt, Liepmann</i> ) . . . . .	5—21.
§§ 7—11. Entwicklung einer Realdefinition der Zurechnungsunfähigkeit . . . . .	21—32.
§§ 12, 13. Formelle Behandlung der Zurechnungsfähigkeit seitens der Gesetzgebung. Gesetzesvorschlag	32.



- §§ 14, 16. Verminderte Zurechnungsfähigkeit. Anerkennung derselben im früheren gemeinen Rechte, in früheren Strafgesetzbüchern. Ablehnung im preußischen StGB. und später im deutschen StGB.; dagegen Anerkennung in verschiedenen neuen ausländischen Gesetzgebungsarbeiten . . . . . 32—36.  
 Neuere Ansicht: nicht Milderung (Kürzung) der Strafe, sondern veränderte Strafe bei verminderter Zurechnungsfähigkeit (*Wharton, Bar, Kahl, Aschaffenburg*), Ergebnisse; Gesetzesvorschlag . . . 36—55.
- §§ 22. Lichte Zwischenräume bei Geisteskranken. Zeitpunkt der Handlung für die Strafbarkeit maßgebend. Zurechnungsfähigkeit und Straffähigkeit . . . . . 55—56.
- §§ 23—27. Jugendliches Alter. Grenze absoluter Straffreiheit. Hinausschiebung der Grenze gegenüber dem bisherigen Rechte. Die absolute Deliktsunfähigkeit eine *Praesumptio juris et de jure*, aber nur zugunsten der jugendlichen Personen selbst. Dabei entscheidend der Zeitpunkt des Willensaktes. Erziehungsmaßregeln anzuordnen durch die Obervormundschaftliche Behörde . . . . . 56—64.
- §§ 28—33. Zwischenstufe des jugendlichen Alters mit bedingter Deliktsfähigkeit. Römisches, kanonisches, früheres gemeines Recht, frühere deutsche Gesetzgebungen. Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit nach dem Unterscheidungsvermögen (französisches Recht); das preußische StGB., das deutsche StGB. Kritik der Bestimmung des StGB.; Gesetzesvorschlag 64—74.
- §§ 34—39. Beweislast der Anklage. Die Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Personen mit Rücksicht auf Natur und Begehungsarten der einzelnen Delikte verschieden. Die Eidesmündigkeit insbesondere. Der Fall des StGB. 176,3, Real- und Idealkonkurrenz bei Straftaten jugendlicher Personen; Behandlung erschwerender Momente. Feststellung der Zurechnungsunfähigkeit hier prozessuale Wahrheit. Berechnung des Alters. Unterlassung der Anklage. Strafbefehle, Strafverfügungen der Polizeibehörden bei Delikten bedingt deliktsfähiger Personen. Vom Richter auszusprechende Maßregeln, wenn die Tat festgestellt, die Zurechnungsfähigkeit dagegen verneint wird . . . . . 74—84.
- §§ 40—42. Milderungsgrund des jugendlichen Alters; anzuwendende Strafen. — Der radikale Vorschlag eines Urteils nicht über Zurechnungsfähigkeit, sondern

	Seite
über Erziehungsbedürftigkeit. Beschlüsse des <i>Congrès international pénitentiaire</i> und der Internationalen kriminalistischen Vereinigung. Englische bzw. nordamerikanische Gesetze und Einrichtungen <i>Reformatory</i> und <i>Industrial schools</i> ; <i>Juvenile Courts</i> . Gesetzesvorschlag . . . . .	84—96.
§ 43. Strafmilderung bei jugendlichen Angeklagten, die das Alter bedingter Zurechnungsfähigkeit überschritten haben; römisches, früheres gemeines Recht; das StGB.; neue Gesetzgebungen. Milderung bis zu einer bestimmten Altersstufe nach richterlichem Ermessen . . . . .	96—99.
§§ 44—46. Greisenalter; weibliches Geschlecht; Taubstumme; Blinde; in der geistigen Entwicklung zurückgebliebene Personen; Angehörige nicht zivilisierter Staaten . . . . .	99—103.
§§ 47—57. Vorübergehende Zustände von Zurechnungsunfähigkeit. <i>Actio libera in causa</i> . Trunkenheit . .	103—127.
§ 58. Hypnose . . . . .	127—129.
§ 59. Affekte . . . . .	130—132.

### Anhang : Deliktsfähigkeit juristischer Personen.

§§ 60—63. Geschichte, römisches Recht: Mittelalter; früheres gemeines Recht . . . . .	133—137.
§§ 64—73. Neueste Ansichten (insbesondere Vertreter der Deliktsfähigkeit der Gesamtpersonlichkeiten: <i>Gierke, Hafter</i> ). Kritik . . . . .	137—154.
§§ 74—75. Das positive Recht. Praktisches Ergebnis. Auswärtige Rechte . . . . .	155—158.

### Der Kausalzusammenhang.

§§ 76—85. Einleitung, Aufstellung des Problems. Die verschiedenen Versuche und Theorien von <i>Luden, Glaser, v. Buri</i> (meine Theorie 1871), <i>Birkmeyer, Kohler, A. Horn, R. Horn, M. E. Meyer, Huther, Müller</i> . . . . .	161—178.
§§ 86—92. Meine Theorie und die anschließende Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges insbesondere: v. <i>Kries, Adolf Merkel, Thon, Rümelin, Träger, Litten, Rumpf, v. Rohland</i> . . . . .	178—189.
§ 93. Neueste Theorie <i>Reinach, Liepmann</i> , . . . . .	190—192.
§§ 94—106. Ergebnisse und Ausführung im einzelnen	192—211.
§ 107. Das im Leben unvermeidliche Risiko; die Regel	

des Lebens; besonderes Recht zur Vornahme einer Handlung . . . . .	211—214.
§§ 108—111. Ausnahmehaftung. Erfolgshaftung. <i>Aliud alii mortiferum esse solet</i> . . . . .	214—217.
§§ 112—116. Eingreifen der Tätigkeit eines anderen	217—229.
§§ 117, 118. Gleichzeitige Tätigkeit mehrerer; Haftung für Beauftragte . . . . .	229—232.
§§ 119—121. Eigene Schuld des Beschädigten . . . . .	232—237.
§ 122. Einwirkung eines günstigen Ereignisses . . . . .	237—238.
§ 123. Wie, wenn der Beschädigte zurechnungsunfähig ist und unvernünftig eingreift? . . . . .	238—240.
§ 124. Rechtswidriges Handeln des Beschädigten . . . . .	240—242.
§ 125. Schlußbetrachtung . . . . .	242—243.

### Anhang: Der Kausalzusammenhang bei Unterlassungen.

§ 126. Einleitung. Verschiedene Fälle der Unterlassung . . . . .	244—246.
§ 127. Geschichte: römisches, kanonisches, früheres gemeines Recht. — Unterlassung der Anzeige geplanter Verbrechen für letztere nicht kausal . . . . .	246—248.
§§ 128—136. Theorien: <i>Feuerbach, Spangenberg, Luden, Krug, Glaser, v. Buri, v. Berger, Binding, v. Rohland, Hälschner, Gever, Aldosser, Finger, Landsberg, Siegart, Kohler, v. Liszt</i> . . . . .	248—258.
§§ 137, 138. Ergebnisse . . . . .	258—261.
§ 139. Die Rechtspflicht insbesondere . . . . .	261—264.
§ 140. Die Probe im einzelnen Falle . . . . .	264—267.
§ 141. Abwendung schädlicher Folgen eigener Tätigkeit . . . . .	267—269.
§ 142. Schlußbetrachtung . . . . .	269—270.

### Vorsatz und Fahrlässigkeit.

§ 143. Einleitung. Der strafbare Wille als Gegenstand des Strafrechts . . . . .	273—275.
§§ 144, 145. Geschichte: Vorsatz ( <i>Dolus</i> ) im römischen Rechte, im deutschen Rechte, in der italienischen Jurisprudenz des Mittelalters, im früheren gemeinen Recht . . . . .	275—277.
§§ 146—148. Neuere Theorie. <i>Animus nocendi</i> . Absicht. Die Ansichten <i>Kleins, Stübels, Feuerbachs. Dolus indeterminatus; Dolus generalis, eventualis</i> . . . . .	277—282.
§ 149. Theorien <i>Hegels, Berners, Köstlins</i> . . . . .	282—284.

§ 150. <i>Herrmanns</i> Auffassung: hypothetische, generelle Absicht; <i>Luxuria</i> . . . . .	284—286.
§§ 151, 152. <i>Bekker, Zitelmann</i> : der Wille als Körperbewegung. Grundlage der sog. Vorstellungstheorie	286—290.
§§ 153—155. Weitere Ausbildung der Vorstellungstheorie: <i>Lucas, v. Lilienthal, Frank</i> , (die sog. <i>Franksche</i> Formel betreffend den <i>Dolus eventualis</i> ) v. <i>Liszt</i> . .	291—294.
§ 155. <i>Kohlers</i> und <i>Löfflers</i> Ansichten . . . . .	294—295.
§§ 156, 157. Kritik, Vermittelungstheorie; <i>M. E. Mayer</i>	295—301.
§ 158. <i>Bindings</i> Willenstheorie. — v. <i>Hippel</i> als Vertreter der Willenstheorie . . . . .	301—304.
§§ 159—166. Ergebnisse ( <i>Thyrens</i> Ausführungen) . . .	304—320.
§ 167. Voraussetzungen des Handelns im Gegensatz zum Erfolg, Zivilrecht und Strafrecht . . . . .	320—322.
§§ 168—177. Der <i>Dolus eventualis</i> (bezw. <i>alternativus</i> ); insbesondere v. <i>Almendingens</i> Theorie. Die Erfolgsbilligung. v. <i>Hippels</i> Ausführung. Kritik der <i>Frank</i> -schen Formel. Beschluß des deutschen Juristentags ( <i>Hamm</i> ). Entscheidung einzelner Fälle (v. <i>Liszt, Stenglein</i> ). Vergleichung des <i>Dolus eventualis</i> mit dem <i>Animus nocendi</i> . Der <i>Dolus event.</i> in der französischen Jurisprudenz . . . . .	322—347.
§§ 178—182. Fälle des direkten Dolus, die als Fälle des <i>Dolus event.</i> nicht aufzufassen sind. Zusammenfassung der Ergebnisse betr. mehrere aus einem Willensakte hervorgehende Erfolge . . . . .	347—352.
§ 183. <i>Dolus subsequens</i> . . . . .	352—354.
§ 184. Das einzelne Tatbestandsmoment und der Wille	354—355.
§ 185. <i>Dolus generalis</i> . Abbrechen des Vorsatzes bei mehreren Tätigkeiten, wenn der Handelnde den Erfolg schon für erreicht hält . . . . .	355—361.
§ 186. Unwissenheit und Irrtum des Handelnden über Tatumstände im allgemeinen . . . . .	361—363.
§§ 187, 188. Error in objecto . . . . .	363—369.
§§ 189, 190. Aberration . . . . .	369—373.
§§ 191—196. Rechtsunkennntnis und Rechtsirrtum. Geschichte: römisches Recht; die italienische Jurisprudenz des Mittelalters (kanonisches Recht); ältere Kodifikationen; die früheren deutschen Gesetzbücher	373—382.
§§ 197—202. Neuere Ansichten: <i>Gessler, Berner, Heine- mann, Bindings</i> Ungehorsamstheorie ( <i>Hammerer, Kahn</i> ); Mittelmeinungen: <i>Birkmeyer, Bün- ger; Kohl- ers</i> Ansicht; <i>Allfelds</i> Ansicht: Entschuldigung durch Rechtsirrtum . . . . .	382—391.

	Seite
§§ 203—207. Ergebnisse . . . . .	391—398.
§§ 208—215. Die vom deutschen Reichsgerichte befolgte Theorie. Kritik derselben ( <i>Kohlrausch</i> , <i>Köhler</i> ). Einzelne Fragen den Rechtsirrtum betreffend S. g. Blankettgesetze . . . . .	398—414.
§§ 216, 217. Subsumtionsirrtum . . . . .	414—418.
§§ 218, 219. Irrtum über Strafausschließungsgründe. Beurteilung der Strafbarkeit der Handlung eines anderen durch den Angeklagten . . . . .	418—420.
§§ 220, 221. Weitere besondere Fälle. Hervor- hebung des Moments der Rechtswidrigkeit in der gesetzlichen Definition des Delikts. Irrtum über die eigene Zurechnungsfähigkeit, über den territorialen Bereich eines Strafgesetzes. Aberglaube. Irrtum über Bedingungen der Strafbarkeit . . . . .	420—424.
§§ 222—224. Rechtswahn. Wahnverbrechen (Putativ- delikt). Zweifel des Handelnden . . . . .	424—429.
§ 225. Schlußbetrachtung <i>de lege ferenda</i> . S. g. Ordnungs- strafe im Falle des Rechtsirrtums. Gesetzesformu- lierung . . . . .	429—432.
§§ 226, 227. <i>Dolus praemeditatus</i> und <i>Dolus repentinus</i> ( <i>Impetus</i> ) . . . . .	432—435.
§§ 228, 229. Fahrlässigkeit. Geschichte: römisches Recht; deutsches Recht; italienische Jurisprudenz des Mittelalters; die C. C. C.; Jurisprudenz des früheren gemeinen Rechts . . . . .	435—439.
§§ 230—232. Theorien der Fahrlässigkeit: <i>Feuerbach</i> , <i>Klein</i> , <i>v. Almendingen</i> , <i>Schulze</i> , <i>Stübel</i> , <i>H. v. Meyer</i> , <i>v. Lisst</i> . . . . .	439—443.
§ 233. Ergebnisse . . . . .	443—447.
§§ 234, 235. Einzelne Fragen: individuelle Fähigkeit oder objektiver Maßstab entscheidend? . . . . .	447—452.
§ 236. Kausalzusammenhang und Fahrlässigkeit. Risiko. Allgemeine Sitte . . . . .	452—454.
§§ 237, 238. Polizeiverordnungen. Die Probe der Ent- scheidung. Verantwortlichkeit für Beauftragte . . . . .	454—456.
§ 239. Grade der Fahrlässigkeit . . . . .	457—459.
§§ 240, 241. Unbewußte und bewußte Fahrlässigkeit. <i>Luxuria</i> . <i>Löfflers</i> Theorie. <i>Dolus indirectus</i> ( <i>Klee</i> ) . . . . .	459—463.
§ 242. Fahrlässigkeit bei entschuldbarem Irrtum, insbe- sondere Rechtsirrtum . . . . .	463—465.
§§ 243—247. Gesetzliche Kasuistik; Fahrlässigkeit unter Verletzung einer Amts- bzw. Gewerbspflicht StGB. 232. <i>De lege ferenda</i> . . . . .	465—472.
§ 248. Regelmäßige Bestrafung nur auf Antrag . . . . .	472—475.

	Seite
§ 249. Behandlung der Fahrlässigkeit in England und den Vereinigten Staaten von Nordamerika . . . . .	475—476.
§§ 250—254. Fälle der Bestrafung ohne Verschulden? Konventionen gegen Abgabengesetze. Solidarisch Verpflichtete. Subsidiäre Haftung eines anderen für eine verwirkte Strafe. <i>De lege ferenda</i> . . . . .	476—483.

### Der Versuch.

§§ 255—257. Allgemeine Begründung der Strafbarkeit des Versuchs . . . . .	487—495.
§§ 258, 259. Geschichte: römisches Recht; italienische Jurisprudenz des Mittelalters; die Carolina; das frühere gemeine Recht; mildere Bestrafung des Versuchs im Verhältnis zur Bestrafung des vollendeten Delikts . . . . .	495—498.
§ 260. Der <i>Code pénal</i> ; die deutschen Gesetzbücher des XIX. Jahrhunderts; das preußische StGB. von 1851	498—499.
§ 261. Das deutsche StGB. Nebenstrafen . . . . .	499—500.
§§ 262—267. Stufen des Versuchs. Vorbereitungshandlungen; Strafbarkeit derselben? Erfordernis des Vorliegens einer Ausführungshandlung. Erfordernisse der Ausführungshandlung . . . . .	500—516.
§ 268. Beendigter Versuch ( <i>Delit manqué</i> ) . . . . .	517—520.
§§ 269—276. Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekte . . . . .	521—539.
§ 277. Delikte, bei denen ein Versuch unmöglich ist? Unterlassungsdelikte? . . . . .	539—543.
§ 278. Versuch mit <i>Dolus eventualis</i> ? . . . . .	543—544.
§ 279. Versuch bei Delikten, die bei Eintritt eines schwereren Erfolges als qualifizierte bestraft werden	544—547.
§§ 280—288. Straflosigkeit des Versuchs bei freiwilligem Rücktritt des Schuldigen . . . . .	547—562.
§§ 289—290. Qualifizierter Versuch. Versuch im Falle des § 216 des StGB. . . . .	562—565.
§ 291. Gesetzesvorschlag betr. den freiwilligen Rücktritt	566.
§ 292. Fahrlässiger Versuch? Versuch bei Fahrlässigkeitsdelikten? . . . . .	566—568.
§§ 293, 294. Geringere Strafbarkeit des Versuchs im Verhältnis zum vollendeten Delikte. Kritik des entgegengesetzten neuestens besonders empfohlenen Prinzips	568—572.
§ 295. <i>De lege ferenda</i> : allgemeine Strafbarkeit des Versuchs oder Bestrafung nur bei einzelnen Delikten? . . . . .	572—573.

**Teilnahme und Begünstigung.**

- § 296. Begriff und Hauptprobleme . . . . . 575—581.
- §§ 297—300. Geschichte: römisches, kanonisches, älteres deutsches Recht; italienische Jurisprudenz des Mittelalters; die Carolina . . . . . 581—585.
- §§ 301—304. Spätere Entwicklung: *Pufendorf*; Gesetzgebungen des XVIII. Jahrhunderts; der *Code pénal* und sein Einfluß auf die deutsche Gesetzgebung . 585—591.
- §§ 305—308. Der sog. akzessorische Charakter der Teilnahme. Die reine Kausalitätstheorie . . . . . 591—597.
- §§ 309—317. Die Unterscheidung von Beihilfe und Mittäterschaft. Verschiedene Theorien. Haupt- und Nebengehilfe . . . . . 597—613.
- § 318. *De lege ferenda*: die prinzipiell gleiche Bestrafung aller Arten der Teilnahme abzulehnen (Kritik der Vorschläge der deutschen Gruppe der Internationalen kriminalistischen Vereinigung) . . . . . 613—616.
- §§ 319, 320. Anstiftung, Kausalzusammenhang zwischen Anstiftung und Tat. Kulpose Anstiftung denkbar, aber ihre Bestrafung abzuweisen. Allgemeine Provokationen zu strafbaren Handlungen auf den Titel der Anstiftung nicht strafbar . . . . 616—620.
- §§ 321—324. Die Natur des Anstifter-Dolus. Unterschied von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft. Kongruenz des Dolus des Anstifters mit dem Dolus des Täters? . . . . . 620—629.
- § 325. Mittel jemanden anzustiften. Grenze der Anstiftung gegen die intellektuelle Beihilfe . . . . . 629—632.
- §§ 326—328. Anstiftung eines bereits Entschlossenen; jemandes, der nicht weiß, daß er als Angestifteter handelt. Keine Anstiftung zu fahrlässigen Delikten 632—636.
- §§ 329, 330. Gibt es Delikte, zu denen man anzustiften, die man aber nicht als mittelbarer Täter begehen kann? Über mittelbare Täterschaft beim falschen Eide; ferner bei Omissivdelikten . . . . . 636—642.
- §§ 331, 332. Anstiftung zur Beihilfe, zur Anstiftung. Sukzessive Anstiftung . . . . . 642—643.
- §§ 333—335. Anstiftung zum Versuche: der sog. *Agent provocateur* . . . . . 643—651.
- §§ 336—338. Anstiftung zu einer Tat, die die Anstiftung tatsächlich, zu einer Tat, die er rechtlich nicht begehen kann. Anstiftung zu einer in der Person des Täters entschuldigten Tat . . . . . 651—656.
- §§ 339—341. Anstiftung zu sog. Standes- (Sonder-)

	Seite
Verbrechen. Mittelbare Täterschaft bei solchen Delikten . . . . .	656—662.
§§ 342—346. Besondere strafferhöhende, bzw. strafmildernde Umstände in der Person des Täters, bzw. des Anstifters . . . . .	662—673.
§§ 347—350. Exzeß des Täters. <i>Error in objecto</i> bei Ausführung der Tat . . . . .	673—681.
§§ 351, 352. <i>De lege ferenda</i> : soll die Anstiftungshandlung als solche bestraft werden? . . . . .	681—686.
§§ 353—355. Rücktritt und tätige Reue des Anstifters; des Angestifteten, Straftilgungsgründe . . . . .	686—689.
§§ 356, 357. Gleiche Strafbarkeit des Anstifters und des Täters. Soll die Anstiftung bei allen Delikten strafbar sein? . . . . .	689—690.
§ 358. Beihülfe. Physische und intellektuelle Beihülfe. Verhältnis letzterer zur Anstiftung. Entschuldigung des Gehülfen wegen tatsächlichen Irrtums . .	691—692.
§§ 359, 360. Der Dolus des Gehülfen. Eventualdolus? Beihülfe zur Anstiftung. Anstiftung zur Beihülfe. Beihülfe zu fahrlässigen Delikten? . . . . .	693—695.
§§ 361—365. Erfordernis der Kausalität bei der Beihülfe. Beihülfe durch Unterlassung (sog. negative Beihülfe). Unterlassung der Anzeige der von anderen geplanten Verbrechen. Anzeigepflicht . . . . .	695—705.
§ 366. Rücktritt vom Versuche im Falle der Beihülfe	705.
§ 367. Mittäterschaft. Die frühere Lehre vom Komplott . . . . .	705—707.
§§ 368—370. Mittäterschaft und Mehrtäterschaft. Verantwortlichkeit der einzelnen mitwirkenden Personen für einen Gesamterfolg . . . . .	707—714.
§§ 371—375. Erfordernis der Mitwirkung unmittelbar bei Ausführung der Tat. Mittäterschaft bei Omissivdelikten. Beginn der Verantwortlichkeit des Mitäters. Rücktritt. Eingehung eines Komplottes. Eintritt in eine Verbrecherbande — Gesetzesformel	714—718.
§§ 376, 377. Keine mehrfache Teilnahme derselben Person bei denselben Handlungen . . . . .	718—722.
§§ 378, 379. Straflosigkeit der Haupthandlung bei Strafbarkeit der Beihülfe. Der Verletzte als Täter. Gesetzliche Straflosigkeit eines bei der Tat Mitwirkenden	722—729.
§§ 380, 381. Rathabition keine Teilnahme. — Internationale Behandlung der Teilnehmer an einem Delikte	729—731.
§§ 382, 383. Notwendige Teilnahme . . . . .	731—735.
§ 384. Begünstigung. Auffassung der Begünstigung	



als nachfolgende Teilnahme und Auffassung als besonderes Delikt . . . . .	736.
§§ 385—388. Geschichtliche Entwicklung bis zur Selbständigkeitstheorie im StGB. . . . .	737—742.
§§ 389—393. Schwierigkeiten und Konsequenzen der Selbständigkeitstheorie in Vergleichung mit der Teilnahmetheorie des früheren gemeinen Rechts .	742—751.
§§ 394, 395. Erfordernisse der Begünstigung im einzelnen: Vordelikt. Ausschluß der Strafbarkeit des Vordelikts. Das Vordelikt ein Antrags- oder Ermächtigungsdelikt. Das Vordelikt ein Verbrechen oder Vergehen . . . . .	752—758.
§§ 396—400. Der Dolus des Begünstigers. Irrtum. Der Dolus des Begünstigers ein qualifizierter; Eventualdolus ausgeschlossen. Motiv und Absicht bei Begünstigung . . . . .	758—766.
§ 401. Tauglichkeit der Begünstigungshandlung, nicht aber Wirksamkeit derselben <i>in concreto</i> erforderlich	766—768.
§§ 402—406. Einzelne Fragen. Begünstigung durch falsche Angaben (insbesondere vor Gericht). Der Verteidiger als Begünstiger des Angeklagten. Rückgängigmachen eines zur Bestrafung des Schuldigen führenden Schrittes. Verhinderung einer Anzeige, eines Strafantrags. Begünstigung in Beziehung auf Vollstreckung der Strafe, insbesondere auf Vollstreckung von Nebenstrafen. Konkurrenz von Gefangenenbefreiung und Begünstigung . . . . .	768—774.
§ 407. Begünstigung durch Zahlung der Geldstrafe für den Verurteilten; Geschenk des Betrages zur Zahlung der Geldstrafe? . . . . .	774—780.
§§ 408, 409. Begünstigung mittels eines Begnadigungsgesuches. Begünstigung durch Beihülfe und Anstiftung zum Selbstmord? . . . . .	780—783.
§ 410. Konkurrenz von Täterschaft (Mittäterschaft) sowie Teilnahme und Begünstigung? Mehrfache Begünstigung derselben Person bei derselben Tat? .	783—787.
§§ 411, 412. Schwere Begünstigung eigenen Vorteils wegen. Begriff des Vorteils . . . . .	787—790.
§§ 413, 414. Straflose Begünstigung naher Angehöriger	790—793.
§ 415. Inwiefern ist die Begünstigung Antragsdelikt?	793—795.
§§ 416—419. Fehler einzelner Strafsätze des StGB. Hehlerei (Partiererei) im allgemeinen . . . . .	795—801.
§§ 420—423. Erfordernisse der Partiererei im einzelnen: das Vordelikt. Aus dem Wortlaut des StGB. und aus der Selbständigkeitstheorie entspringende	

Schwierigkeiten. Bettelei, Erlegung von Wild während Schonzeit, und andere ein Recht an der Sache nicht verletzende Vordelikte. Der Eigentümer unter Umständen Täter beim Vordelikte. Ansichbringen nicht des durch das Vordelikt erlangten Objektes, sondern eines Tauschobjektes. Übergang des Eigentums der Sache an den Täter beim Vordelikt. Ansichbringen gegen gesetzliches Verbot verfertigter Sachen . . . . .	801—809.
§§ 424—428. Die Kasuistik des StGB. § 259 bei Bezeichnung der als Partiererei geltenden Handlungen. Annahme zum Geschenk. Mitverzehren gestohlener Sachen. Mitwirken zum Absatze. Annahme in Zahlung . . . . .	809—818.
§ 429. <i>Mala fides superveniens</i> . . . . .	818—820.
§ 430. Eventueller Dolus ungenügend. Fahrlässigkeit nach StGB. 259? . . . . .	820—823.
§ 431. Inwieweit Kenntnis des Vordeliktes beim Dolus erforderlich? . . . . .	823—824.
§ 432. Begriff des eigenen Vorteils. Nur Vermögensvorteil? . . . . .	824—825.
§§ 433—437. Konkurrenz von Hehlerei und Teilnahme, Personenhehlerei und Partiererei? . . . . .	825—832.
§ 438. Alternative Feststellungen in Strafurteilen über Partiererei . . . . .	832—833.
§ 439. Gesamtergebnis und Gesetzesvorschlag betreffend Begünstigung, Hehlerei und Partiererei insbesondere	833—836.
§ 440. Schlußbetrachtung <i>de lege ferenda</i> . Neueste Gesetzgebungsarbeiten . . . . .	836—838.

### Anhang: Die in § 49a des StGB. mit Strafe bedrohten Handlungen.

§ 441. Entstehungsgeschichte . . . . .	839—840.
§ 442. Systematische Stellung . . . . .	840—841.
§§ 443—448. Einzelne Rechtsfragen: Verbrechen im Sinne des § 49a. Aufforderung; Erbieten; Annahme einer Aufforderung; Ernstlichkeit; Zurechnungsfähigkeit der Person; lediglich mündliches Anerbieten ohne Gewährung von Vorteilen nicht strafbar. Begriff des Vorteils im Sinne des § 49a. — Subsidiärer Charakter der Strafbestimmung des § 49a. Konsequenzen dieses Satzes . . . . .	841—850.
§ 449. Kritik des Gesetzes; <i>de lege ferenda</i> . . . . .	851—855



# Die Zurechnungsfähigkeit.



Öfter zitierte oder besonders in Betracht gezogene Literatur (allgemeinere strafrechtliche Literatur vgl. Bd. I S. XVII ff.): Über die Frage der Willensfreiheit im Strafrecht: *Alexander von Joch* (Pseudonym für *Karl Ferd. Hommel*), Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen 1770 (zum Teil skurril, enthält diese kleine Schrift doch Argumente, welche noch in neuester Zeit für die Vereinbarkeit des konsequenten Determinismus mit dem Strafrechte vorgebracht sind). \**Thibaut*, Beiträge zur Kritik der *Feuerbachschen* Theorie über die Grundbegriffe des Strafrechts 1802, S. 55 ff. \**Wahlberg*, Ges. Schr. 1 S. 1—22. \**G. Rümelin*, Reden und Aufsätze, neue Folge 1881, S. 37—75. \**Binding*, Die Normen 2 S. 3—35. *Adolf Merkel*, Zeitschr. 1 S. 560 ff. *Janka*, Die Grundlagen der Strafschuld 1885. \**E. Brusa*, Sul nuovo positivismo nella giustizia penale, Torino 1887, bes. S. 200 ff. \**H. v. Meyer*, Die Willensfreiheit und das Strafrecht, Vortrag 1890. *Klippel*, Determinismus und Strafe (Straßburger Dissertation) 1890 (auch abgedruckt Zeitschr. 10 S. 534 ff.). *Träger*, Wille, Determinismus, Strafe 1895. *v. Liss*, Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, Vortrag, gehalten 4./8. 1896 auf dem dritten internationalen Psychologenkongreß, abgedruckt Zeitschr. 17 S. 70—84. *Liepmann*, Einleitung in das Strafrecht 1900. *v. Hippel*, Willensfreiheit und Strafrecht, Zeitschr. 23 S. 396—422, auch als bes. Schrift erschienen. *Hold v. Ferneck* S. 54 ff. \**v. Rohland*, Die Willensfreiheit und ihre Grenzen 1905. *Julius Petersen*, Willensfreiheit und Moral im Strafrecht 1905 (vgl. dazu *Kohlrausch*, Monatsschr. f. Kriminalpsychologie 2 S. 509, u. *Petersen*, daselbst 3 S. 353). \**Bierling*, Juristische Prinzipienlehre 3 1905, S. 251 ff.

Die mit \* bezeichneten Schriften vertreten den Indeterminismus, die übrigen den Determinismus. Besondere eingehende Darstellungen des Problems auch unter Berücksichtigung allgemeinphilosophischer Werke enthalten die angeführten Schriften *Trägers*, *Rohlands* und *Petersens*; letztere gilt wohl als vollständigste Darstellung.

In der Philosophie wird gegenwärtig (vgl. *Liss*, Lehrb. § 16 Anm. 5) dem Determinismus die Vorherrschaft zuzusprechen sein („Die Bedürfnisse des reinen Denkens werden höher eingeschätzt als die des praktischen“, so *Rohland* a. a. O. S. 127), während unter den Kriminalisten Indeterminismus und Determinismus annähernd die gleiche Zahl von Anhängern aufweisen: \**Beling*, \**Berner*, \**Binding*, \**Birkmeyer*, \**Gretener*, \**Kahl*, \**Köhler*, \**Lammasch*, dagegen Deterministen: *von Calke*, *Graf zu Dohna*, *Finger*, *Frank*, *v. Hippel*, *Hold v. Ferneck*, *v. Lilienthal*, *v. Liss*, *Netter*, *Petersen*, *Träger*, *Zürcher*, wie die Anhänger der neuen Schulen in Italien und Frankreich. Solange die *Hegelsche* Philosophie die Strafrechtstheorie vorherrschend beeinflusste, herrschte in der letzteren auch der Indeterminismus; so waren *Köstlin* und *Hälschner* Indeterministen. *Feuerbach* dagegen, der die Strafe auf den Zweck der Abschreckung durch das Gesetz gründete, war Determinist, und da in der neuesten Zeit wiederum eine relative Strafrechtstheorie im Vordergrund steht, welche das Strafrecht auf den durch Strafe zu erreichenden Schutz der Gesellschaft gründet, so ist erklärlich, daß die Zahl der Deterministen unter den jüngeren Kriminalisten im Wachsen begriffen ist; derartige Zwecke scheinen am sichersten erreichbar, wenn dem Kausalgesetz auch psychologisch eine unbedingte Herrschaft zugeschrieben wird.

Über Zurechnungsfähigkeit im allgemeinen: *Berner*, Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre 1843. *Wahlberg*, Das Prinzip der Individualisierung in der Strafrechtspflege, Wien 1869. *Jessen*, Über Zurechnungsfähigkeit 1870. *Maudsley*, Die Physiologie u. Pathologie der Seele, übersetzt 1870.

*Fr. Wharton*, A treatise on mental unsoundness, Philadelphia 1873 (vgl. dazu: *Bar*, Grünhuts Zeitschr. 2 S. 77). *v. Kraft-Ebing*, Lehrbuch der gerichtlichen Psychopathologie, seit 1875 in einer größeren Anzahl von Auflagen. *Derselbe* in *Holtendorffs* Hdb. 4 S. 111—138. *Hoppe*, Die Zurechnungsfähigkeit 1877. *Schwartz*, Die Bewußtlosigkeitszustände als Strafausschließungsgründe 1878. *v. Volkmann*, Lehrbuch der Psychologie, 4. Aufl., herausgeg. von *Cornelius*, 2 Bde. 1894, 1895. *W. Engelmann*, Die Schuldlehre der Postglossatoren 1895. *Alimena*, I Limiti e i modificazioni dell' imputabilità, 3 Bde., Torino 1894—1899. *F. Bruck*, Zur Lehre von der kriminalistischen Zurechnungsfähigkeit 1879. *Tarde*, Philosophie pénal, hier zitiert nach der 5. Aufl. Lyon, Paris 1900. *Hoche*, Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie 1901. *Cramer*, Gerichtliche Psychiatrie, 3. Aufl. 1903. *R. Loening*, Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre Bd. 1: Die Zurechnungslehre des Aristoteles 1903. *Aschaffenburg*, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, 2. Aufl. 1906. Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, herausgegeben von *Aschaffenburg*, 1904 ff.

Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Personen: *Baumert*, Über die Zurechnungsfähigkeit und Bestrafung jugendlicher Personen, Bresl. Diss. 1877. *Appelius*, Über die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Kinder 1892. *Aschrott*, Die Behandlung der verwahrlosten und verbrecherischen Jugend 1892. *v. Slupecki*, Die Lehre von den jugendlichen Verbrechern im gemeinen deutschen Strafrecht und Strafprozeßrecht, Tübingen, Diss. 1895. *Zucker*, Schuld und Strafe der jugendlichen Verbrecher 1899.

§ 1. Wenn die Gesellschaft jemanden bestraft, so betrachtet sie ihn als die Ursache einer Handlung (oder Unterlassung), die nicht hätte sein sollen; sie rechnet die Handlung dem zu bestrafenden Individuum zu. Ohne weiteres ist dabei klar, daß es Menschen gibt, welchen man behufs einer staatlichen Bestrafung die von ihnen vorgenommene Tätigkeit nicht zurechnen kann, so wenig wie etwa Tieren; dahin gehören kleine Kinder, völlig blödsinnige Personen. Die Anwendung staatlicher Strafe setzt daher bei dem zu strafenden Individuum eine gewisse Eigenschaft voraus, die sich zwar bei den meisten Individuen findet, aber nicht absolut jedem Individuum eignet, das menschliche Bildung trägt. Diese Eigenschaft nennt man Zurechnungsfähigkeit oder Deliktsfähigkeit.

Kann aber der Täter in Wahrheit als Ursache dieser Handlung bezeichnet werden? Ein scheinbar allgemeines, unumgängliches Denkgesetz erklärt uns, daß auch die Handlungen der Menschen ihre Ursache haben müssen; sie entspringen aus Antrieben (Motiven) in Verbindung mit ererbter Anlage, Erziehung und mit den Zuständen, in welchen das Individuum sich befindet (dem sozialen Milieu).<sup>1)</sup> Auch das, was man

<sup>1)</sup> Die Frage der Freiheit oder Unfreiheit des Willens konnte hier nicht in extenso erörtert werden. Nur eine Zusammenstellung der Hauptargumente des Determinismus und andererseits des Indeterminismus war möglich und zugleich erforderlich, einerseits um den von mir eingenommenen Standpunkt zu bezeichnen,

Charakter des einzelnen nennt, ist und kann in Gemäßheit des allgemeinen Kausalgesetzes nichts anderes sein, als der Niederschlag anderer Umstände in dem Individuum, der Abstammung, der Erziehung, der Umstände, unter denen er lebt (Milieu), und so wenig diese Umstände von dem Individuum abhängig sind, so wenig ist es also auch der Charakter. Die Berücksichtigung des sog. Charakters ändert also an der Betrachtung wie an der Sachlage selbst nicht das geringste: der Handelnde erscheint, wenn unbeschränkte Geltung des Kausalgesetzes auch für die Handlungen der Menschen angenommen wird, durchaus unselbständig: er ist nur ein Durchgangs- oder Knotenpunkt für Energien, die auf ihn wirken. Dies ist die Lehre des jede wirkliche Freiheit des Menschen leugnenden Determinismus.

Aber andererseits kann die Gesellschaft nicht bestehen, wenn nicht die einzelnen für das, was sie tun oder unterlassen, verantwortlich gemacht werden.

Wie können wir aber den Menschen gleichwohl verantwortlich machen, da er doch, wie der Determinismus annimmt, so handeln oder richtiger gesagt, wirken muß, wie aus jenen Faktoren seines Handelns zwingend sich ergibt? Der Determinismus hat hierauf die einfache Antwort: für die Gesellschaft besteht um ihrer Selbsterhaltung willen die Notwendigkeit, den Handelnden zu bestrafen; sie muß allen ein präsumtiv genügendes Motiv liefern, nicht antisozial zu handeln; dies ist die Scheu vor der Strafe. Die Gesellschaft mag das beklagen; aber sie kann nicht anders,<sup>1a)</sup> und da sie nicht anders kann, hat sie auch das Recht zu strafen. Es wird hinzugefügt, wenn die Motive nicht kraft des allgemeinen Kausalgesetzes auf das Individuum wirken, wenn das letztere sich kraft eines freien Willens dem Wirken der Motive entziehen könnte, wie könnte man daran denken, in der Drohung des Strafgesetzes Motive gegen die verbrecherischen Neigungen zu schaffen, da das

---

andererseits um die Frage zu erörtern, ob nach der Konsequenz des Determinismus ein Strafrecht noch fortbestehen könne, welches mit dem Strafrechte, wie wir gegenwärtig es haben und verstehen, einiges mehr als den Namen als gemeinsam aufweisen würde.

<sup>1a)</sup> *Hommel (v. Joch)* S. 81 „Gerade so wie es mit dem Tode beschaffen, so sind auch Strafen mit zu den notwendigen Übeln der besten Welt zu zählen. . . . Sollte die Welt so schön werden wie sie ist, so mußte Gott dieses kleine Übel, sowie viele andere . . . zulassen, weil es nicht zu ändern war.“



Individuum ja gegen die Motive zu handeln vermöchte?<sup>2)</sup> Zurechnung aber, so sagt man, bedeutet, daß man in der Tat den Schuldigen wiedererkennt; wäre das möglich, wenn dieser in jedem Augenblicke in unberechenbarer Weise ein anderer sein könnte, als er wirklich ist?<sup>3)</sup> Es wird so behauptet, ein Strafgesetz habe nur Sinn,<sup>2)</sup> wenn es ausgehe vom Determinismus, der — dies wird schließlich geltend gemacht — auch der Überzeugung der größten religiösen und philosophischen Denker entspreche.

§ 2. Aber das Kausalgesetz ist konsequent bis zur letzten Grenze unserer Vorstellungen nicht durchzuführen, und die Entdeckungen der Physiologie und Chemie können uns zwar die Begleitvorgänge seelischer Eindrücke, nicht aber die letzteren selbst und nicht einmal die Entstehung des Selbstbewußtseins erklären, wie aus der Theorie der Licht- und Schallwellen und aus der Einwirkung auf Seh- und Hörorgane auch keineswegs das Sehen und Hören selbst erklärlich wird. Man ist auch vom Standpunkte des Determinismus aus gezwungen, eine erste Ursache aller Dinge anzunehmen, und diese kann nicht wieder eine weiter zurückliegende Ursache haben.<sup>4)</sup> Es liegt also eine unlösliche Antinomie vor, naturwissenschaftlich eine nicht zu überbrückende Kluft,<sup>5)</sup> und da diese Antinomie

<sup>2)</sup> So schon *Hommel* (v. *Joch*) S. 75, *Feuerbach*, Revision 2 S. 307, aber auch *Merkel*, *Zeitschr.* 1 S. 565, *Lehrb.* S. 725 ff., *Träger* S. 216 ff., *Petersen* S. 191 ff. *Liepmann* S. 90 bezeichnet den Indeterminismus nur als Narkotikon für den Geist (d. h. für die Wissenschaft), dessen Wirksamkeit bei fortgesetztem Gebrauch mehr und mehr versagt, oder S. 92, 93 (wie bei *Binding*) für ein aufgesetztes Prunkstück, während die Untersuchung selbst von dem Prinzip des Determinismus ausgehe.

<sup>3)</sup> *Merkel*, *Zeitschr.* 1 S. 567. Auch diese Argumente hat schon *Hommel* geltend gemacht.

<sup>4)</sup> *Höppel* S. 405 bemerkt dagegen, dieser Einwand bewiese zu viel. Allerdings könnten wir mit unserem an Raum und Zeit gebundenen Erkennen von der ersten Ursache nichts wissen. Aber wir dürften doch deshalb nicht auf die Annahme der Kausalität verzichten, da wir sonst einfach dem Chaos gegenüber ständen. Indes ein solcher Verzicht auf die Verwendung des Kausalgesetzes folgt gar nicht aus dem Satze, daß es etwas gebe, was außerhalb desselben stehe. Diese Annahme schließt es keineswegs aus, das Kausalgesetz so weit zu verwenden, wie man irgend Aussicht hat, damit etwas zu erforschen. Ich habe nur gesagt, alles und das letzte einschließlic ist mit dem Kausalgesetz zu erklären unmöglich, und deshalb ist einstweilen der Schluß unrichtig, daß es nichts gebe, was dem Kausalgesetze nicht unterworfen wäre.

<sup>5)</sup> Man könnte hier einwenden, allerdings könne die erste Ursache aller Dinge nicht selbst als verursacht angesehen werden; aber es sei doch richtig, daß die weitere Entwicklung nun an das Kausalgesetz gebunden sei. Allein mit dieser für die erste Ursache gemachten Ausnahme wird die Allgemeinheit des

und diese unüberbrückbare Kluft besteht, so ist der Determinismus trotz seiner anscheinend geschlossenen Beweiskette doch auch nur Glaubenssatz. Dies folgt noch aus einer anderen Betrachtung. Da wir es zu tun haben mit dem Verhältnisse des einzelnen zu dem letzten Grunde aller Dinge, ist weder für den Determinismus noch für den Indeterminismus ein wirklich zwingender Beweis möglich.<sup>6)</sup> Wer ihn gefunden zu haben glaubt, befindet sich unter der Herrschaft einer Täuschung.<sup>7)</sup> Und wenn der Determinismus behauptet, daß alle menschlichen Handlungen dem ehernen Kausalgesetz unterworfen seien, die Annahme der Freiheit menschlicher Handlungen aber auf einer Täuschung beruhe, die jedesmal aufhören würde, wenn Motive und Charakter des Handelnden wirklich genau bekannt wären, so wird das praktische Leben gleichwohl von der Überzeugung beherrscht, daß der einzelne trotz mannigfacher Motive doch anders hätte handeln können.

Dem praktischen Leben aber gehört auch das Strafrecht an. So lange die Strafe für den von ihr Getroffenen ein Übel sein soll, muß von der Freiheit des menschlichen Willens ausgegangen<sup>8)</sup> werden. Den bloßen Durchgangspunkt<sup>8a)</sup> der Wirkungen weiter zurückliegender Ursachen mit einem Übel heimzusuchen, wäre sinnlos; statt den Übeltäter zu züchtigen, zu

Denkgesetzes aufgeben, und dies ist das Entscheidende. Der Einwand ist nur ein Sophisma.

<sup>6)</sup> Vgl. gegen den angeblich für den Determinismus geführten Beweis *Cretener* S. 69; *E. Brusa*, *La morale e il diritto criminale al limbo*, Torino 1880; *Hugo Meyer*, *Willensfreiheit und Strafrecht* 1890, bes. S. 17 ff.

<sup>7)</sup> Der Determinismus hat sich nicht selten auf die bis zu einem gewissen Grade sich gleich bleibenden oder von bestimmten, äußeren Ursachen, z. B. hohe oder niedrige Lebensmittelpreise, abhängigen Ergebnisse der Moralstatistik berufen, aber mit Unrecht. Daß starke Motive den Entschluß einer großen Zahl von Menschen in bestimmter Weise beeinflussen, steht der Annahme der Willensfreiheit nicht, vielmehr nur der Annahme eines absoluten Indifferentismus entgegen. — Gegen die Beweiskraft der Moralstatistik vgl. *v. Ottingen*, *Moralstatistik* I S. 123; *Binding*, *Normen* 2 S. 15 ff.; *v. Krafft-Ebing* S. 11.

<sup>8)</sup> Vgl. besonders *Rümelin* S. 49; *Crivellari* 3 S. 285 (ohne Annahme eines freien Willens) «*si posa il fundamenta di una scienza nuova, ma non si professa la scienza del Diritto penale nel suo significato vero et proprio*». Daß Determinismus und Strafe nicht miteinander zu vereinigen sind, erkennt vom streng deterministischen Standpunkte aus auch richtig an *Klippel*, *Zeitschr.* 10 S. 534 ff. bes. S. 544 „Mit der Willensfreiheit steht und fällt die Strafe“. S. 569 „Es gibt keine Schuld“. *Schäfers* (Irrenarzt), *Zeitschr.* 16 S. 161, Versuch, die Strafe nach der deterministischen Anschauung zu retten, beruht einfach darauf, daß die Strafe als natürlicher Gegenstoß der festgesetzten Ordnungen angesehen wird. Aber soll dieser Gegenstoß ein Übel oder eine möglichst gelinde anderweite Schutzmaßregel sein? — *Liszt* § 16 Anm. 5 erblickt in dem Umstande,

verabscheuen, müßte man ihn beklagen, bemitleiden, und könnte höchstens alles daran setzen, ihn zu bessern.<sup>8a)</sup> Nur die Poena medicinalis hätte noch Sinn, insofern man auf andere freundlichere Weise den Verbrecher zu bessern nicht vermöchte. Wollte man einwenden: wir brauchen aber die Bestrafung des Schuldigen, um anderen ein genügendes Motiv zu liefern, Verbrechen nicht zu begehen, so wäre das nichts anderes, als wenn man sagte, wir brauchen das Menschenopfer, um einen heilsamen Einfluß auf die Gesamtheit auszuüben, und wenn das Volk überwiegend erst einmal zu der Überzeugung gekommen sein würde, daß die Strafe nichts anderes sei als eine (gänzliche oder teilweise<sup>9)</sup>) Opferung, so würde das Strafrecht seine Wirkung einbüßen und nach und nach beseitigt werden; die Ungerechtigkeit der Strafe würde die Gemüter empören.<sup>10)</sup>

daß *Moddermann*, der Verfasser der niederländischen Strafgesetzgebung, ein überzeugter und folgerichtiger Determinist gewesen sei, einen Beweis der Vereinbarkeit von Strafrecht und Determinismus. Daß *Moddermann* ein überzeugter Determinist gewesen ist, soll nicht bestritten werden, auch nicht, daß *Moddermann* glaubte konsequent zu sein, wenn er ein Strafgesetzbuch wie das gegenwärtige niederländische entwarf. Aber daß er konsequent war, ist gerade dasjenige, was den Streitpunkt bildet und erst bewiesen werden sollte.

<sup>8a)</sup> *Berolsheimer*, Entgeltung im Strafr. S. 100ff., erblickt eine von der Annahme des Determinismus und andererseits des Indeterminismus unabhängige Rechtfertigung der Vergeltungsstrafe darin, daß die verbrecherische Tat immer Ausfluß eines schlechten Charakters sei. Aber nach der Lehre des Determinismus darf man bei dem Charakter als Ursache der Tat nicht stehen bleiben. *B.* wechselt des weiteren hier prinzipielle Begründung des Strafrechts mit dem positiven Strafrecht. Nimmt man letzteres als gegeben an, so ist es freilich gleich, ob vom Determinismus oder vom Indeterminismus ausgegangen wird.

<sup>8a)</sup> Meine Ausführungen (vgl. Grundlagen des Strafrechts S. 10ff. und I S. 311ff.) sind oft dahin mißverstanden worden, als ob ich in der Strafe nicht ein den Schuldigen treffendes Übel erblicke. (So noch neuerlich von *Liefmann*, Einleitung in d. Strafrecht S. 192.) Dies ist jedoch nicht der Fall. Ich habe nur bemerkt, daß der Mißbilligung, welche, von autoritativer Seite ausgesprochen, für den Betroffenen immer als eine Minderung seines Ansehens, daher als ein Übel anzusehen sei, nicht absolut notwendig noch ein anderes Übel, z. B. Strafhaft, beizufügen sei. Andererseits habe ich hervorgehoben, daß nur ein idealer, vermutlich nie zu erreichender Zustand der Kultur von solchem Zusatzübel absehen könnte, das der gewöhnlichen Anschauung bei dem heutigen Kulturstande allerdings als die Hauptsache erscheint und die letztere — das eigentlich Wesentliche — der Wahrnehmung entzieht. Mit einer Vergeltung im gewöhnlichen Sinne, derzufolge das Strafübel dem vom Schuldigen angerichteten Schaden in irgend einer Weise gleichkommen muß, ist freilich die Mißbilligung nicht zu verwechseln.

<sup>9)</sup> Teilweise, insbesondere durch zeitweise Freiheitsberaubung.

<sup>10)</sup> *v. Bülow*, Zeitschr. 16 S. 593, sucht auf Grundlage der *Kantschen* Unterscheidung des intelligiblen und andererseits des empirischen Menschen das Strafrecht auf deterministischer Grundlage zu retten. Aber die von *Kant* angenommene doppelte Welt, eine Welt der Erfahrung und eine uns unbekanntere andere Welt, welche die Dinge an sich enthalten soll, und in welcher ganz andere Gesetze

Immerhin könnte die Notwendigkeit anerkannt werden, verbrecherischen Personen die Möglichkeit zu nehmen, zu schaden; aber man würde diese Vorbeugungsmaßregel mit möglichster Schonung ausüben, etwa wegen erwiesener verbrecherischer Neigung der Freiheit Beraubten dafür in anderer Weise tunlichst Ersatz schaffen müssen. Es wäre ein Unglück, aber nicht eine Schande, zu den Verbrechern zu gehören. Diese Konsequenz hat man auch bereits gezogen,<sup>11)</sup> indem man den Unterschied zwischen dem Verbrecher und dem gefährlichen Geisteskranken leugnet<sup>12)</sup> und allenfalls als ein vom Gesetzgeber zurzeit noch

gelten sollen, als in der Welt der Erscheinungen, ist doch nur ein leicht zu durchschauender dialektisch-scholastischer Kunstgriff, welcher gewissermaßen das Problem vom Erdgeschoß in ein höheres Stockwerk verlegt und es damit als erledigt bezeichnet, und bei welchem freilich merkwürdig ist, daß er so sehr bewundert und von so vielen gläubig angenommen ist. Gegen *Kants* und die verwandte und bzw. identische Lösung der Frage durch *Schelling* und *Schopenhauer* vgl. übrigens auch *Petersen* S. 90ff. Jedenfalls ist es einfacher und einleuchtender, die Anwendbarkeit des Kausalgesetzes auf menschliche Handlungen überhaupt zu leugnen, als den Menschen der Erscheinungswelt für das Bösen zu lassen, was in einer anderen Welt, von der wir gar nichts wissen und deren Existenz niemand beweisen kann, geschehen sein soll. — Das Ungütige der *Kantschen* Theorie wird übrigens klar, wenn man *Hommel* S. 98ff. liest: derselbe Mensch als Philosoph repräsentiert die Welt der Dinge an sich, der Mensch als praktischer Mensch handelt nach Maximen, die der Philosoph verachtet.

<sup>11)</sup> So im Anschluß an die Italiener *Ferri*, *Garofalo* u. a. v. *Liszt*, *Zeitschr.* 17 S. 10ff. Aber bereits 1897, während der Zusammenkunft der internationalen kriminal. Vereinigung (vgl. Mitteilungen derselben 7 S. 474), hat *Liszt* sich vorsichtiger ausgesprochen, indem er bemerkte, «*il y a grand intérêt à savoir si c'est une peine ou une mesure préventive*». Gegen Irre kann man nur Präventivmaßregeln anwenden. Wenn gesagt wird (*Liszt*, *Zeitschr.* 13 S. 349), es sei ja auch für den Geisteskranken eine tiefeinschneidende Minderung der Lustgefühle, der Freiheit beraubt zu werden, so wird dabei vergessen, daß es die Absicht ist, den Verbrecher schmerzlich zu treffen, während bei der Einsperrung von Geisteskranken diese Absicht fehlt, vielmehr, soweit tunlich, die entgegengesetzte Absicht verwirklicht werden soll.

<sup>12)</sup> Mit noch größerem Mute freilich die meisten Redner auf der Lissabonner Versammlung der internat. kriminal. Vereinigung (Mitteilungen 7 S. 468) insbesondere auch von *van Hamel*. Sie machten sich aber die Sache ein wenig leicht. Sie nahmen einfach an, die Strafjustiz könne ihre bisherige Wirksamkeit und ungefähr (wie weit, bleibt zu raten) ihre bisherige Gestalt behalten, wenn die Idee der Verantwortlichkeit der individuellen Schuld nicht nur von ihnen, sondern in der allgemeinen Überzeugung über Bord geworfen würde. In diesem Sinne kann man allerdings mit *van Hamel* „praktisch“ verfahren. Sehr richtig dagegen die Rede *Jollys*, das. S. 477ff. Vgl. auch *Bar*, Probleme des Strafrechts, S. 11, 12. *Lammasch* in der Zeitschrift für Schweizer Strafrecht 10 S. 244. *Binding* Grundr. 1 (5. Auflage) S. 86. — Ich möchte glauben, daß es auch *Hippel* in der angeführten Abhandlung nicht gelungen sei, das Strafrecht wesentlich in der gegenwärtigen Gestalt mit dem von ihm vertretenen Determinismus zu vereinigen. So wenn er (S. 421) gegen den Einwand, daß nach der Konsequenz des Determinismus die Strafe sich in eine Art Präventivmaßregel gegen gefährliche Personen verwandeln würde, bemerkt, es sei bei dem heutigen Kulturzustande absolut ausgeschlossen, eine derartige Gefährlichkeitsklärung

zu schonendes, gesellschaftliches Vorurteil<sup>13)</sup> gelten läßt, das demnächst zu verschwinden bestimmt sei. Wollte man aber den Charakter der Strafe als eines Übels trotz des strengen Determinismus zu retten suchen durch den Hinweis, daß die Androhung und daher, damit diese nicht wirkungslos sei, die

irgend einer Behörde „*ad libitum*“ zu überlassen, es dürften vielmehr nur in durch Gesetz bestimmten Fällen Präventivmaßregeln gegen einzelne eintreten. Nun, Gesetze können doch jeden Tag erlassen werden, und nur die allgemein herrschende Auffassung schützt dagegen, daß sie dem Richter in Zukunft jene Befugnis geben. Der Richter der Zukunft aber, wie ihn die Mehrheit der internationalen kriminalistischen Vereinigung nach Maßgabe anderer Beschlüsse für möglich erachtet, ist eigentlich allwissend und unfehlbar; da könnte ihm ja jene Befugnis sehr gut gegeben werden! Andererseits wird sich zeigen, ob bei Annahme eines Restes von Willensfreiheit es unmöglich ist, die Lehre von der Zurechnungsfähigkeit zu konstruieren. Eine eingehende Theorie von der Zurechnungsfähigkeit auf der Grundlage des Determinismus, die nicht schon von den Anhängern des Determinismus selbst widerlegt wäre, besitzen wir noch nicht, und der von *Liszt* (Zeitschr. 23 S. 205) mit besonderer Schärfe gegen die sog. klassische Schule erhobene Vorwurf, sie habe es völlig unterlassen (mit Ausnahme *Feuerbachs*), die Ursachen des Verbrechens psychologisch zu erforschen, könnte gegenwärtig noch der neuen Schule zurückgegeben werden. Das Argument *Hippels*, das auch schon *Liszt* geltend gemacht hatte, indem er das Gesetz als *Magna charta* des Verbrechers (richtiger des Bürgers) bezeichnet, scheint mir schon widerlegt zu sein von *Horn*, GS. 58 S. 208 ff. — Die letzte Konsequenz des Determinismus hat (vielleicht halb im Scherz?) *van Hamel* auf der Hamburger Versammlung der internat. kriminalistischen Vereinigung (1905) gezogen (Mitteilungen 13 S. 507). Der Fortschritt (des Strafrechts?) wird nach *van Hamels* Meinung durch die drei Begriffe der Zurechnungsfähigkeit, der Strafe und der Delikte gehindert; wir müssen diese Begriffe also (wenigstens mit der Zeit!) prinzipiell zu eliminieren uns bestreben. Das Rätsel, welches, wenn dies Ziel erreicht ist, vom Strafrechte übrig bleibt, hat *v. H.* aber nicht gelöst. Meiner Ansicht nach würden die Gerichte sich dann in Sicherheitskommissionen verwandeln, mit der schrankenlosen Macht ausgestattet, nach irgend welchen Kriterien jeden für ein gefährliches Individuum zu erklären und auf unbeschnittene Zeit — bis er nach Ansicht einer Kommission ungefährlich geworden — einzusperren und zu bearbeiten.

<sup>13)</sup> Die gleiche Behandlung der Geisteskranken und der Verbrecher wird allerdings von vielen Deterministen abgelehnt, so z. B. von *Träger* S. 199 und früher (Zeitschrift 13 S. 342) und jetzt wieder freilich etwas schwankend (Lehrb. 14. Aufl. S. 163, 164) von *Liszt* (vielleicht unter Gleichstellung von Zurechnungsfähigkeit und Strafunfähigkeit): Der Geisteskranke wird nicht gestraft, weil eine Korrektur durch die Strafe wie bei den „normalen Menschen“ unmöglich sei. Vgl. dagegen *Gretener* S. 102/103. Außerdem kann man fragen, warum wird denn der Verbrecher der häufig milderen Behandlung, welche man Geisteskranken zuteil werden läßt, nicht unterzogen? Auch diese könnte doch auf ihn wirken.

Einen noch beachtenswerten Versuch, neben dem Determinismus die Strafe zu retten, enthält *Groos*, Der Skeptizismus in der Freiheitslehre 1830. Die Einsicht des Verbrechers soll durch Strafe geläutert werden. Aber an der Klippe, daß dann die Strafe so eingerichtet werden müßte, wie sie der Aufklärung des Verbrechers am dienlichsten sein würde, an der Unvereinbarkeit solcher Strafe mit der Notwendigkeit, zugleich Abhaltungsmotive zu liefern, scheidet dieser sog. Begriffs-Determinismus, der übrigens noch den Fehler begeht, alle Menschen als von Natur dem Guten ergeben zu betrachten und die Verbrechen nur aus verkehrten Begriffen der Verbrecher ableitet.

Vollziehung der Strafe der Abschreckung wegen, die wir nötig haben, erforderlich sei, so wäre dieser Wiederaufnahme der früheren, längst widerlegt geglaubten *Feuerbachschen* Rechtfertigung der Strafe durch die Strafdrohung<sup>14)</sup> auch entgegen zu halten, daß eine auf ein reines und konsequentes Abschreckungsprinzip aufgebautes Strafrecht bekanntermaßen nicht durchführbar ist. Wenn nun der Determinismus statt dieses unmöglichen Strafrechts ohne weiteres unser gegenwärtiges Strafrecht einschiebt, so erweist sich bei genauer Betrachtung der Hinweis auf die Notwendigkeit der Strafdrohung als hin-fällige Stütze des Determinismus.

Man wird aber nicht annehmen können, daß mit dieser Gleichstellung des gefährlichen Verbrechers mit dem Geisteskranken die Änderung des Strafrechts abgetan sei, wenn wirklich die vollständigen Konsequenzen in das Volksbewußtsein übergegangen sein würden. Die Feststellung, daß jemand, um einer Behandlung als Verbrecher oder Geisteskranker unterworfen zu werden, eine Tat begangen haben müsse, die als Verbrechen sich darstellt, wäre nicht mehr zu fordern; es müßte rationell die verbrecherische Disposition genügen, wie man ja auch zu Gewalttätigkeiten neigende Geistesranke einsperrt, selbst wenn sie wirklichen Schaden noch nicht angerichtet haben; und andererseits würde die einmalige Begehung einer Verbrecher-tat, falls sie durch ganz besondere Umstände veranlaßt wäre, jene schwerwiegende Behandlung und zugleich kostspielige Maßregel der Freiheitsberaubung nicht rechtfertigen. An die Stelle des jetzigen Strafverfahrens würde also eine andere Prozedur zur Feststellung der verbrecherischen oder gefährlichen Neigungen des Individuums treten müssen. Und wie sollte man mit Individuen verfahren, die zwar nicht schwerer Verletzungen und Gefährdungen anderer sich schuldig gemacht, aber immerhin Handlungen begangen hätten, die in großer Menge sozial

---

<sup>14)</sup> Nach dieser Rechtfertigung der Strafe, die in ähnlicher Weise auch bei anderen Anhängern des Determinismus wiederkehrt, sind die Verbrecher eigentlich Wohltäter der übrigen Menschheit. Denn sie ermöglichen, indem sie Strafe erleiden, erst die Wirksamkeit der in den Strafgesetzen liegenden ethischen Vorschriften bei denjenigen, die, wenn sie nicht das Strafleiden der Verbrecher wahr-nahmen (davon hörten), selbst Verbrechen begehen würden. Die letzte Konsequenz des Determinismus wäre, die Verbrecher nur zum Schein zu strafen, dem Publikum aber die Vorstellung beizubringen, daß die Verurteilten schwere Übel erlitten, während sie in Wahrheit auf einer unbekanntem Insel der Seligen sich befänden.

wenigstens nicht geduldet werden können, z. B. beleidigt, verleumdet, kleinerer Erpressungen, Freiheitsberaubungen usw. sich schuldig gemacht haben?<sup>15)</sup> Wollte man für diese Handlungen das alte Strafrecht und den alten Strafprozeß bestehen lassen, wo wäre da die Grenze?<sup>16)</sup>

Man sieht, in der vollen Konsequenz des Determinismus<sup>16a)</sup> liegt eine völlige Umwandlung des bisherigen Strafrechts,<sup>17)</sup> und nur eine Täuschung ist es, wenn man Strafe und Abschreckung durch die Strafe damit glaubt rechtfertigen zu können, daß die Strafe als ein Wert- oder, genauer gesagt,

<sup>15)</sup> Vgl. über die Unvereinbarkeit des folgerichtigen Determinismus mit dem gegenwärtigen Strafrecht besonders v. *Buri* z. GS. 41 S. 410, 43 S. 255 ff., 46 S. 321—337, 48 S. 375 (daselbst auch weitere Zitate).

<sup>16)</sup> Unter den Versuchen, die Leugnung der Willensfreiheit mit der Strafe im überlieferten Sinne zu vereinigen, ist vielleicht der am meisten gelungen, den *Janka*, Grundlagen der Strafschuld S. 56, gemacht hat. „Um den erforderlichen Eindruck der Gesamtheit gegenüber hervorzubringen, um die von dem Verbrechen abhaltenden Faktoren wirksam zu kräftigen, muß die Strafe in ihrem Begriffe als ein Übel sich darstellen.“ Allein sobald die Überzeugung von der Unfreiheit des Willens die allgemeine geworden sein würde, würde die Strafe als Übel eben diesen Eindruck auf die Allgemeinheit nicht mehr machen; man würde sie als Barbarei betrachten, ebenso wie man jetzt die früher übliche Behandlung mancher Wahnsinnigen als Barbarei ansieht. Die Strafe wird dann Erziehungsmittel (*G. Glaser*, Zurechnungsfähigkeit, Willensfreiheit 1888, S. 103), und wie man Irrsinnige möglichst schonend behandelt, muß man das auch bei Verbrechern tun. Die gute Behandlung ist dann nur Finanzfrage.

<sup>16a)</sup> Es hilft nichts, hier zwischen vulgärem und aufgeklärtem Determinismus zu unterscheiden, wie *Mittelstädt*, GS. 46 S. 391 ff., unter Berufung auf *Merkels* Ausführungen (*Zeitschr.* 1 S. 564 ff.) freilich versucht hat. Der sog. vulgäre Determinismus existiert, wie *Liszt*, *Zeitschr.* 13 S. 339, richtig bemerkt hat, in der Wissenschaft nicht. Niemand denkt daran, daß ein Mensch einem chemischen Reagenz gleichzustellen sei. Wenn aber *Merkel* und *Mittelstädt* glauben, Verantwortlichkeit und Strafe im heutigen Sinne damit retten zu können, daß sie den Charakter, die Eigenart des Handelnden einschieben, so vergessen sie, daß ihrer Ansicht nach eben dieser Charakter, diese Eigenart doch nichts anderes ist, als das notwendige Produkt anderer Umstände, der Erzeugung durch bestimmte Eltern, der Erziehung usw. — Der Unterschied zwischen den verschiedenen Arten des Determinismus, z. B. dem anthropologischen *Lombrosos*, dem soziologischen und dem psychologischen besteht nur darin, daß man die Unrichtigkeit des ersteren auch vom rein naturwissenschaftlichen Standpunkte aus erweisen kann. Daß sämtliche Arten des Determinismus für den kriminalistischen Schuldbegriff gleich verhängnisvoll sind, hebt auch *Gretener* S. 190 Anm. hervor.

<sup>17)</sup> Schon *Leibniz* hat sich in seiner Theodicee §§ 67 ff. mit der Möglichkeit eines Strafrechts ohne Annahme der Willensfreiheit beschäftigt. Er kommt zu dem Ergebnisse: ein solches Strafrecht sei möglich 1. zur Sicherung, 2. zur Korrektion, wie man solche bei Tieren anwende, und da bei Tieren auch eine Abschreckung in gewissem Umfange möglich sei — getötete Raubvögel nagele man ja auch zur Abschreckung solcher Tiere an die Türen —, 3. in gewisser Weise auch zur Abschreckung. Daß *L.* ein solches Strafrecht als ein rohes betrachtete, dürfte hiernach klar sein. — Gelegentlich läßt ja auch die Härte, mit der konsequente Deterministen angeblich unverbesserliche Personen behandeln wollen, nichts zu wünschen übrig (vgl. dagegen *Gretener* S. 6 Anm.).

Unwerturteil über das Individuum aufrecht zu erhalten sei,<sup>17a)</sup> das uns berechtige, eben dies Individuum unschädlich zu machen. Denn da das Individuum nicht anders konnte, als so handeln, wie es gehandelt hat, so wird auch das Werturteil nicht sowohl über das Individuum, als vielmehr über diejenigen Faktoren abgegeben, die dem Individuum die fragliche Handlungsweise aufzwingen. Wenn das Individuum z. B. betrachtet wird, als sei es infolge verkehrter sozialer Zustände genötigt Verbrechen zu begehen, etwa zu stehlen, zu rauben, so ist es ja eigentlich die Mangelhaftigkeit dieser sozialen Umstände, über die wir ein Urteil sprechen, wenn wir das Individuum zu einer Strafe verurteilen. Außerdem aber ist die Strafe — jedenfalls solange sie etwas mehr enthält als eine bloße Mißbilligung<sup>18a)</sup> ohne irgendwelche andere Übel für den Verurteilten — nicht ein bloßes Werturteil, vielmehr zugleich ein wirkliches Handeln mit der Absicht, demjenigen, über den das nachteilige Werturteil gesprochen ist, dieses Handeln jedenfalls nicht als einen Vorteil erscheinen zu lassen. Wir gelangen also auch auf diesem Wege nicht zu einer Rechtfertigung oder Aufrechterhaltung der Strafe, sofern wir ihr nicht den Charakter eines den Schuldigen treffenden Übels völlig zu nehmen entschlossen sind, und wollten wir diesen letzteren Schritt tun, müßte das Strafgefängnis eine möglichst freundliche Verwahrungs- und Unterweisungsanstalt werden, und die Strafe würde, ihren abwehrenden Charakter einbüßend, zur Begehung von Verbrechen ermuntern.

§ 3. Ebenso unvermögend aber, ein rationelles Strafrecht zu begründen, würde ein absoluter Indeterminismus oder Indifferentismus sich erweisen.

Ihn träfe das Argument des Determinismus, daß bei absoluter Freiheit des Individuums eine Wirksamkeit des Strafgesetzes als Motiv ausgeschlossen wäre oder doch nicht vorausgesetzt werden könnte. Der Determinismus macht aber insofern ebenfalls eines Widerspruchs sich schuldig, als er bei dem Verantwortlichmachen bei dem Charakter des Individuums stehen bleibt und nicht auf die Ursachen der Charakterbildung

<sup>17a)</sup> So namentlich *Merkel*, *Zeitschr.* 1 S. 564.

<sup>18a)</sup> Auch *Petersen* S. 186 ff. bezeichnet öfter die Strafe wesentlich als autoritative Mißbilligung mit gewissen nachteiligen Folgen für den Verurteilten.



zurückgeht, während der Indeterminismus doch dem Charakter die Freiheit der Entscheidung in letzter Linie zuschreibt. Daher ist, sofern man nicht auf die letzte Rechtfertigung des Strafrechts zurückgeht oder legislativ ein völlig rationelles neues Strafsystem a priori konstruieren will, in der Frage der Zurechnungsfähigkeit praktisch kein Unterschied zwischen Determinismus und Indeterminismus zu bemerken.<sup>19)</sup> Ein wirklich zwingender Beweis für die Freiheit des menschlichen Willens ist allerdings bis jetzt noch nicht gefunden, vielmehr beruht das, was als solcher Beweis angesehen worden ist, auch auf Täuschung, insbesondere Selbsttäuschung.<sup>20)</sup>

Aber strafrechtlich ist auch solcher Beweis nicht erforderlich. Unser gesamtes Strafrecht ruht, solange die Strafe noch irgend ein Übel, ein Leiden für den Schuldigen enthalten soll, auf der Annahme, daß zwar Motive das menschliche Handeln zu bestimmen vermögen, daß aber gleichwohl ein gewisser Kern oder Rest von Freiheit des Willens vorhanden ist. Es muß also gerade auf Grundlage dieser Antinomie die Frage der Zurechnungsfähigkeit gelöst werden.<sup>20a)</sup>

Der Indeterminismus aber, der uns einerseits die Erklärung<sup>20b)</sup> großer sozialer Erscheinungen gibt und die gesamte Gesetzgebung mit der Voraussetzung arbeiten läßt, daß Motive

<sup>19)</sup> Vgl. insbesondere die treffende Ausführung *Thibauts*, Beiträge S. 55 ff.

<sup>20)</sup> Wenn wir bei unseren Entschlüssen einen letzten in Motive nicht auflösbaren Faktor vorfinden, der zugleich unsere Verantwortlichkeit zu begründen scheint (vgl. *Rohland* S. 154 ff.), so beweist das noch keineswegs, daß jener Faktor etwas anderes sei, als nur ein zusammengesetztes Motiv, so wenig wie in der Chemie der Beweis, daß wir einen Urstoff vor uns haben, dadurch erbracht wird, daß wir mit den uns zu Gebote stehenden Reagentien einen Stoff nicht zu zerlegen vermögen.

<sup>20a)</sup> Nur oberflächliche Betrachtung wird verkennen, daß unsere moderne Sozialethik mit Ausnahme des konsequenten Sozialismus, der seinerseits zu einem unmöglichen Staatswesen führt, auf der Antinomie ruht, es sollen einerseits die Individuen nicht unter dem Zufalle der Abstammung von bestimmten Eltern schuldlos leiden, und andererseits soll Sorge und Fleiß der Eltern in dem Glücke ihrer Kinder belohnt werden. Die erste Betrachtung führt zur Beseitigung des Erbrechtes, die zweite zu seiner Erhaltung.

<sup>20b)</sup> Das sogen. Gesetz der großen, nur mit untergeordneten Differenzen sich gleich bleibenden Zahl gewisser sozialer Erscheinungen, andererseits aber der Einfluß von hohen und niedrigen Lebensmittelpreisen, schlechterem und besserem Verdienste in der Industrie auf die Zahl der Eheschließungen, der Eigentumsverbrechen, der Verbrechen, welche mit einem gewissen Lebensgenusse im Zusammenhange stehen, ist meines Erachtens allerdings ein Argument für den Determinismus in dem Sinne, daß gewisse Motive bei einer großen Anzahl Menschen dieselben Entschlüsse und Handlungen herbeiführen, bzw. bei einer gewissen Anzahl unter gewissen veränderten Voraussetzungen einbüßen.

den Willen der Menschen kausal beeinflussen, ist nicht ein Indeterminismus, welcher behauptet, daß das Individuum sich ganz beliebig der Herrschaft auch des stärksten Motivs entziehen könne, vielmehr ein Indeterminismus, welcher annimmt, daß es auf die Stärke der einzelnen Motive und die Beschaffenheit des Charakters des Individuums ankommt, ob diese das Verhalten des Individuums kausal beherrschen oder ob sie, wie man sagen könnte, auf den für die einzelnen Motive bei den einzelnen Individuen verschieden liegenden Freiheitspunkt treffen, bei welchem ihre Herrschaft aufhört.

§ 4. Determinismus und Indeterminismus unterscheiden sich also praktisch nur darin, daß der Determinismus unbewußt, der (relative) Indeterminismus, wie ich ihn verstehe, bewußt inkonsequent verfährt. Dies aber scheint mir ein Vorzug des Indeterminismus; denn dies Bewußtsein ist zugleich die Erinnerung an die Möglichkeit des Irrtums, die Erinnerung auch daran, daß wir bei Lösung der Frage der Zurechnungsfähigkeit uns der Wahrheit nur nähern, ohne sie jemals vollständig zu erreichen. Mit diesem Bewußtsein kommt man von selbst zur Milde, soweit diese mit den Anforderungen der allgemeinen Sicherheit vereinbar ist, während der Determinismus mit dem Anspruch unfehlbarer Logik auftretend, zwischen übermäßiger Milde<sup>21)</sup> — freundlicher Fürsorge für die Besserungsfähigen — und übermäßiger Härte — lebenslänglichem Unschädlichmachen (anscheinend) Unverbesserlicher — zu schwanken in Gefahr ist, und schließlich die harmonische Lösung dieses Widerspruches von dem unfehlbaren Richter der Zukunft erwartet. Daß endlich der Indeterminismus die Strafe nur als rächende Gerechtigkeit, nicht aber in ihrer heilsamen Wirksamkeit für die Zukunft aufzufassen vermöge, ist durch nichts bewiesen. Ich z. B. habe die Vergeltung in diesem gewöhnlichen Sinne als einen

<sup>21)</sup> *Träger*, bes. S. 246, scheint anzunehmen, daß Milde und Verzeihen konsequent wesentlich nur mit dem Determinismus vereinbar seien. Aber Härte und Milde finden sich in beiden Lagern, in dem des Determinismus wie des Indeterminismus. War *Calvin*, der schärfste Vertreter der auf dem Determinismus beruhenden Prädestinationslehre, der *Servetus* als Ketzler verbrennen ließ, nicht ein sehr harter Charakter? Wer das Bewußtsein hat, unfehlbare Wahrheit zu besitzen, wird leicht hart; und an Härte haben verschiedene in der internationalen kriminalistischen Vereinigung gemachte Vorschläge gegenüber den vermeintlich Unverbesserlichen es nicht ganz fehlen lassen.

überwundenen Standpunkt stets betrachtet. Schon früh hat man nun in gewissem Umfange anerkannt, daß Individuen, die sich durch besondere Eigenschaften auszeichnen, Kinder und Personen, die nach Wahnvorstellungen handeln (offenbar Wahnsinnige), nicht zu strafen seien,<sup>22)</sup> und in der fortschreitenden Individualisierung der Strafe, in der Anerkennung von Strafmilderungs- und Strafminderungsgründen, wie in der Erweiterung des Kreises von Personen, die man wegen besonderer Eigenschaften als der staatlichen Strafe entzogen betrachtet, steckt die Jahrtausende dauernde, vielleicht unendliche Arbeit des Menschengeschlechts,<sup>23)</sup> den Punkt immer genauer zu bestimmen, bei welchem die Freiheit der Handlung aufhört, und zugleich immer genauer zu bestimmen den Anteil des handelnden Subjektes an der Handlung und den Anteil äußerer und unwiderstehlicher somatischer Einflüsse, welche auf das Individuum wirkten.<sup>24)</sup> Und bei dieser Arbeit hat man allerdings nach und nach erkannt, daß Personen als zurechnungsunfähig anzusehen sind, die man in früheren Jahrhunderten bestraft haben würde.<sup>25)</sup> Die Entwicklung vollzieht sich dabei zum Teil im Wege bewußter Rechtsbildung, zu einem nicht geringen Teile aber unbewußt durch die Praxis; denn mittels einer und derselben Definition der Zurechnungsfähigkeit (oder Zurechnungsunfähigkeit kann

<sup>22)</sup> Vgl. für d. röm. R. z. B. über Geisteskranke (furiosi) L. 40 D. de R. J. 50,17; L. 12 D. 48,8; L. 9 § 2 D. 48,9; L. 7 § 3 D. 48,4 „*et personam spectandam esse . . . an sanae mentis fuerit . . .*“ und andere von Rein S. 209 zitierte Stellen. In den alten nordischen Rechten bewirkt der Gesichtspunkt des mit dem Strafrecht verbundenen Schadenersatzes, daß Erben und Verwandten für die Tat des Wahnsinnigen haften können (vgl. Wilda, Strafr. der Germanen S. 644 ff.). In den *Leges Barbarorum* wird die Untat eines Unmündigen als Ungefährwerk gebüßt (Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte 2 S. 546); im langobardischen Rechte *Edictum Rothari* c. 328 heißt es schon von der Tat eines „*rabiōsus*“ oder „*daemoniosus*“ „*non requiratur*“. Nach den Quellen des späteren Mittelalters setzt z. B. Sächs. Landr. III, 3 „*Over rechten doren unde over sinnelosen man ne sal man ok nicht richten*“. Wenn aber der Vormund aus dem Vermögen des Wahnsinnigen oder des Kindes Schadenersatz leistet, so erklärt sich das einfach daraus, daß die Verpflichtung zum Schadenersatz nicht ausschließlich auf einer wirklichen Verschuldung zu beruhen braucht (vgl. über Einzelheiten Johs, Das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher 1 S. 94 ff.). In Frankreich hat man eine Zeit lang allerdings den Wahnsinn nicht unbedingt als Grund der Unverantwortlichkeit gelten lassen und nach Ermessen des Beispiels wegen (um abzuschrecken) bei schlimmen Taten auch Wahnsinnige bestraft. *Garraud* I n. 252.

<sup>23)</sup> Treffend hervorgehoben von *Binding*, Normen 2 S. 26.

<sup>24)</sup> Vgl. *Jessen* S. 67.

<sup>25)</sup> Man vgl. z. B. die von *Leyser* Sp. 599 n. 3 und 4 mitgeteilten Fälle, in denen heutzutage schwerlich an Zurechnungsfähigkeit gedacht werden würde.

man zu sehr verschiedenen Entscheidungen in völlig gleichen Fällen gelangen.<sup>25a)</sup>

§ 5. Den Ausgangspunkt bildet hier ein erheblicher bei dem Schuldigen vorhandener Mangel der gewöhnlichen Einsicht in die Lebensverhältnisse oder ein Denken und Leben der Unzurechnungsfähigen in einer von der wirklichen Welt abweichenden imaginären Welt, aber auch eine Tätigkeit nach völlig unerklärlichen, den Tätigen selbst nicht selten schädigenden Trieben.

Die naive Auffassung des Strafrechts ruht nun selbstverständlich auf dem Indeterminismus: Strafe verdient, wer böse sein will. Als man daher zur Ausarbeitung vollständiger Strafgesetzbücher schritt und somit veranlaßt wurde, eine Definition der Zurechnungsfähigkeit zu geben — d. h. des Zustandes des Individuums, in welchem dieses für seine Tätigkeitsäußerungen verantwortlich gemacht werden kann —, erschien die Freiheit der Willensbestimmung als das Wesen der Zurechnungsfähigkeit.<sup>26)</sup>

Genauere Untersuchungen zeigten aber bald, daß die mannigfachsten Dinge auf den Willen einen starken, zuweilen einen anscheinend zwingenden Einfluß auszuüben vermögen, und da man volle Freiheit für die Anwendung der gesetzlichen Strafe glaubte verlangen zu müssen, so war das Ergebnis eine haltlose Willkür in der Milderung der Strafen, gegen welche *Feuerbach*<sup>27)</sup> mit den Argumenten des Determinismus siegreich auftrat.

Das bayerische Gesetzbuch von 1813 vermeidet es daher von der Freiheit der menschlichen Handlungen zu reden, und im Art. 120 ist bei Bezeichnung der (wegen Unzurechnungsfähigkeit) straffreien (entschuldigenden) Personen als Erfordernis der Unzurechnungsfähigkeit eigentlich nur der mangelnde Gebrauch des Verstandes bezeichnet.<sup>28)</sup>

<sup>25a)</sup> Die Beschreibung der Arten und Formen geistiger Krankheit wie ihrer Kennzeichen muß den psychiatrischen Werken überlassen bleiben. In einer juristischen Arbeit kann es sich nur darum handeln, zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen bestimmte geistige Zustände die rechtliche Beurteilung und Behandlung einer Tat, bzw. einer Person zu beeinflussen haben.

<sup>26)</sup> Vgl. Codex Maximil. Bavaricus Kap. 1 § 4, preußisches allgem. Landrecht II, 20 § 16. — Das G. B. Josephs II. I § 5 faßt das Fehlen des Vernunftgebrauches als „Abgang des freien Willens“ auf.

<sup>27)</sup> Revis. der Grundbegriffe des peñl. Rechts 1 S. 319ff.

<sup>28)</sup> Der Code pénal erkennt im Art. 64 zwar nur «*Démence*» als geistigen, die Verantwortlichkeit ausschließenden Zustand an. Es wird darunter aber jede

In ähnlicher Weise wird, wer des Gebrauchs der Vernunft oder des Verstandes durch Seelenkrankheit beraubt ist,<sup>29)</sup> in der Mehrzahl der nun folgenden deutschen Gesetzbücher als zurechnungsunfähig behandelt, ohne daß von Freiheit des Willens oder der Selbstbestimmung dabei die Rede ist, während das preußische Gesetzbuch (§ 40) ausdrücklich nur von Wahnsinn und Blödsinn spricht, ohne freilich, wie angenommen wurde, andere Formen geistiger Erkrankung oder Störung ausschließen zu wollen.<sup>30)</sup> Dagegen kommt Fehlen der Willkür des Handelnden, bzw. der Fähigkeit der Selbstbestimmung wieder alternativ neben dem Mangel des Bewußtseins der Strafbarkeit der Handlung als Merkmal der Unzurechnungsfähigkeit vor in dem badischen GB. § 71, im sächsischen StGB. (Art. 86, 87) und in dem bayerischen GB. von 1861 Art. 67, und der erste Entwurf eines norddeutschen StGB. § 46 kehrt endlich wieder zurück zu der einfachen Bestimmung, nach welcher der Zustand der Unzurechnungsfähigkeit als Mangel oder Ausschluß der freien Willensbestimmung charakterisiert wird. Das StGB. hat dann, entsprechend einem Vorschlage der preußischen wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen, den beschränkenden Zusatz eingefügt, demzufolge die Ausschließung der freien Selbstbestimmung auf krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder einem Zustande der Bewußtlosigkeit<sup>31)</sup> beruhen muß.

Art der geistigen Erkrankung verstanden. Die *«force à la quelle il (le prévenu) n'a pu résister»* bezeichnet physische oder seelische Einwirkungen, die, von außen kommend, auch den geistig Gesunden die Freiheit rauben. — *Hélie I* n. 347 ff., 372 ff. *Pandectes françaises 5. v. Aliénés* n. 580 ff.

<sup>29)</sup> Altenburgisches GB. Art. 67, württembergisches Art. 97, braunschweiges § 30 (fordert völliges Beraubtsein des Vernunftgebrauchs), hannoversches Art. 83, 2, 3, 4 (spricht von Aufhebung des Vernunftgebrauchs durch Geisteszerüttung oder Gemütskrankheit und Verlust des Verstandsgebrauchs durch Altersschwäche), ähnlich thüringisches GB. Art. 62, 2, 3; das hessische Art. 37, 3 bezeichnet als straffrei wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit Personen, bei denen das Bewußtsein der Strafbarkeit durch Schlaf, Nachtwandeln, Wahnsinn, Blödsinn, Verrücktheit aufgehoben war oder vorübergehend gänzliche Verwirrung der Sinne oder des Verstandes stattgefunden hatte, und damit stimmt überein nassauisches GB. Art. 35.

<sup>30)</sup> Vgl. *Besler*, Kommentar zum preuß. StGB. S. 180, *Hälschner*, *Preuß. Strafrecht I* S. 113.

<sup>31)</sup> Da bei wirklicher (vollständiger) Bewußtlosigkeit von einem Handeln nicht, vielmehr nur von automatischen Reflexbewegungen die Rede sein kann, so interpretiert die gemeine Meinung und so auch das RG. (vgl. I 16./1. 82, E. 5 N. 117 S. 338, III 29./1. 94 G. Arch. 42 S. 45) den § 51 in dem Sinne, daß zur Straffreiheit schon eine (erhebliche) Verdunkelung oder Verzerrung des

In dieser Rückkehr der Gesetzgebungen zu der früheren Grunddefinition der Zurechnungsfähigkeit als Freiheit der Willens- oder Selbstbestimmung reflektiert sich der eine Zeitlang nach der Überwindung der *Feuerbachs*chen Theorie des psychologischen Zwanges in der Theorie des Strafrechts auf der Grundlage der Philosophie *Hegels*<sup>31 a)</sup> herrschende Indeterminismus,<sup>32)</sup> obschon freilich keineswegs notwendig der § 51 des StGB. dem Wortlaute nach im Sinne des Indeterminismus aufgefaßt werden muß, vielmehr Freiheit hier auch in dem Sinne verstanden werden kann, daß damit die Nichtexistenz besonderer Zwangszustände gemeint ist, deren Wirkung dem Handelnden nach Ansicht des Determinismus wie des Indeterminismus nicht mit auf Rechnung gesetzt werden darf.<sup>33)</sup>

Die Definition der Zurechnungsfähigkeit als Freiheit der Selbstbestimmung ist überhaupt eine rein formale; eine reale, den wirklichen Zustand uns klar machende Definition der Zurechnungsfähigkeit ist der Indeterminismus schuldig geblieben.<sup>34)</sup> Zwar haben Anhänger des Indeterminismus uns in verdienst-

Bewußtseins genügt. Auch eine Empfindung von Sinnenlust kann nach dem angeführten Urteil des RG. von 1894 bei Zurechnungsunfähigkeit stattfinden. — Ferner spricht § 51 nur vom „Täter“. Es ist aber klar, daß die Frage der Zurechnungsfähigkeit für jeden Teilnehmer an einem Delikte besonders beantwortet, das Wort „Täter“ daher nicht im technischen Sinne genommen werden darf. Vgl. *Olshausen*, § 51 Anm. 2.

<sup>31 a)</sup> Vgl. *Hegel*, Rechtsphilosophie, §§ 4 ff.

<sup>32)</sup> Vgl. besonders *Henke* 1 S. 290 ff., *Oersted* S. 129, *Bauer*, Abhandl. 1 S. 254, *Berner*, Imputationslehre S. 12 ff., *Köstlin*, N. Revision S. 90 ff. und 1 §§ 41 ff. Bei vielen juristischen Schriftstellern ist es freilich schwer zu entscheiden, ob sie dem Indeterminismus oder Determinismus zuzuzählen sind, da sie einerseits Freiheit und Willkür im unbeschränktesten Sinne annehmen, andererseits aber sich auf *Feuerbach* berufen.

<sup>33)</sup> In den Motiven des ersten Entwurfs des norddeutschen StGB. ist ausdrücklich bemerkt, es dürfe nicht befürchtet werden, daß infolge der Definition der Zurechnungsunfähigkeit die verschiedenen Auffassungen über die Freiheit des Willens im philosophischen Sinne in die Kriminalverhandlungen gezogen werden würden.

<sup>34)</sup> Auch *Binding*, Normen 2 S. 70 ff., hat vom Standpunkte des Indeterminismus aus eine Realdefinition der Zurechnungsfähigkeit nicht gegeben, wenn er sagt, das Motiv müsse in uns, nicht außer uns seine Quellen haben, wenn wir zurechnungsfähig sein sollen; anderenfalls sei der Mensch nur der Schauplatz eines pathologischen Prozesses, in den er selbst einzugreifen nicht vermöge. Damit wird zwar gesagt, daß unter gewissen Voraussetzungen eine Tätigkeit nicht zuzurechnen sei; aber es werden — und darauf kommt es hier an — diese in den Personen der Handelnden liegenden Voraussetzungen nicht charakterisiert. Vgl. in dieser Beziehung richtig *Lietmann*, S. 92. Aber *Bindings*, rein logisch betrachtet nicht zureichende, Definition hätte allerdings den Ausgangspunkt bilden können für eine fördernde Entwicklung der Lehre der Zurechnungsfähigkeit auf Grundlage des Indeterminismus.

licher Weise einzelne Erfordernisse der Zurechnungsfähigkeit klargelegt; aber es fehlt die Zusammenfassung zum Begriffe, und stets bleibt die Frage offen, in welchem Maße die einzelnen Erfordernisse der Zurechnungsfähigkeit bei dem Individuum vorhanden sein müssen, da alle diese Erfordernisse in sehr verschiedenem Maße oder Grade als vorhanden gedacht werden können, z. B. die Einsicht in den gewöhnlichen Kausalzusammenhang der Dinge oder die Reife des sittlichen Urteils usw.

§ 6. Anhänger des Determinismus haben dagegen reale Definitionen zu geben versucht.<sup>35)</sup> *Merkel* (Lehrb. S. 52) definiert die Zurechnungsfähigkeit als Fähigkeit wirksam zu werden nach eigenem Maß<sup>36)</sup> in Gemäßheit der eigenen Individualität.<sup>36a)</sup> Wenn aber die Eigenartigkeit des Menschen — sein Charakter — nur ein Produkt anderer Faktoren sein soll, wie der auch von *Merkel* vertretene Determinismus annimmt, so ist ein solches eigenes Maß nicht möglich; denn der Mensch hat eben nichts in Wahrheit Eigenes. Es liegt also ein unbewußter Rückfall in den Indeterminismus vor. Soll dagegen unter Eigenartigkeit eine von der übrigen Menschheit abweichende Eigenartigkeit verstanden werden, eine Annahme, die mit dem Determinismus verträglich wäre, so würden, wie *Liszt* bemerkt hat, die Geisteskranken, die sich geistig fundamental von der übrigen Menschheit unterscheiden, die größten Verbrecher sein. Freilich liegt in dieser Definition ein gewisses richtiges Moment. Der von Wahnvorstellungen erfüllte Irre handelt nach eigenem Maß, ebenso der Idiot. Nach der Konsequenz des Determinismus ergibt jenes Moment Unrichtiges.

Ebensowenig gelungen ist der Versuch *Tardes*, S. 83 ff., der Zurechnungsfähigkeit definiert als soziale Ähnlichkeit, d. h. als soziale Ähnlichkeit mit der großen Mehrzahl der Mensch-

<sup>35)</sup> *Feuerbach*, N. Revision 1 S. 155, hat Zurechnungsfähigkeit (oder Willkür, wie er sagt) definiert als Vermögen, sich nach Begriffen mit dem Bewußtsein der Selbsttätigkeit zu bestimmen. Danach würden viele offenbar geisteskranken Personen zurechnungsfähig sein. Das Bewußtsein der Selbsttätigkeit haben sie oft in hohem Grade, und die Subsumtion ihrer Handlungen unter allgemeine Begriffe fehlt ihnen auch nicht. In den verschiedenen Auflagen des *Feuerbachs*chen Lehrbuches finden sich Schwankungen und Unklarheiten. Vgl. Anm. 1 von *Mittermaier* zu § 84 der 14. Aufl. des *Feuerbachs*chen Lehrbuches.

<sup>36)</sup> Ebenso *van Calker*, Strafrecht und Ethik, S. 7 ff. und *Juristenzeitung* 2 S. 25 ff.

<sup>36a)</sup> Vgl. auch *Liepmann* S. 94.

heit. Abgesehen aber davon, daß der Begriff Ähnlichkeit, «*similitude*», ein allzu verschwimmender, unbestimmter ist, würde daraus folgen, daß je mehr ein Charakter zu Verbrechen disponiert, welche von der Mehrzahl der Menschen verabscheut werden, um so weniger von Zurechnungsfähigkeit zu reden wäre.<sup>37)</sup>

*Liszt* sodann hat häufig<sup>37a)</sup> Zurechnungsfähigkeit als normale Bestimmbarkeit durch Motive definiert und zugleich, ausgehend von der früher bei ihm vorherrschenden Auffassung der Strafe, als einer Maßregel, welche die straffälligen Individuen bessern oder unschädlich machen soll, als Unterscheidungsnorm der Zurechnungsfähigkeit die Wirksamkeit der Strafvollziehung angesehen. Danach mußte aber einerseits der Unterschied zwischen vielen Geisteskranken und unverbesserblichen Verbrechern verschwinden<sup>38)</sup> — denn bei beiden wirkt die Strafe nicht — und andererseits konnte mit Grund eingewandt werden, daß es viele Geisteskranke gibt, auf die man mit Drohungen, ja mit einfachem Zureden ebenso einwirken kann, wie auf Gesunde. Deliktsfähigkeit und andererseits Straffähigkeit, d. h. ein Zustand, in welchem die tatsächlich vollstreckte Strafe wirken kann, sind außerdem auseinander zu halten. Man darf aber auch fragen, was ist normal?<sup>39)</sup> Die Antwort auf

37) Vgl. dagegen die Ausführungen *Berolsheimers*, Entgeltung im Strafr. S. 95. — Die temporäre Zurechnungsunfähigkeit wird von *Tarde* als nicht normaler Zustand des Individuums bezeichnet, in welchem dieses nicht seinem Charakter gemäß handelt. Aber gibt es nicht Verirrungen, Entgleisungen, wie man sagt, bei Menschen, deren Charakter man die einzelne begangene Tat nicht zutrauen würde, und die man im Augenblicke der Tat doch keineswegs für zurechnungsunfähig halten darf?

37a) Vgl. z. B. 3. Aufl. S. 151. Auch *Aschaffenburg* (*Hoche*, Hdb. S. 13) glaubt wenigstens die Meinung des Gesetzgebers in StGB. § 51 am besten durch diese Erläuterung feststellen zu können. Auch *Petersen*, S. 195 ff., hält die Zurückführung der Zurechnungsfähigkeit auf die Begriffe des Normalen und des Widerstandeistenkönnens für ausreichend. Neues findet sich hier nicht.

38) *Liszt* hat mit anerkennenswerter Offenheit diese Folgerung selbst gezogen, und die verschiedene Behandlung Geisteskranker und sog. unverbesserlicher Verbrecher als Vorurteil bezeichnet, das indes der Gesetzgeber zeitweilig noch zu respektieren habe. (Vgl. namentlich den 1896 auf dem dritten internationalen Psychologenkongreß gehaltenen Vortrag, *Zeitschr.* 17 S. 82.) *Lissts* Verteidigung dieses Vortrags gegen die Angriffe *Lammaschs* und anderer siehe *Zeitschr.* 18 S. 229 ff. Darüber auch *Liepmann* S. 100. Der Gesetzgeber könnte aber, ohne sich selbst zu entwürdigen, Strafen auf einen von ihm selbst erkannten Irrtum nicht gründen.

39) *Alimena* 1 S. 388, 389 führt aus, daß es einen normalen Menschen überhaupt nicht gibt. Namentlich würde, wenn auf Vererblichkeit Gewicht gelegt wird, irgend eine Anomalie in der Verwandtschaft sich leicht nachweisen



diese Frage ist nicht leicht zu geben.<sup>39a)</sup> Am Ende existieren wenige Menschen, die geistig nicht an irgendeinem Defekte leiden. Man weiß ja z. B., daß geistig höchst bedeutende Männer, die sogar im Staate leitende Stellungen einnahmen, unausrottbar Wahnvorstellungen hatten, denen sie aber in entscheidenden Momenten Einfluß nicht gestatteten, oder daß sie an Epilepsie litten.

In der 14. Auflage des Lehrb. ist *Liszt* zu einer etwas abweichenden Definition gelangt. Zurechnungsfähigkeit ist nunmehr Determinierbarkeit durch die Normen sozialen Verhaltens. Diese Definition ist aber dem Determinismus unzugänglich; denn Möglichkeit und Wirklichkeit sind, wenn alles notwendig geschieht oder notwendig unterbleibt, in Wirklichkeit (in konkretem Falle) identisch, und nur in Hinsicht auf unser mangelhaftes Wissen dürfen wir bei jener Annahme von einer Möglichkeit bei künftig erst sich ereignenden Fällen reden.<sup>40)</sup> Wer sich im einzelnen Falle nicht durch soziale Normen determinieren läßt, also ein Verbrechen begeht, ist nicht determinierbar, folglich nicht zurechnungsfähig. So kann in Wahrheit niemand bestraft werden: *Incidit in Scyllam qui vult vitare Charibdim.*

*Liepmann* (S. 103ff.) hat dagegen einen Teil des Problems richtig erfaßt, wenn er auf das Bedürfnis der Rechtsordnung

lassen. — Der Begriff des Normalen wird gewiß auch nicht deutlicher, wenn man mit *H. Meyer*, § 22 I, ein Mindestdurchschnittsmaß als normal bezeichnet.

<sup>39a)</sup> *Windelband*, Monatsschr. f. Krim.-Ps. 3 S. 1—13, hat kürzlich in einem instruktiven Aufsätze den Versuch einer Begriffsbestimmung gemacht. Er gelangt zu dem Ergebnisse (S. 11), „abnorm“ denjenigen zu nennen und danach zu behandeln, welchem die dauernde Erziehbarkeit des Willens durch die Erfahrung abgeht. „Unter Erfahrung“ wird „dabei die Gesamtheit der Einwirkungen“ verstanden, „welche das Motivleben durch Belehrung und Erlebnis, durch theoretische und praktische Einwirkung der Außenwelt in ihrem ganzen Umfange unter normalen Umständen aufnehmen würde.“ Da hiernach abnorm ein Zustand ist, auf den normal nicht eingewirkt werden kann, so dürfte die Definition als idem per idem gebend schwerlich geglückt sein.

M. E. sind „normal“ und „abnorm“ rein praktische Hilfsbegriffe. Normal ist dasjenige, wofür gewisse Einrichtungen, Maßregeln usw. zu passen scheinen, abnorm dasjenige, wovon das Gegenteil behauptet wird, oder auch normal ist dasjenige, was einer Vorstellung meistens zu entsprechen scheint.

<sup>40)</sup> *Liepmann*, S. 172, glaubt die Anwendung des Begriffs der „Fähigkeit“ (Möglichkeit) für die Zurechnungslehre des Determinismus dadurch retten zu können, daß hier nicht der individualisierte Verlauf des wirklichen Geschehens, sondern die aus dem Durchschnittsverhalten abstrahierten allgemeinen Dispositionen entscheiden sollen. Danach würde der Handelnde bestraft nicht nach Maßgabe seiner wirklichen individuellen Schuld, sondern nach einem Phantom, das in keinem einzigen wirklichen Individuum existiert.

hinweist, die Scheidung von nur sozialgefährlichen Handlungen und von wirklichen Pflichtwidrigkeiten, bei denen Zurechnungsfähigkeit vorausgesetzt wird, aufrecht zu erhalten. Aber der Begriff der Pflicht setzt die Möglichkeit des Andershandelns voraus, und diese fehlt dem Determinismus.<sup>41)</sup>

So zeigt sich also, daß der Determinismus ohne Inkonzistenz eine Lehre der Zurechnungsfähigkeit zu begründen außerstande ist. Verfährt er, wie es der Fall ist, inkonzistent, ohne es zu wissen, so kann er freilich in der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit zu genau denselben Einzelsätzen gelangen, welche vom Standpunkte des relativen Indeterminismus abzuleiten sind. Daher denn auch die Behauptung, daß für die praktische Lehre die Zurechnungsfähigkeit des Determinismus und Indeterminismus unerheblich seien, eine Behauptung, welcher man unter dem gemachten Vorbehalte zustimmen kann.

Dagegen scheint mir vom Standpunkte des relativen Indeterminismus aus eine Lehre der Zurechnungsfähigkeit in folgender Weise begründet werden zu können.

§ 7. Daß eine im wesentlichen richtige Auffassung der Außenwelt — einschließlich der Stellung des handelnden Individuums selbst — und des im gewöhnlichen Leben benutzten Naturkausalismus ein Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit ist, ebenso wie eine gewisse Kenntnis und ein gewisses Maß des Verständnisses ethischer Handlungsnormen, ist eine alte übereinstimmend anerkannte Wahrheit. Wer, beherrscht von Wahnvorstellungen, in einer von der wirklichen Welt wesentlich abweichenden Welt zu leben glaubt oder sich eine von der wirklichen Stellung in der Welt völlig abweichende imaginäre Stellung zuweist, kann nicht verantwortlich sein für das, was er in der wirklichen Welt tut.<sup>42)</sup> Die Krankheit, die vermutliche Angegriffenheit von Gehirnteilen, tritt hier auch offensichtlich in mancherlei Symptomen hervor.<sup>43)</sup> Es ist dabei

<sup>41)</sup> *Rohland*, S. 65.

<sup>42)</sup> *Bindung*, Normen 2 S. 71, stellt den Fall des Irrtums den Fällen der Geisteskrankheiten, des Schlafs und des Rausches gleich. Aber in den letzteren Fällen beruht die Einbildung auf einem rein inneren, im Falle des Irrtums auf einem von außen wirkenden Vorgange.

<sup>43)</sup> So ist die Vergleichung einer Person von zweifelhafter Zurechnungsfähigkeit mit einem zweifellos vom Gesetz nicht für zurechnungsfähig erachteten Kinde insbesondere ein nicht selten zu benutzender Anhaltspunkt für die zu treffende Entscheidung.

aber nach einer in der modernen Psychiatrie allgemein angenommenen Ansicht<sup>44)</sup> nicht erforderlich, daß der Zusammenhang der einzelnen Tat mit der verkehrten Vorstellung der Wahndee nachgewiesen werde; vielmehr beeinflusst die geistige Erkrankung die gesamte Handlungsweise, wenn auch für unsere Erkenntnis in unberechenbarer Weise.<sup>45)</sup> Und Zurechnungsunfähigkeit ist andererseits auch dann anzunehmen, wenn das Individuum nur mit größter Anstrengung und ungewöhnlichem Zeitverluste die Bedeutung seiner Handlungsweise, sei es nach der Seite der äußeren Wirksamkeit, sei es nach der ethischen Seite hin, zu erfassen vermag (Schwachsinn).

Sodann kann nach der Annahme, welche in dem nicht krankhaft affizierten Menschen einen Kern wirklicher Freiheit voraussetzt, Freiheit und folglich Verantwortlichkeit nicht existieren, wenn nach der Vorstellung, die wir uns von dem tätigen Individuum machen, dieses infolge krankhafter oder mangelhafter Entwicklung nur als Durchgangspunkt für Anreize erscheint, oder ein Grundstock ethischer Vorstellungen in erheblicher Stärke in dem Individuum nicht vorhanden ist. Dabei muß einerseits ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit nach dem Grundsatz: *In dubio pro reo* der Gewißheit gleich gelten; denn nicht in allen Fällen gibt die Erfahrung über ungenügende Entwicklung der Krankheit und namentlich über ihren Einfluß auf Denken und Handeln sicheren Aufschluß. Andererseits aber müssen wir fragen, ob diejenigen Besonderheiten, die wir in dem Individuum wahrnehmen, bedeutend genug sind, um die Anwendung des Strafgesetzes auszuschließen. Die Beantwortung wird verneinend ausfallen, wenn bei Nichtanwendung des Strafgesetzes in gleichartigen Fällen dasselbe seine Wirksamkeit ganz oder zum größten Teile einbüßen würde. Die Beantwortung wird bejahend ausfallen, wenn bei Nichtanwendung des Strafgesetzes

<sup>44)</sup> So ist eine partielle Zurechnungsfähigkeit nicht anzunehmen. Vgl. *Aschaffenburg* in *Hoches* Hdb. S. 30 ff.

<sup>45)</sup> Die strenge englische Ansicht verlangt bei der Existenz von Wahndeeen, wenn sonst verstandesgemäßes Handeln nicht ausgeschlossen ist, daß die begangene Tat nach Maßgabe der Wahndee gerechtfertigt sei; sie legt also der Wahndee nur die Bedeutung eines entschuldigenden tatsächlichen Irrtums bei. Vgl. *Russel, On crimes* I S. 126, *Archbold*, S. 26, 27. Die schottische Jurisprudenz erachtet indes Geisteskrankheit an sich für einen Strafausschließungsgrund, ohne daß es auf die besondere Beziehung der Wahndee zur Tat ankommen soll. Vgl. *Bishop* 1 § 383 a.

in gleichartigen Fällen die Wirksamkeit des Strafgesetzes gewahrt bleiben kann. Dabei ist aber zu beachten, daß die unmittelbare Wirksamkeit der Strafe (Straffähigkeit)<sup>45a)</sup> eine rationelle Anwendung des Strafgesetzes noch nicht begründen kann. Diese setzt vielmehr voraus, daß der Handelnde eine Vorstellung von der Existenz einer Strafjustiz und des hierin liegenden ethischen Motivs habe. Straffähig, d. h. fähig, einen Eindruck durch die Vollziehung einer Strafe zu erhalten, können auch zweifellos geistesranke Personen sein, ebenso wie Kinder unter zwölf Jahren. Verlangt man freilich zur Straffähigkeit, daß die Strafe ihre normale Wirksamkeit habe, so sind Zurechnungsfähigkeit und Straffähigkeit wieder identisch.

Man wird bemerken und vielleicht einwenden, daß wir in dieser Weise nur eine annähernd richtige Entscheidung in vielen Fällen treffen werden. Aber es ist Täuschung, zu glauben, daß wir auf dem Gebiete der Zurechnungsfähigkeit überhaupt mehr festzustellen vermögen, und menschliche Gerechtigkeit ist nicht göttliche Gerechtigkeit. Die harte Notwendigkeit erheischt, daß gestraft werde, nicht selten auch auf die Gefahr eines möglichen Irrtums hin, und gerade das Bewußtsein dieser Gefahr ist der wirksamste Antrieb zur Vorsicht bei der Entscheidung.

§ 8. Als Durchgangspunkt nur für Anreize und Motive erscheint das Individuum nicht nur dann, wenn es in einer dem Verhalten eines Tieres ähnlichen Weise auf Anreize reagiert, sondern auch dann, wenn seine Tätigkeit derartig zusammenhanglos wird, daß eine ganz kurzen Zeitraum überdauernde Selbstbefriedigung damit unverträglich erscheint. Hier aber finden wir bereits zweifelhafte Fälle, und häufig wird, wenn nicht die Sachverständigen nach Maßgabe der Erfahrung geistige Erkrankung wirklich konstatieren, die Entscheidung nach der Wahrscheinlichkeit unter Berücksichtigung der Auf-

<sup>45a)</sup> Vgl. über diese auch von *Liszt* (in der 14. Aufl. S. 158) anerkannte Unterscheidung *Stoß*, *Zeitschr. für schweizerisches Strafr.* 9 S. 419. Die Unempfindlichkeit gegen die Strafe (mangelnde Empfänglichkeit für die Wirkungen der Strafe), wie solche von vielen (so auch von *Stoß*) in Ansehung der Gewohnheitsverbrecher angenommen wird, kann aber nur dann als Grund der Ausschließung wirklicher Strafe und Ersatz derselben durch Sicherungsmaßregeln gelten, wenn von der allgemeinen ethischen Wirkung der Strafe gänzlich abgesehen, und nur die Wirkung auf das straffällige Individuum ins Auge gefaßt wird.

rechterhaltung der Rechtsordnung abzugeben sein, da eine völlig konsequente, wie man sagt, dem Charakter entsprechende Lebensführung nur bei wenigen Menschen, vielleicht bei niemand vorkommen wird, während andererseits eine Kette einzelner Handlungen trotz zweifelloser psychischer Erkrankung mit großem Scharfsinn und genauester Berechnung ausgeführt sein kann; z. B. eine Flucht eines Geisteskranken.<sup>46)</sup> Es gilt hier nicht selten abzuwägen die Möglichkeit dem Individuum Unrecht zu tun, und andererseits die Sicherheit der Gesellschaft. Es könnte Personen geben, die leichte körperliche Indispositionen unwiderstehlich zu seltsamen Handlungen veranlassen. Wollte man aber bei unbedeutenden und häufig vorkommenden körperlichen Affektionen und Aufregungen die Verantwortlichkeit aufhören lassen, so würde die staatliche Strafjustiz ihre Wirksamkeit einstellen müssen. Gerade auch gegen solche Reize soll die Vorstellung der staatlichen Strafe ein Gegenmotiv bilden.

Aus dem Gesagten ergibt sich andererseits nach entgegengesetzter Richtung, daß eine stetige Charakterentwicklung, die konsequent zur Begehung bestimmter Verbrechen treibt, also die Entwicklung lange gehegter Leidenschaften<sup>47)</sup> und Gewohnheiten, so sehr diese auch den Menschen in gewissem Sinne unfrei machen, die Freiheit in dem dargelegten Sinne und also die Zurechnungsfähigkeit nicht beeinträchtigen; denn die Charakterentwicklung vollzieht sich von Handlung zu Handlung unter Mitwirkung der Freiheit, so daß diese auch da wirkt, wo der Entschluß zu bestimmten Taten kaum noch von dem Handelnden gefühlt wird, vielmehr als selbstverständlich erscheint. Der Gewohnheitsverbrecher ist also nicht entschuldigt, vielmehr seine Schuld eine größere, und daher nicht nur vom Gesichtspunkte der Besserung oder des Unschädlichmachens die oft dem Gewohnheitsverbrecher gegenüber hervortretende Strenge des Gesetzes gerechtfertigt.

<sup>46)</sup> Vgl. Wharton, *Mental unsoundness* § 30.

<sup>47)</sup> In Frankreich hat man den Satz des Art. 64 des *Codé pénal*: «*Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu . . . a été contraint par une force irrésistible*» statt ihn zu beschränken auf Zwang durch geistige Krankheit und auf körperlichen Zwang, oft als Entschuldigung für die Gewalt der Leidenschaften verwendet. Siehe dagegen *Hélie* I n. 354, und gegen den Mißbrauch des in einigen anderen Gesetzbüchern vorkommenden gleichen Ausdrucks *Alimena* 2 S. 74 ff.

Aus der Leidenschaft kann indes unter Umständen eine geistige Erkrankung sich entwickeln, wie in meisterhafter Weise *Shakespeare* in König *Lear* gezeigt hat,<sup>48)</sup> und dann besteht für die während der geistigen Krankheit begangene Tat keine Verantwortlichkeit: auf die letzten Ursachen geistiger Erkrankung kann der irdische Richter nicht zurückgehen, um den Geisteskranken verantwortlich zu machen. Vielleicht hätten manche Geisteskranken durch strengere Selbstzucht der Geisteskrankheit entgehen können; aber ein sicheres Urteil ist darüber unmöglich.

Freilich kann auch das, was zunächst Produkt gewöhnlicher, eingerosteter Leidenschaft zu sein scheint, auf geistiger Erkrankung beruhen. Die richtige Unterscheidung fällt hier häufig schwer.<sup>49)</sup> Auf Erkrankung weist z. B. hin die sog. erbliche Belastung, das Vorkommen geistiger Störungen bei Aszendenten (auch bei anderen nahen Verwandten, insofern aus deren Erkrankung auf geistige Abnormität von Aszendenten geschlossen werden kann), traumatische Affektionen (insbesondere schwere Kopfverletzungen) und Epilepsie des Handelnden, auch das Fehlen eines vernünftigen Zweckes: z. B. die Kleptomanie wohlhabender oder reicher Personen, ist ein Anzeichen geistiger Erkrankung.<sup>50)</sup>

Die zunächst unbegreifliche Abscheulichkeit der Handlung, z. B. der Grausamkeit unter wollüstigen Gefühlen (Sadismus) wird aber in Ermangelung anderer Anzeichen geistiger Erkrankung die Verantwortlichkeit nicht ausschließen dürfen. Die Triebe der Wollust und Grausamkeit stehen in einer gewissen Beziehung zueinander; vielleicht ist eine gemeinsame Erregbarkeit, wenn auch in sehr schwachem Grade, bei den meisten Menschen vorhanden, und nach dieser Voraussetzung muß die Forderung erhoben werden, daß das Individuum gegen das Hervortreten des Triebes sich selbst erziehe, daß also, wenn diese Selbsterziehung unterlassen ist und der immer mächtiger werdende Trieb zum Verbrechen führt, die Strafjustiz einzugreifen hat. Läßt man hier ohne weitere Anhaltspunkte die Entschuldigung zu, so werden

<sup>48)</sup> Vgl. *Stark*, König *Lear*, eine psychiatrische Studie, 1871.

<sup>49)</sup> Vgl. in dieser Hinsicht die treffenden Ausführungen *Héliès* n. 352.

<sup>50)</sup> *Hoche*, Hdb. S. 504.

<sup>51)</sup> Übereinstimmend *Hoche*, Hdb. S. 498 ff.

die auf sog. Monomanie begangenen Verbrechen sich häufen, auch dann, wenn dem Handelnden das Irrenhaus droht; denn mag auch die drohende Einsperrung im Irrenhause ein Gegenmotiv sein, so fehlt doch das wichtige Gegenmotiv, welches der Strafe eigen ist, die öffentliche Mißbilligung, und somit auch der Makel, der auf dem Verurteilten haftet; das Irrenhaus schreckt auch um so weniger, je schonender die Behandlung der Irren ist, und je mehr die Hoffnung besteht, nach nicht zu langer Zeit als geheilt entlassen zu werden. Man kann in solchen Fällen unter Umständen aber auch geminderte Zurechnungsfähigkeit annehmen, wovon erst später zu reden ist.

Die allmähliche Entwicklung des Charakters ist nach dem hier vertretenen relativen Indeterminismus der Freiheit des Individuums selbst zuzuschreiben, nicht minder aber nach der Theorie des Determinismus, wie dieser die Freiheit auffaßt, und nach der einen wie nach der anderen Theorie kann und muß man in sehr erheblichem Grade auf die sog. Konstanz des Charakters, d. h. darauf rechnen, daß gewisse Motive nach Maßgabe des Charakters wirken, andere dagegen nicht wirken werden. So kann man darauf rechnen, daß das Motiv, einen Gewinn zu machen, einen Mann, der sich lange Zeit als rechtschaffen bewährt hat, nicht zum Verbrechen aus Gewinnsucht führen werde. Ein Anzeichen geistiger Erkrankung ist es daher, wenn eine Tat grell von der bisherigen Charakterentwicklung, von den bisherigen Neigungen und Gewohnheiten absticht und auch mit dem späteren Benehmen des Täters nicht in Einklang zu bringen ist.<sup>52)</sup> Aber man darf nicht vergessen, daß nach der Theorie des Indeterminismus die Charakterentwicklung eine fortwährend freie Arbeit des Individuums ist, daß also, wenn gleich selten, eine Tat begangen werden kann, welche mit dem bis dahin gezeigten Charakter stark kontrastiert.<sup>53)</sup> Handlungen, die anscheinend unbegreiflich und deshalb als Handlungen Geisteskranker erscheinen, können aber auch durch versteckte Motive veranlaßt werden. So kann das Spielen mit dem Gedanken an eine verwerfliche Tat allmählich ein

<sup>52)</sup> Vgl. *Skrzeczka* in *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 228.

<sup>53)</sup> Der Determinismus muß solche Vorgänge aus der bisherigen Beschaffenheit des Charakters erklären: dieser ist nicht stark genug, um die Wirksamkeit eines plötzlich oder wiederholt auftretenden Motivs zu paralisieren.

Lustgefühl hervorrufen, das dann zum Motiv der Begehung der Tat wird.<sup>54)</sup>

§ 9. Unüberwindliche Triebe, beschränkt auf Begehung einzelner Verbrechen, ohne daß das Individuum in anderer Beziehung verkehrt handelt oder anderweitige Erkrankungs-symptome vorliegen, können deshalb als existierend nicht angenommen werden, weil einerseits die zugrunde liegenden Triebe auch durch nicht verbrecherische Handlungen befriedigt werden, und weil Triebe und Eigenschaften, die zu Verbrechen Anlaß geben, allgemein menschlich sind und verbrecherisch nur durch ihr Übermaß werden, so daß sie durch Gegenmotive nicht genügend beherrscht werden. Der nützliche Erwerbstrieb führt im Übermaß zum Betrüge, der von der Natur gegebene notwendige Geschlechtstrieb zur Notzucht usw.

Ob nun ein vorhandener starker Trieb des Individuums oder der Mangel, richtiger wohl die völlig ungenügende Stärke altruistischer Gefühle und Vorstellungen (positiv ausgedrückt der überwuchernde Trieb der Selbstsucht und Selbstbefriedigung) zum Verbrecher macht, hängt von den mannigfachsten Umständen ab. Daraus schon ergibt sich, daß geborene Verbrecher, d. h. Menschen von im übrigen geistiger Gesundheit aber mit unüberwindlichem Triebe behaftet, bestimmte schwere Verbrechen zu begehen, nicht existieren, um so weniger, als die Begriffe der schweren Verbrechen geschichtlich manchen Wandlungen unterworfen gewesen sind, wie ja auch Tötungen aus Rache sogar einst für lobenswerte Handlungen gehalten worden sind. Der « *Uomo delinquente* » der geborene Verbrecher, der an bestimmten körperlichen Zeichen erkennbare, von Geburt an zum Verbrechen bestimmte Mensch, wie ihn der Turiner Psychiater *Lombroso* auf Grund unzureichender Daten konstruiert hat, ist daher ein von der Wissenschaft überwiegend zurückgewiesenes Trugbild.<sup>55)</sup> Richtig ist freilich, daß an einer erheblichen Anzahl verurteilter Verbrecher untrügliche Zeichen

<sup>54)</sup> Vgl. *Hoppe*, Die Anwendung zu unerlaubten Handlungen, Basel 1873. *Bar* in *Grünhuts* Zeitschr. 2 S. 37 ff. (z. B. die Anwendung, jemand einen böartigen Schabernack zu spielen — in den Fluß stoßen usw. So brauchen sog. Exhibitionshandlungen nicht immer auf Geisteskrankheit zu beruhen, *Hoche*, Hdb. S. 490, 500 ff.

<sup>55)</sup> Vgl. den über die Verhandlungen des dritten Anthropologenkongresses (Brüssel 1892) erstatteten Bericht *Rosenfelds*, Zeitschr. 13 S. 169 ff., bes. S. 171 und die scharfe Kritik *Virchows* in dem 1896 von ihm gehaltenen Vortrage über



von Degeneration und geistiger Erkrankung nachgewiesen worden sind,<sup>56)</sup> eine Tatsache, auf welche energisch aufmerksam gemacht zu haben, als ein Verdienst *Lombrosos* anzuerkennen ist. Ein Individuum, bei dem die Selbstsucht so überwiegt, daß ihm „Reue, Scham, Ehre“ und selbst die Bestrafung gleichgültig oder doch nur als Äußerung der Selbstsucht anderer (der Gesellschaft) erscheint, ist freilich sozial unbrauchbar. Aber man wird schwerlich feststellen können, daß diese Eigenschaft nicht durch das sog. Milieu notwendig bedingt war, wenn sonst Anzeichen von Geisteskrankheit oder Schwachsinn nicht vorhanden sind, und daß also auch nicht durch zweckmäßige Strafe die Eigenschaft gemildert, also das altruistische Gefühl gestärkt werden kann. Da wir nun, wenn das Strafrecht nicht völlig aufgelöst oder in eine gesundheitliche Schutzmaßregel verwandelt werden soll, dem Einflusse des Milieus strafausschließende Wirkung nicht beilegen können, ist auch der geborene Verbrecher als besonderer Typus strafrechtlich nicht anzuerkennen.<sup>57)</sup>

Auch auf Grund der Annahme eines nur moralischen Wahnsinns oder Defektes (*Moral Insanity*), wenn ein solcher — was meistens mit gutem Grunde gelegnet wird — existiert, kann das Strafrecht die Verantwortlichkeit nicht ausschließen, so lange im einzelnen Falle die Existenz an anderen Merkmalen als eben an der Begehung moralwidriger oder verbrecherischer Handlungen nicht nachzuweisen ist.<sup>58)</sup> Es mag

---

Kriminalanthropologie (Korrespondenzblatt der deutschen anthropologischen Gesellschaft 1896 Nr. 11 und 12). — Neuestens sprechen wieder manche Psychiater sich für die Anerkennung des „*reo nato*“ freilich nicht in dem Sinne des Atavismus (wie ihn *Lombroso* früher vertrat) aus. Der geborene Verbrecher soll nicht einen Rückfall in den Typus früherer Generationen darstellen; er soll aber in der Welt, in der er leben muß, notwendig zum Verbrecher werden. *Cramer*, Gerichtl. Psychiatrie S. 285: ein Degenerierter ist noch kein Geisteskranker; aber auf Grundlage einer Degeneration kann sich die Geisteskrankheit entwickeln.

<sup>56)</sup> Vgl. auch die Nachweisungen von *Aschaffenburg*, Das Verbrechen S. 161 ff.

<sup>57)</sup> Über den heutigen Stand der Lehre vom geborenen Verbrecher, *Gaupp* in der Zeitschrift f. Kriminalpsychologie 1 S. 25 ff.

<sup>58)</sup> So *Krafft-Ebing*, Psychopathologie S. 292. Derselbe in *Holtendorffs* Hdb. 4 S. 118. *Cramer*, Moralische Idiotie. Vortrag, gehalten auf der 70. Versammlung deutscher Naturforscher 1898. Sep.-Abdr. aus der Münchener Medizinischen Wochenschrift 1898 Nr. 4. Über die Verbindung unausrottbarer boshafter Tücke bei Kindern mit anderen krankhaften Neigungen und Erscheinungen, vgl. *Maudsley* S. 299 ff. — *Hoché*, Hdb. S. 528, hält erbliche nervöse Belastung oder den Besitz nur körperlicher Degenerationszeichen für sich allein nicht für genügend. Dagegen nimmt *Longard*, Monatsschr. f. Kriminalpsychologie 2

Menschen<sup>59)</sup> ohne nachweisbare sonstige Defekte geben, von denen wir sagen würden, daß sie sich dem Anreiz zu Verbrechen hingeben, ohne Widerstand in ethischen Vorstellungen finden zu können. Aber bei Berücksichtigung dieser Möglichkeit, ohne Anzeichen dafür, daß wirklich die Gehirnorganisation nicht so entwickelt oder später im Leben so herabgekommen ist, daß sie ethische Motive nicht verwertet<sup>59a)</sup> — während sie allerdings intellektuelle Funktionen noch leistet —, würden wir, solange jener Nachweis<sup>59b)</sup> fehlt, gleichsam auf schiefer Ebene dahin gelangen, die meisten Gewohnheitsverbrecher, vielleicht auch die meisten Mörder und andere schwere Verbrecher, für straflos zu erklären. Es spricht dagegen auch nicht die von *Aschaffenburg* z. B. mit Zahlen belegte Behauptung, daß unter den Insassen der Strafanstalten sich sehr viel geistig Minderwertige befinden. Denn bis jetzt sind wir nicht imstande die schuldlos geistig Minderwertigen von denen zu sondern, die nicht durch Mängel in den höheren Gehirnzentren, sondern durch Lässigkeit oder Laster geistig herabgesunken sind. Das sog. soziale Milieu, das allerdings ganz erheblich mitwirkt, kann aber vor der Strafjustiz trotz aller statistischen Nachweisungen als von Verantwortlichkeit befreiend nie betrachtet werden. Damit würde letztere überhaupt alsbald geleugnet werden. Auch Reichtum und Üppigkeit können zum Verbrechen führen. Nur wer in einem idealen Milieu herangewachsen wäre, würde zurechnungsfähig oder voll zurechnungsfähig sein, während andererseits doch die Erfahrung zeigt, daß auch in Verstand und Körper ungünstig veranlagte Personen, ebenso wie in einem ungünstigen Milieu, in Armut und Not herangewachsene Individuen sich vor dem Verbrechen

S. 677 ff., die Möglichkeit einer Moral Insanity bei sonst normaler Intelligenz an, sofern Degenerationszeichen vorliegen.

<sup>59)</sup> Bemerkenswert ist eine Bestimmung der isländischen Gragas c. 322. Wenn ein Wahnsinniger einen Totschlag begeht, so soll es nur dann als eine im Wahnsinn verübte Tat gelten, wenn der Täter schon früher sich selbst solche Verletzungen zugefügt oder zuzufügen versucht hat, die den Tod oder den Körperschaden hätten herbeiführen können.

<sup>59a)</sup> Nach der gegenwärtig in der Psychiatrie herrschenden Ansicht stellt die Berücksichtigung ethischer Motive die höchste Leistung des Gehirns dar, welche zugleich am leichtesten unter Hirnerkrankung leidet.

<sup>59b)</sup> Eine Zusammenstellung von Anzeichen dafür, daß der Mangel ethisch wirksamer Gefühle (Grausamkeit, völlige Rücksichtslosigkeit gegen das Wohl anderer usw.) auf Krankheit oder unentwickelter Organisation des Gehirns beruht, gibt *Krafft-Ebing* in *Holtzendorffs* Hdb. 4 S. 119, 120.

zu wahren vermöchten. So hat denn auch das RG.<sup>59c)</sup> die Theorie eines rein moralischen Irrsinns — allerdings nur weil sie unvereinbar sei mit dem Inhalt des StGB. § 51, welcher eine krankhafte Affektion für die Zurechnungsunfähigkeit fordert, — ebenso zurückgewiesen,<sup>59d)</sup> wie dies seitens der englisch-nordamerikanischen Jurisprudenz<sup>60)</sup> geschieht.

§ 10. Gleichermaßen ist die Ausführung von Verbrechen in Befolgung verkehrter allgemeiner Ideen (z. B. anarchistischer Ideen) als auf Zurechnungsunfähigkeit beruhend nicht anzusehen, wie dies auch allgemein angenommen wird.<sup>61)</sup> Auch hier besteht zwar abstrakt genommen die Möglichkeit, daß geistig schwach oder verkehrt veranlagte Personen existieren, über welche solche Ideen unbeschränkte Herrschaft zu gewinnen vermögen, ohne daß ihnen Widerstand geleistet werden könnte. Aber das Strafgesetz muß gerade auch die Forderung erheben, daß verkehrten allgemeinen Ideen Widerstand geleistet werde. Würde man seine Anwendung ausschließen bei Personen, die verkehrte allgemeine Grundsätze befolgen, so würde die Herrschaft der letzteren überhandnehmen; das Strafgesetz würde dann nicht ausdrücken, daß die ihm zugrunde liegenden moralischen Ideen unverbrüchlich gelten sollen.

Andererseits ist es verkehrt, Zurechnungsfähigkeit schon dann anzunehmen, wenn das Individuum Recht und Unrecht, Erlaubtes und Verbotenes nur zu unterscheiden weiß,<sup>62)</sup> oder

<sup>59c)</sup> Andererseits ist freilich zu beachten, daß moralische Idiotie oft ein einleitendes Stadium geistiger Erkrankung bezeichnet, während die Intelligenz einseitigen noch fort dauert (namentlich bei beginnender Paralyse). Ebenso ergreifen Entwicklungsstörungen zunächst die ethischen Gefühle. Aber, wie *Cramer* a. a. O. bemerkt, dem exakten Beobachter wird die Krankheit namentlich in der Anstaltsbehandlung kaum entgehen.

<sup>59d)</sup> II. 14. Dezember 1886. E. 15 Nr. 27, bes. S. 99.

<sup>60)</sup> *Wharton*, Mental unsoundness §§ 163 ff., §§ 351 ff., und Crim. law 1 § 46.

<sup>61)</sup> Der Wahn des Geisteskranken hat einen subjektiven Charakter. Er weist sich eine nicht zutreffende Stellung in der Welt zu, z. B. die Stellung eines von bestimmten Personen verfolgt, eines Propheten usw. Wer aber an Prophezeiungen glaubt, ist deshalb keineswegs irrsinnig oder geisteskrank. Aberglaube schließt Zurechnungsfähigkeit nicht aus. Viele berühmte Persönlichkeiten hatten den einen oder anderen Aberglauben. Vgl. *Wharton*, Mental unsoundness § 140.

<sup>62)</sup> Vgl. die Denkschrift der preuß. wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen zum Entwurf d. nordd. StGB. S. 19. — *Wharton*, Mental unsoundness § 121 ff., erklärt sich auch gegen die übrigens wohl jetzt nicht mehr in England und Nordamerika vorherrschende Praxis, welche die Probe der Unterscheidung von "right and wrong" als genügend betrachtete. So freilich noch

gar die Probe darin zu erblicken, ob der Angeklagte dazu auf Vorhalt des Richters imstande ist. Wäre dies genügend, so müßte man viele noch im Kindesalter befindliche Personen der staatlichen Strafe unterwerfen. Es muß vielmehr — und dies kann jetzt als die fast allgemein angenommene, herrschende Ansicht bezeichnet werden — eine gewisse moralische Widerstandskraft gefordert werden, welche bewirken kann, daß die moralischen, in der Gesellschaft geltenden Grundsätze sofort sich fühlbar machen, sobald ein Anreiz zu einem irgend bedeutsamen Handeln vorliegt, oder genauer ausgedrückt, es muß die Annahme gerechtfertigt sein, daß diese moralischen Grundsätze bis zu einer gewissen Unverwischbarkeit in die Psyche eingedrungen sind, so daß man sagen darf, es liegt nur an der nicht weiter auflösbaren Individualität, wenn der Anreiz zum Verbrechen den Sieg davon trägt und jene Grundsätze für den Augenblick wenigstens verblassen läßt.

Es kann aber, sofern es sich weder um jugendliche Personen noch um verminderte Zurechnungsfähigkeit handelt, die Frage der Zurechnungsfähigkeit nicht je nach der Natur der begangenen Tat verschieden beantwortet werden.<sup>63)</sup> Wirklich vorhandene geistige Krankheit beeinflusst das gesamte Wesen und Handeln der Person.

§ 11. Die Frage der Zurechnungsfähigkeit ist, wie sich aus den vorstehenden Darlegungen ergibt, in ihrer letzten entscheidenden Spitze eine juristische: die notwendig zu erfüllende Aufgabe der Strafjustiz entscheidet. Folglich muß sie auch vom Richter (bzw. Geschworenen) im konkreten Falle entschieden werden.<sup>64)</sup> Wir können nicht jeden, der von der

---

ausdrücklich das StGB. für New York § 21. — Dagegen freilich *Zucker* (dgl. GS. 44 S. 432 ff. und besonders *Schuld* und *Str. d. jugendl. Verbr.* S. 43), der „die Fähigkeit, eine Tat zu begehen“, d. h. wohl die Fähigkeit, die Tat in ihren äußeren (?) Wirkungen zu würdigen, zum Begriffe der Zurechnungsfähigkeit für ausreichend erachtet. *Zucker* dürfte aber mit dieser Ansicht ziemlich isoliert stehen. Außerdem was bedeutet Fähigkeit, eine Tat zu begehen? Die Fähigkeit, die Naturkausalismus zu einem gewissen Zwecke in Bewegung zu setzen, kann doch nicht genügen; sonst würden selbst Kinder unter sieben Jahren oft zurechnungsfähig sein. — Gegen *Zuckers* Ansicht, der nur die Intelligenz, nicht auch die Willensreife berücksichtigen will, *Nicoladoni*, *Zeitschr.* 16 S. 354 ff. (auch vom Standpunkte des österreichischen Rechts).

<sup>63)</sup> Anders freilich *Wahlberg*, *Prinzip der Individualisierung* S. 63, der die Frage der Zurechnungsfähigkeit hier mit der Frage der Berücksichtigung des Rechtsirrtums vermengt. Vgl. übrigens unten zu Anm.

<sup>64)</sup> So auch *Müttermaier*, *G. Arch.* 1 S. 302; *Wahlberg*, *Das Prinzip der Individualisierung* S. 84; *Gretener* S. 28; 29. Gutachten d. preuß. Deputation f.

Psychiatrie für nicht vollkommen gesund, d. h. also für in gewissem Grade krank erklärt wird, von der staatlichen Strafe befreien. Ein Beweis für diese Ansicht, nach welcher die Zurechnungsfähigkeit Rechtsfrage ist, liegt allerdings auch darin, daß Deliktsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit unterschieden werden müssen (vgl. unten). Das würde nicht der Fall sein, wenn lediglich die Frage geistiger Gesundheit als psychiatrische in Betracht käme. Die entgegengesetzte Ansicht würde richtig sein, wenn unsere Strafanstalten Heilanstalten etwa im Interesse der öffentlichen Sicherheit sein würden. Indirekt kann freilich das Gutachten des Sachverständigen, der bei dem Angeklagten eine bestimmte Geisteskrankheit konstatiert, oder doch deren Vorhandensein für wahrscheinlich erklärt, für den Richter ein zwingendes Entscheidungsmotiv werden.

§ 12. Es fragt sich nun, wie die Gesetzgebung sich, was die Zurechnungsfähigkeit betrifft, auszudrücken habe. Darüber wird kein Zweifel obwalten, daß das Gesetz formell den Zustand der Zurechnungsunfähigkeit, nicht aber den Zustand der Zurechnungsfähigkeit zu definieren habe, wie dies auch seit langer Zeit in den Gesetzbüchern beobachtet ist. Die Justiz kann praktisch nur von der Annahme ausgehen, daß, wenn nicht bestimmte Anzeichen des Gegenteils vorliegen, der allgemeinen Regel nach jeder, der ein bestimmtes Alter erreicht hat, zurechnungsfähig sei. Freilich ist dies keine Präsumtion im zivilrechtlichen Sinne. Der Angeklagte braucht, um wegen Zurechnungsunfähigkeit freigesprochen zu werden, nicht wie eine Partei im Zivilprozesse gegen eine auf Grund einer Präsumtion anzunehmende Tatsache einen vollständigen Widerlegungsbeweis zu führen. Sobald auf Grund bestimmter Tatsachen ein erheblicher Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit erregt ist, muß der Angeklagte freigesprochen werden. Darüber ist man in Deutschland auch einverstanden.<sup>65)</sup>

d. Medizinalwesen, Anlage 3 d. Entwurfs d. nordd. StGB. S. 21; *Cramer*, S. 36 (die Sachverständigen stellen nur die Krankheit fest). Auch in England gibt der Richter der Jury Rechtsbelehrung über die Benutzung der Aussagen der Sachverständigen; *Archbold* S. 23 ff.; *Russel* 1 S. 20 ff.; vgl. auch *Pandectes françaises* 5 (Aliénés n. 591 ff).

<sup>65)</sup> Vgl. *Olshausen* § 51 Anm. 16 und die Ausführungen in Rg. I 23. Oktober 1890 E. 21 Nr. 48 bes. S. 135, auch III 6. März 1902 (mitgeteilt im „Recht“ 1902 S. 186): es bedürfe stets einer uneingeschränkten Überzeugung des Gerichts von dem Nichtvorhandensein des Strafausschließungsgrundes (der geistigen

Von dem Begriffe der Freiheit auszugehen, erscheint bedenklich, da daran sich Mißverständnisse knüpfen können. Außerdem wird der jetzt weitverbreitete Determinismus protestieren. Das italienische StGB. Art. 46 hat zwar noch ebenso wie das ungarische StGB. § 76<sup>66)</sup> eine wesentlich mit dem StGB. § 51 übereinstimmende Definition. In anderen Gesetzbüchern ist dagegen nur gesagt, daß bestimmte Geisteskrankheiten<sup>67)</sup> oder daß Geisteskrankheit und geistige Störung die<sup>68)</sup> Zurechnungsfähigkeit ausschließen<sup>68a)</sup> (sogen. biologische Methode), womit denn scheinbar die Frage der Zurechnungsfähigkeit allein dem Sachverständigen überlassen ist. Dies erscheint aber dem oben Dargelegten zufolge unrichtig. Der schweizerische Vorentwurf 1903 Art. 16 ist wieder zu einer gemischt biologisch-psychologischen Formulierung zurückgekehrt, welche, indem sie fordert, daß der Angeklagte „außerstande war, vernunftgemäß zu handeln, insbesondere in seiner geistigen Gesundheit oder in seinem Bewußtsein in hohem Grade gestört war“ (eben wegen des geforderten hohen

---

Störung). In England dagegen verlangt die Jurisprudenz bei erwachsenen Angeklagten noch vollen Beweis der Zurechnungsunfähigkeit. Vgl. *Archbold* S. 26, *Russel* 1 S. 128. Indes sind freisprechende Verdikte der Geschworenen wohl nicht genau zu kontrollieren.

<sup>66)</sup> Auch das bulgarische StGB. Art. 41 bezeichnet als zurechnungsunfähig eine Person, welche die Bedeutung ihrer Handlung nicht zu erkennen oder wegen Hemmung in der Ausbildung, Verwirrung der Geisteskräfte oder Bewußtlosigkeit ihr Tun zu beherrschen nicht vermochte. — Ähnlich auch der österr. Entwurf v. 1893 § 57.

<sup>67)</sup> Spanisches GB. Art. 8 n. 1 (Schwachsinn und Wahnsinn).

<sup>68)</sup> Portugiesisches GB. Art. 42, 2, 2. Schweizerischer Vorentwurf v. 1893: „Wer zur Zeit der Tat geisteskrank oder blödsinnig oder bewußtlos war, ist nicht strafbar.“ Norwegisches GB. v. 1902 § 44. Eine Handlung ist nicht strafbar, wenn der Täter bei deren Vornahme geisteskrank oder bewußtlos, oder sonst auf Grund mangelhafter Entwicklung der Geisteskräfte oder Schwächung oder krankhafter Störung oder zufolge Zwanges oder dringender Gefahr zurechnungsunfähig war. Vgl. *Zürcher, Zeitschr. f. schweiz. Strafr.* 18 S. 65 ff.

<sup>68a)</sup> Der Sinn des Art. 39 des neuen russischen StGB. ist mir nach der französischen Übersetzung nicht völlig klar, auch nicht nach der Erläuterung *Greteners* GS. 67 S. 38. Zweifellos sollen nur krankhafte Zustände oder krankhafte Mängel der Entwicklung (abgesehen von Fällen des Mangels oder der Störung des Bewußtseins) die Zurechnung ausschließen. Wenn aber am Schluß als das zur Verantwortlichkeit verlangte Ergebnis bezeichnet wird, der Handelnde müsse *«Comprendre la nature et le sens de ce qu'il faisait, ou diriger ses actions»*, so fragt sich, was unter dem letzten Falle zu verstehen ist, ob Mangel des Willensvermögens oder nur Mängel der Einsicht. — Das niederländische StGB. Art. 37 sagt: „Nicht strafbar ist, wer eine Handlung begeht, die ihm wegen mangelhafter Entwicklung oder krankhafter Störung seiner Geistestätigkeit nicht zugerechnet werden kann.“

Grades) dem Richter ein Abgehen von dem rein nach psychiatrischen Grundsätzen abgegebenen Gutachten in Gemäßheit der Anforderungen der Rechtsordnung zu gestatten scheint, eine Formulierung, die eben deshalb von schweizer Psychiatern, aber auch von *Zürcher*, welcher einer sehr weitgehenden modern radikalen Richtung im Strafrechte huldigt, stark angegriffen ist.<sup>69)</sup>

Meiner Ansicht nach wird folgende Formulierung zu empfehlen sein:

„Eine Handlung ist nicht strafbar, wenn zur Zeit der Handlung infolge geistiger Erkrankung oder krankhaft fehlerhafter Entwicklung oder vorübergehender geistiger Hemmung dem Handelnden die Fähigkeit, Wirkung und Bedeutung seiner Handlungen einzusehen, fehlte, oder die Vorstellung der Unzulässigkeit der Handlung infolge eines der bezeichneten Umstände als wirkend<sup>69a)</sup> nicht angesehen werden konnte.“

Durch das Erfordernis, daß die Vorstellung als wirksam nicht angesehen werden konnte, ist angezeigt, daß es absolut feststehende, mathematisch genaue Abgrenzungen von Zurechnungsfähigkeit und Zurechnungsunfähigkeit nicht gibt, daß vielmehr der Richter (Geschworene), indem er über die Zurechnungsfähigkeit im einzelnen Falle entscheidet,<sup>69b)</sup> die Anforderungen der Rechtsordnung zu berücksichtigen hat, während andererseits ausschließlich krankhafte Zustände oder wahrnehmbare Störungen (z. B. Trunksucht) und Hemmungen (z. B.

<sup>69)</sup> Der Psychiater *Bleuler* (Monatsschr. f. Kriminalpsychologie 1 (1904) S. 621) hat recht, wenn er tadelt, daß in dem neueren Entwurf des schweizerischen StGB. „vernunftgemäß zu handeln“ als Erfordernis der Zurechnungsunfähigkeit aufgestellt ist; denn dieser Ausdruck ist zweideutig: man kann die meisten Verbrechen für unvernünftige Handlungen erklären und andererseits sagen, daß der Dieb vernünftig gehandelt habe, weil er ein nicht ungeeignetes Mittel anwendet, sich zu bereichern. Aber die Feststellung der Zurechnungsunfähigkeit lediglich durch ärztliches Gutachten, welches den Angeklagten für geisteskrank erklärt, gibt die Bedürfnisse der Rechtsordnung preis.

<sup>69a)</sup> Daß für die Zurechnungsfähigkeit nicht nur Intelligenz, sondern auch eine gewisse Widerstandskraft gegen Anreize zu fordern sei, wird jetzt fast allgemein anerkannt: *Wahlberg*, Individualisierung S. 71; *Berner* S. 77; *Volkmann* I S. 528; *Liszt* § 37. — A. M.: *Zucker*, GS. 54 S. 525.

<sup>69b)</sup> Auch über das für Zurechnungsfähigkeit genügende Maß der Einsicht ist vom Gerichte nach den Anforderungen der Rechtsordnung zu bestimmen. Eine wirklich vollkommene Einsicht kann nicht gefordert werden und absichtlich ist in der Formulierung auch genügende Einsicht nicht gefordert. Einsicht in den Sinn des betreffenden Strafgesetzes ist ebenfalls nicht zu fordern. Die Mehrzahl der Verbrecher wird eine genügende Einsicht in die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs nicht besitzen.

Schlaftrunkenheit) erfordert werden. Jene Einsicht ist aber schon nicht vorhanden, wenn das Bewußtsein stark beeinträchtigt ist. Das Wort „Unzulässigkeit“ der Handlung ist gewählt, damit nicht Einsicht in die Strafbarkeit oder Moralwidrigkeit der Handlung gefordert werde. Das Erfordernis der Einsicht in die Strafbarkeit der Handlung würde zu viel verlangen; denn in manchen Fällen haben vollkommen zurechnungsfähige Personen diese Einsicht nicht. Strafbar kann aber eine Handlung sein, ohne daß sie im gewöhnlichen Sinne moralwidrig ist.<sup>69b)</sup> Es muß genügen, daß aus irgend welchen Gründen die Handlung als eine unzulässige erscheint, d. h. eine solche, die man nicht vornehmen darf, welche die soziale Ordnung nicht duldet.<sup>69c)</sup> Andererseits sind moralwidrige Handlungen nur zum geringen Teile strafbar. Störungen und Hemmungen sind besonders erwähnt, weil manche Affektionen, welche zweifellos die Zurechnungsfähigkeit ausschließen, z. B. hochgradige Trunkenheit und Schlaftrunkenheit, nicht wohl als Krankheiten bezeichnet werden können.

§ 13. Der wegen Geisteskrankheit Freigesprochene oder außer Verfolgung Gesetzte kann aber der öffentlichen Sicherheit gefährlich sein. Daher empfiehlt sich eine im deutschen StGB. fehlende, im italienischen StGB. § 46 Abs. 2 sich findende Bestimmung, nach welcher das Gericht die Überweisung des für gefährlich zu erachtenden Freigesprochenen an die zuständige Polizeibehörde anzuordnen hat.<sup>69c)</sup> Und gerade die Geisteskrankheit müßte des Schutzes des Publikums wegen ein Grund sein, die einstweilige Inhaftnahme des Freigesprochenen oder außer Verfolgung Gesetzten zu jenem Zwecke zu verfügen, so daß solche Überweisung nicht nur bei bereits verhafteten Personen stattfände.<sup>69d)</sup> Eine Verfügung dagegen, den

<sup>69b)</sup> Vgl. in dieser Hinsicht die merkwürdig gleiche Bestimmung der CC. Theresiana art. 11 § 9: „genug, daß ihm die Unzulässigkeit der Tat nicht unbekannt sein können“. — Auch der Ausdruck „Normwidrigkeit“ würde m. E. für ein Gesetzbuch nicht angemessen sein, abgesehen auch von den Kontroversen, die sich an den Begriff der „Norm“ knüpfen.

<sup>69c)</sup> Man könnte vielleicht, wenn das Wort in der deutschen Sprache rezipiert wäre, noch deutlicher setzen „Unduldbarkeit“. Wer eine Handlung vornimmt, die, wie er, einsieht, nicht geduldet werden kann, hat jedenfalls die zur Zurechnungsfähigkeit erforderliche Einsicht.

<sup>69c)</sup> In diesem Sinne: *Aschaffenburg* in *Hoches* Hdb. S. 45.

<sup>69d)</sup> Der wegen Geisteskrankheit Freigesprochene ist nur ein Kranker, mag er auch gefährlich sein, Neigung zu verbrecherischen Taten haben (verbrecheri-



Freigesprochenen auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, etwa bis zur Heilung der Krankheit oder bis zur Beseitigung der Gefährlichkeit, in eine Irrenanstalt zu bringen, ginge über die Zuständigkeit des richterlichen Amtes hinaus und würde zudem wenig praktisch sein.<sup>69e)</sup>

§ 14. Gibt es eine sog. verminderte Zurechnungsfähigkeit? Im natürlichen Sinne ist die Frage zweifellos zu bejahen,<sup>70)</sup> wie schon daraus folgt, daß die Zurechnungsfähigkeit von dem heranwachsenden Menschen allmählich erworben wird, und daß mannigfache Abstufungen des sog. Schwachsinn der Beobachtung sich von selbst aufdrängen. Wie es unendliche Zwischenstufen gibt zwischen dem vollen Tageslicht und der vollen Finsternis der Nacht, so auch unendliche Gradationen zwischen der vollen Intelligenz und dem vollständigen Blödsinn.<sup>70a)</sup> Im juristischen Sinne aber ist die Frage insofern zu verneinen, als man unter Zurechnungsfähigkeit die Verantwortlichkeit nach dem Gesetze mit Rücksicht auf den psychischen Zustand der Person versteht; diese Verantwortlichkeit besteht entweder oder sie besteht nicht; ein Mittleres ist da

schon (irre). Er kann nur Gegenstand der Sicherheitspolizei sein. Dagegen hat über die Verurteilten, die während der Verbüßung der Strafe geisteskrank werden (irre Verbrecher) die Strafjustiz zu verfügen. Wie die Behandlung solcher Verurteilten praktisch am besten zu gestalten sei — ob Detention in besonderen Abteilungen oder Annexen der allgemeinen Strafanstalten, oder in besonderen, für die Aufnahme nur solcher Geistesgestörter bestimmter Anstalten des Staats, oder endlich Unterbringung unter den nötigen Vorsichtsmaßregeln in den gewöhnlichen Irrenanstalten — ist kontrovers, aber eine hier nicht zu erörternde Frage des Strafvollzugs. Besondere staatliche Anstalten verdienen vielleicht den Vorzug; nur sind die Kosten anscheinend bedeutend. In mehreren Staaten (England, Italien) bestehen solche besonderen Anstalten, im Deutschen Reiche bis jetzt nur vereinzelt besondere Irrenabteilungen bei Strafanstalten (vgl. *Aschrott*, Strafsystem und Gefängniswesen in England 1887 S. 215ff.; *Loehr*, Art. Irrenwesen in *Comrads* Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. Aufl. Bd. 4 S. 1385).

<sup>69e)</sup> Prozessual notwendig dürfte, wenn das Strafgericht irgend über den wegen Geisteskrankheit Freigesprochenen soll verfügen können, eine Bestimmung sein, die in jedem Falle, wo Geisteskrankheit des Angeklagten in Frage kam, deutlich erkennbar macht, ob die Freisprechung nur wegen Annahme der Zurechnungsfähigkeit erfolgte, ob also im übrigen die Tat die Erfordernisse der strafbaren Handlung an sich trug. Im schwurgerichtlichen Verfahren müßte daher eine besondere Frage nach der Zurechnungsfähigkeit immer gestellt werden, wenn diese Frage von einer der Parteien beantragt wurde, oder das Gericht die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten für irgend zweifelhaft erachtete. Wenn die Geschworenen einfach freisprechen, so weiß man nicht, ob sie die Tat als nicht begangen oder als nicht rechtswidrig betrachtet, oder aber nur wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit den Angeklagten freigesprochen haben.

<sup>70)</sup> Es ist unnötig, für diese jetzt allgemein anerkannte Wahrheit Autoritäten zu zitieren.

<sup>70a)</sup> *Ideler*, Gerichtliche Psychologie S. 50.

unmöglich, und wenn man die Frage stellt, auf das „Sich (genügend) Freibestimmen-Können“, <sup>71)</sup> so liegt in der Frage: Kann jemand sich freibestimmen? ebenfalls, daß die Antwort nur bejahend oder verneinend ausfallen kann.

Mit dieser letzteren rein dialektischen Lösung ist aber die Frage der Anerkennung der verminderten Zurechnungsfähigkeit keineswegs sachlich entschieden. Es fragt sich vielmehr, sollen unter den zurechnungsfähigen Individuen solche unterschieden werden, die wir einer milderen (oder einer von der regelmäßigen abweichenden) Strafe deshalb unterwerfen, weil ihr geistiger Zustand als unter dem Niveau befindlich einzuschätzen ist, welches für die volle (oder regelmäßig eintretende) Strafe vorausgesetzt wird?

§ 15. Die frühere gemeinrechtliche Jurisprudenz hat diese Frage, wie insbesondere von *Kahl*<sup>72)</sup> eingehend nachgewiesen worden ist, unter Berufung auf die *Carolina*<sup>73)</sup> lange Zeit hindurch bejaht. Schon *Carpzov*<sup>74)</sup> hatte unter Bezugnahme insbesondere auf *Menochius* bemerkt, daß es „gradus“ gebe „*furo- roris atque dementiae*“, und daß es unrichtig sein würde, jeden an irgend einem geistigen Defekte Leidenden von Strafe völlig frei zu lassen. Die Melancholiker insbesondere sollten zwar bestraft werden, aber milder, und erwähnt werden auch Personen, deren „*mens obtusior et stupidior*“ sei. Auf demselben Boden steht die gesamte Literatur des 18. Jahrhunderts.<sup>75)</sup> Aber während *Carpzov* und auch noch *Kress* den Milderungsgrund beschränkt hatten auf natürliche und dauernde Defekte,<sup>76)</sup>

<sup>71)</sup> *Volkman-Cornelius*, Lehrb. 2 S. 458.

<sup>72)</sup> Gutachten, Verhandl. d. 27. Juristentages 1 S. 158.

<sup>73)</sup> C. C. C. art. 179 hat in der Frage der Zurechnungsfähigkeit in unbestimmter Weise auf den Rat des Rechtsverständigen verwiesen und jedenfalls eine mildere Bestrafung auf Grund milderer Zurechnungsfähigkeit nicht ausschließen wollen. Dies war von Anfang die allgemeine Ansicht, als man die Zustände der Geistesschwäche usw. näher zu untersuchen begann.

<sup>74)</sup> *Practica* III qu. 145 n. 4, 5, 53.

<sup>75)</sup> Vgl. z. B. *Kress*, Art. 179 § 3. „*Secernendi sunt qui hebetissimo iudicio pollent, ab iis qui vel semper vel aliquando per intervalla plane mente alienantur. — Stupidis remitti solet atrocius ultimum supplicium. — Hujus stupiditatis multo magis ratio habetur in meris excessibus atque delictis arbitrarie poenae subjectis.*“ *Engau*, § 57 a. E. *Hommel*, *De temperandis poenis ob imbecillitatem intellectus*, 1755. *Boehmer*, ad art. 179 § 6. *Quistorp*, I §§ 38 ff.

<sup>76)</sup> So wird insbesondere mangelhafte Erziehung, „sie wären nicht recht zur Kirchen und Schulen gehalten“, also modern ausgedrückt das „Milieu“, als Milderungsgrund verworfen. *Kress*, art. 179 (§ 3 n. 5).

erscheint er bei manchen Späteren<sup>77)</sup> als ein Spezialfall geminderter Freiheit überhaupt, und geminderte Freiheit wird angenommen, wenn Leidenschaften oder starke Motive und Anreize zum Verbrechen vorliegen, eine Lehre, die allerdings gemißbraucht werden konnte,<sup>77a)</sup> wenn angenommen wurde, der Gesetzgeber habe die auf das Verbrechen gesetzte Strafe nur für den Fall vollständiger Freiheit des Schuldigen bestimmt. Mit *Feuerbachs* psychologischer Zwangstheorie war ein solches allgemeines Milderungsrecht schwer vereinbar; schwächte es doch die Drohung des bestimmten Strafgesetzes in erheblichem Grade ab, wenn es nicht gar die Bestimmtheit der Strafdrohung vollends aufhob. Man begreift daher *Feuerbachs* Polemik, welche auf den später mehrfach wieder benutzten Satz hinauskommt, daß Grade der Freiheit, d. h. der Verantwortlichkeit im rechtlichen Sinne nicht unterschieden werden können, daß nur die Alternative bestehe, den Handelnden für nach dem Gesetze verantwortlich oder für nicht verantwortlich (für mit Freiheit oder nicht mit Freiheit handelnd) zu erklären.

Wie *Kahl* bemerkt, hat *Feuerbach* auf seine Zeitgenossen mit diesem Argumente wenig Eindruck gemacht.<sup>79)</sup> Sie verblieben in der großen Mehrzahl bei der Lehre von der Milderung der ordentlichen Strafe wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit. Ebenso war der Einfluß auf die Gesetzgebungen gering. Zwar kennt das unter dem Einfluß der Doktrin *Feuerbachs* stehende bayerische GB. von 1813 im Gegensatz zu dem *Codex juris Bavarici crim.* 1, 1 § 17 (welcher von milder zu behandelnden Personen spricht, deren Verstand nur halb verrückt ist, im Gegensatz auch zur *Theresiana* § 4, wie zum preuß. allgemeinen Landrecht II, 20 § 17) keine ver-

77) Vgl. z. B. *Engau*, a. a. O. *Koch*, § 53.

77a) Dies ist übrigens nicht der Fall in der zitierten Dissertation *Hommels*. Dagegen hat *Hommel*, *Rhaps.* Quaest. obs. 439 freilich ein sehr laxes Umgehen mit den Strafgesetzen im Sinne der Milderung für rätlich erklärt.

78) Revision I S. 150 ff., S. 263, 2 Vorrede, S. XXXIV. — Kurz zusammengefaßt ist das Argument von *Almendingen*, Darstellung der Imputation, S. 177, 178, das (verständige) Bewußtsein des Täters sei so wenig einer Gradation fähig als die Tatsache, „an dem und dem Tage schlug Bonaparte die Schlacht von Marengo“.

79) Vgl. z. B. *Kleins* Entgegnung gegen *Feuerbach* im Arch. d. Cr. 1800 S. 94 ff. *Kleinschrod* I S. 163 ff., 2 S. 170 ff. *Welcker*, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe (1813), S. 566. *Mittermaier*, Arch. d. Cr. 1821, S. 423. *Tittmann* I S. 157, 239. *Henke* I S. 310, 369. *Grolmann* S. 111. *Wächter*, Lehrb. I S. 116 Anm. 74. *Hepp*, Theorie der Zurechnung, S. 49.

minderte Zurechnungsfähigkeit an, und ebenso fehlt eine darauf bezügliche, einen eigentlichen Milderungsgrund enthaltende Bestimmung in den österreichischen Gesetzbüchern von 1803 und 1852, und nach dem hannoverschen GB. Art. 94, 1 war die verminderte Zurechnungsfähigkeit nur ein Strafmilderungsgrund innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens. Aber tatsächlich konnte nach den offiziellen Anmerkungen<sup>80)</sup> des bayerischen GB. verminderte Zurechnungsfähigkeit als sog. Mangel am Tatbestande (Art. 106) Strafmilderung begründen, und die Gesetzbücher<sup>80a)</sup> für Württemberg Art. 98, Braunschweig § 60, Hessen Art. 104, Baden § 153 Nr. 2, Nassau Art. 88, Sachsen 1855, Art. 88 (ebenso StGB. von 1868), auch Bayern (1861) Art. 68, endlich auch das hamburgische GB. von 1869 Art. 59 haben in verschiedenen Fassungen<sup>81)</sup>, zum Teil freilich unter Beschränkungen,<sup>82)</sup> den Milderungsgrund der verminderten Zurechnungsfähigkeit anerkannt. Eine Ausnahme machen nur das preußische StGB. und diejenigen Gesetzbücher, welche dieses letztere GB. im wesentlichen nur reproduzieren, wie die Gesetzbücher für Oldenburg (von 1858), Waldeck (und Pyrmont) und Lübeck. In den preußischen Entwurf von 1827 war die verminderte Zurechnungsfähigkeit als Milderungsgrund ebenfalls aufgenommen, und sie erschien wieder, nachdem sie in verschiedenen Zwischenentwürfen verschwunden war, in dem Entwurfe von 1845, um in der entscheidenden Sitzung des Staatsrats (26. Nov. 1845) wieder verworfen zu werden.<sup>83)</sup> Abgesehen von den im Staatsrat geltend gemachten Gründen, daß man mit Anerkennung einer verminderten Zurechnungsfähigkeit in das Gebiet der Begnadigungsgewalt eingreife und den Richter von der schweren Pflicht der Entscheidung über Zurechnungsfähigkeit und Unzu-

<sup>80)</sup> Vgl. S. 245 ff., S. 300 daselbst und dazu *Mittermaier*, Arch. d. Cr. 1819, S. 415.

<sup>80a)</sup> Über die Behandlung der verminderten Zurechnungsfähigkeit im 19. Jahrhundert vgl. *Hübbe*, Die strafrechtliche Behandlung der verminderten Zurechnungsfähigkeit (Göttinger Diss.), 1902 (auch in *Belings* Sammlung erschienen).

<sup>81)</sup> Vgl. *Kahl*, Gutachten S. 145 ff.

<sup>82)</sup> Württemberg, Art. 98, wollte nur Berücksichtigung eines hohen Grades von Blödsinn oder Verstandesschwäche. Siehe aber ausgedehnte Fassung im braunschweigischen GB. 60 und in den der späteren Zeit angehörenden Gesetzen, im badischen 153, thüringischen 59, sächsischen 88 (im Gegensatz zum CGB. 1838 Art. 64), bayerischen von 1861 Art. 64.

<sup>83)</sup> Vgl. die genauere, hier *Goldammer* 1 S. 399 und *Beselers* Kommentar zu § 40 berichtigende Darstellung *Kahls*, Gutachten S. 151, 152.

rechnungsfähigkeit „dispensiere“, war vielleicht von Einfluß, daß *Berner* (Imputationslehre S. 36ff.) inzwischen das *Feuerbachs*che dialektische Argument in anderer Form wiederholend energisch gegen die verminderte Zurechnungsfähigkeit Partei ergriffen hatte: es gebe verschiedene Stufen des widerrechtlichen Willens,<sup>83a)</sup> aber nur eine Zurechnungsfähigkeit, und lasse man sich darauf ein, dem Begriffe der Zurechnungsfähigkeit eine unendliche Abstufbarkeit beizulegen, so stürze die ganze Imputationslehre.

Die Ablehnung der geminderten Zurechnungsfähigkeit durch das preuß. StGB. und *Berner* fand indes in der gemeinrechtlichen Theorie ebensowenig Zustimmung, wie dies früher das Geschick der Einwendungen *Feuerbachs* gewesen war. *Stahl*, Rechtsphilosophie (3. Aufl. II, 1, S. 139, 140), *Luden*, (1, S. 279), *Arnold* (Arch. d. Cr. 1853, S. 238ff.), *Heffter* (§ 105), *Bekker* (1 S. 346ff.), *Köstlin* (1 S. 612<sup>84)</sup>, *Geib* (2 S. 105) erkennen eine geminderte Zurechnungsfähigkeit an. Ganz besonders aber trat *Mittermaier*<sup>85)</sup> wiederholt und energisch für dieselbe ein.<sup>85a)</sup>

§ 16. Der erste Entwurf eines StGB. für Norddeutschland nahm darauf in Übereinstimmung mit dem Gutachten der preussischen wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen (in § 47) die verminderte Zurechnungsfähigkeit als Milderungsgrund wieder auf, freilich mit sehr dürftiger Begründung und in wenig glücklicher Fassung, so daß den Gegnern, unter denen *Berner*,<sup>86)</sup> *Hälschner* und *John* sowie der Mediziner *Fessen* be-

<sup>83a)</sup> Dieser Ausdruck ist schief. Es handelt sich nicht sowohl um den Willen (Willensakt), als vielmehr um die Beschaffenheit des Individuums, von dem der Willensakt ausgeht. Allerdings bezeichnen ältere Schriftsteller öfter Verbrechen, begangen von Personen mit geminderter Zurechnungsfähigkeit, als Verbrechen begangen mit einem minderen Grade des Dolus.

<sup>84)</sup> Die Ablehnung der geminderten Zurechnungsfähigkeit daselbst, S. 154, 155, richtet sich nur gegen den Ausdruck und sodann gegen die Behandlung der geminderten Zurechnungsfähigkeit als eines bloßen Milderungsgrundes.

<sup>85)</sup> Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, Beitr. 1 (1843) S. 270 und GS. 1859, 732—774. Der letztere, eingehende Aufsatz leidet aber an Widersprüchen und Unklarheiten und hat deshalb wohl weniger gewirkt.

<sup>85a)</sup> Vom psychiatrischen Standpunkte vgl. z. B. für die Anerkennung einer verminderten Zurechnungsfähigkeit *Ideler*, G. Arch. 5 S. 289ff.

<sup>86)</sup> Kritik des Entwurfes eines StGB. für den Norddeutschen Bund, 1869 S. 25. In demselben Sinne auch *Hälschner*, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfes eines StGB. für den Norddeutschen Bund, 1870 S. 60. *John*, Das Strafrecht in Norddeutschland, Beurteilung des Entwurfes v. StGB. f. d. Nordd. Bund, 1870 S. 21, 22. — *John*, Entwurf S. 272: „Eine Gesetzesformel, welche sich

sonders hervorzuheben sind, der Angriff wesentlich erleichtert wurde.

Wenn ein Gesetz sich nicht genauer darüber ausdrückt, was unter verminderter Willensfreiheit verstanden werden soll, und namentlich, wenn, wie es der Fall war, der Milderungsgrund der verminderten Zurechnungsfähigkeit nicht ausdrücklich beschränkt wird auf krankhafte Zustände oder gestörte (abnorme) Entwicklung des Individuums, so entsteht allerdings, wie *Berner* emphatisch bemerkte, die Gefahr, für Zustände leidenschaftlicher Erregung, ja selbst für verbrecherische Gewohnheiten usw. die mildere Behandlung verminderter Zurechnungsfähigkeit in Anspruch zu nehmen. Daneben wurde auf die Gefahr hingewiesen, daß in zweifelhaften Fällen der Milderungsgrund der verminderten Zurechnungsfähigkeit tatsächlich wieder zur Verhängung einer außerordentlichen Strafe, also zu ungerechter Verurteilung wirklich geisteskranker Individuen führen werde.<sup>87)</sup>

Die Verteidigung der Bestimmung des ersten Entwurfs war matt und lieferte nichts Neues,<sup>88)</sup> und schon der zweite Entwurf strich die verminderte Zurechnungsfähigkeit, und *Schwarze* vertrat in der Sitzung des Reichstags vom 8. März die Beseitigung erfolgreich mit dem Argumente, daß bei der im weiteren Umfange erfolgten Zulassung der Feststellung mildernder Umstände die Milderung wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit sich erübrige. Dies war unzutreffend; denn bekanntermaßen läßt das StGB. bei einer sehr erheblichen Anzahl von Delikten, die mit einem keineswegs unbedeutenden Strafminimum bedroht sind, solche Feststellung nicht zu.

Die Autorität des Gesetzes hat indes nicht verhindert, daß die Mehrzahl der Theoretiker sich fortdauernd *de lege ferenda*

---

damit begnügte, lediglich die verminderte Zurechnungsfähigkeit feststellen zu lassen, ohne gleichzeitig zu verlangen, daß der Grund, welcher in dem speziellen Falle die Verminderung der Zurechnungsfähigkeit bewirkt, auch festgestellt werde, ein solches Gesetz öffnet jeder Willkür Tür und Tor.<sup>4</sup>

<sup>87)</sup> Vgl. die in Anm. 83 zitierten Kritiken und *Jessen* (Dr. med.), Über Zurechnungsfähigkeit S. 13 ff.

<sup>88)</sup> *H. Meyer*, Das norddeutsche Strafrecht, eine Beurteilung des Entwurfs 1869, S. 30, 31, erklärte die Anerkennung der verm. Zurechnungsfähigkeit für notwendig nur bei den absolut bestimmten Strafsätzen, namentlich für die Fälle der Todesstrafe. — Nur kurz erklärte sich *Merkel* gelegentlich für die verm. Zurechnungsfähigkeit in einem Gutachten für den d. Juristentag, Verhandlungen d. 9. d. Juristent. I S. 56, ausführlicher *Rönne*, Die kriminalistische Zurechnungsfähigkeit, Kritik d. §§ 46—52 des Entw., S. 32 ff.

für die Annahme einer verminderten Zurechnungsfähigkeit ausgesprochen und in ihrer Beseitigung einen bedauerlichen Fehler des Gesetzes erblickt hat.<sup>89)</sup> Auch *Buri* war wohl dieser Ansicht,<sup>90)</sup> und merkwürdigerweise charakterisierte *Schwarse*<sup>91)</sup> alsbald das für die Zulassung der verminderten Zurechnungsfähigkeit abgegebene (oben zitierte) Gutachten der medizinischen Deputation als vortrefflich und gelangte zu dem Ausspruch, daß zwar einige Mediziner und Juristen den ersten Entwurf bekämpft hätten, jedoch zumeist solche, welche die Wirksamkeit einer solchen Bestimmung in der Praxis nicht kennen: die Praktiker Hessens, Sachsens und Bayerns würden für sie Zeugnis ablegen.<sup>92)</sup>

§ 17. Auswärtige Gesetzgebungen anlangend, so war in Italien die Milderung der Strafe wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit ein so festgewurzelter Grundsatz, daß trotz des im übrigen starken Einflusses des französischen Gesetzbuches die Gesetzbücher der einzelnen Staaten ihn beibehielten.<sup>92a)</sup> Er erscheint daher auch in Art. 47 des italienischen Gesetzbuches. Ebenso erkennt das spanische StGB. Art. 8 Nr. 1 und Art. 9 die verminderte Zurechnungsfähigkeit (genauer die nicht vollständige Zurechnungsfähigkeit) als Strafmilderungsgrund an; ebenso das norwegische StGB. von 1902 Art. 56 und der

<sup>89)</sup> *Ad. Merkel* in *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 563 ff.; *Geyer* das. 4 S. 101 und in *Holtendorffs* Rechtslex. 3 S. 1452; *Wächter*, Vorles. S. 272 ff.; *Bar*, *Grünhuts* Zeitschr. 2 S. 45 ff.; *H. Meyer*, 5. Aufl. § 22 Nr. 5; § 59 zu Anm. 38. Der Sache nach ist auch *Hälschner* 1 S. 225 als Anhänger der verminderten Zurechnungsfähigkeit zu betrachten, da er die Annahme derselben als unrichtige Formulierung des Richtigen bezeichnet; vgl. *Lammasch*, Grundr. S. 21: „Mit dem unrichtigen Terminus verminderter Zurechnungsfähigkeit“ bezeichnet man die verminderte Verantwortlichkeit Zurechnungsfähiger, aber in ihren intellektuellen Funktionen oder in ihrer Selbstbeherrschung beschränkter Personen.“

<sup>90)</sup> GS. 23 S. 177.

<sup>91)</sup> Zu § 51 Anm. 1 Aufl. 1; S. 150 der 5. Aufl.

<sup>92)</sup> Vielleicht wird man nicht fehl gehen in der Annahme, daß das erwähnte gegenteilige Auftreten *Schwarzes* im Reichstage auf dem Bestreben beruht, den Entwurf und damit das Strafgesetzbuch nicht scheitern zu lassen, da die Bundeskommission unter dem Druck Bismarcks stand, der ja auch ohne Todesstrafe das Gesetz nicht wollte und wohl überhaupt für größere Strenge eintrat. Gerade der häufigeren Anwendung der Todesstrafe konnte die Zulassung der Annahme einer verminderten Zurechnungsfähigkeit gefährlich werden. Es ist kaum glaublich, daß die große Anzahl von Bundesregierungen, in deren Gesetzen die verminderte Zurechnungsfähigkeit Platz gefunden hatte, diese ohne einen starken, von anderer Seite ausgeführten Druck hätte fallen lassen. — Gegen die verminderte Zurechnungsfähigkeit: *Schäper* in *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 158; *Schütze* S. 92; *Berner* § 42. *Beling*, Grundzüge § 40, bestreitet wohl nur den Ausdruck, nicht die Sache.

<sup>92a)</sup> Vgl. die Nachweisungen in *Mittermaiers* Aufsatz GS. 1859 S. 39.

schweizerische Vorentwurf von 1903 Art. 16 Abs. 2, und Gesetzbücher, welche dem Richter ein allgemeines Milderungsrecht einräumen, oder die Strafrahen für sämtliche Verbrechen äußerst weit auch nach dem Minimum hin erstrecken, bedürfen einer besonderen Bestimmung nicht,<sup>93)</sup> wenn eben die Bedeutung der verminderten Zurechnungsfähigkeit nur in einer Milderung der sonst gesetzlichen Strafe bestehen soll.<sup>94)</sup>

Seit etwa zwei Dezennien hat die Frage aber eine andere Gestalt angenommen. *Wharton* hatte in seinem Werke über *Medical jurisprudence* (§§ 262 ff. und 753 ff.) auf die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit hingewiesen, wenn ein Geisteskranker auf Grund seiner Geisteskrankheit wegen eines schweren Verbrechens freigesprochen und nachher nicht durch Verbringung in eine Irrenanstalt unschädlich gemacht werden würde.<sup>95)</sup> Andererseits wenn das Gesetz bestehe, daß ein wegen Geisteskrankheit Freigesprochener auf unbestimmte Zeit, oder bis er geheilt oder ungefährlich geworden sei, in eine öffentliche Irrenanstalt gesperrt werde, so könne ein solcher Geisteskranker auch wegen einer an sich nicht mit schwerer Strafe bedrohten Tat auf Lebenszeit seiner Freiheit beraubt werden, während er, für geistig normal erklärt, mit einer geringen Freiheitsstrafe, vielleicht mit Geldstrafe, abkomme. *Wharton* schlug daher vor, alle Personen, die im Zustande wirklicher oder zweifelhafter Geisteskrankheit (auch verminderter Zurechnungsfähigkeit, wie sich aus *Whartons* Ausführungen ergibt) Verbrechen begehen, je nach Art und Schwere ihrer Tat einer erziehenden Haft von Staats wegen zu unterwerfen. Zur

<sup>93)</sup> Daher hat insoweit die Frage auch weniger Bedeutung für das französische Recht nach dem Gesetz von 1832, noch weniger für das niederländische StGB., welches überall äußerst geringe Strafminima (durch die Strafart) setzt und nur die Maxima bei den einzelnen Delikten besonders begrenzt.

<sup>94)</sup> Das russische StGB. von 1903 hat den Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit nicht aufgenommen (vgl. *Gretener* GS. 67 S. 40). Sie kann allerdings nach Maßgabe des allgemeinen richterlichen Milderungsrechts (Art. 53) berücksichtigt werden; ob genügend, kann fraglich sein.

<sup>95)</sup> Dies kann, wie *Wharton* § 263 ausführt, leicht in folgender Weise sich ereignen: Im Strafverfahren wird im Zweifel nach dem Grundsatz „*in dubio pro reo*“ der von der Strafe befreiende geistige Defekt als vorhanden angenommen; in einem nachfolgenden Verfahren, in welchem die Verbringung in eine Irrenanstalt zur Frage steht, dreht sich die Beweislast um: der wegen Geisteskrankheit Freigesprochene wird dann oft für nicht geisteskrank erklärt werden und frei umhergehend eine beständige Gefahr für die Gesellschaft sein können.



weiteren Begründung machte *Wharton* geltend, daß bei vielen Geisteskranken doch ein gewisses Schuldbewußtsein vorhanden sei, daß sehr oft Geisteskrankheit auf Schuld des Erkrankten selbst zurückgeführt werden könne, und daß bei vorhandener Aussicht, wegen Geisteskrankheit freigesprochen zu werden und daher vieles sich erlauben zu dürfen, das Verbrechen von Irren (*Insane crime*) epidemisch werden könne. Diese letzte Bemerkung ist nicht unrichtig, wie zuweilen die Verbreitung religiösen, bis zur Zurechnungsunfähigkeit gesteigerten Fanatismus oder religiöser Exstase gezeigt hat; das Beispiel wirkt auf schwach veranlagte Individuen kontagiös; dagegen kann bei vielen geistig Minderwertigen die Vorstellung der Strafe noch einwirken, sogar erziehend einwirken; und ganz besonders wichtig ist der Vorschlag, nicht sowohl eine mildere (abgekürzte), als vielmehr eine von der gewöhnlichen Strafe abweichende, mehr erziehende Strafe einzuführen.

In meiner 1875 veröffentlichten, aber bis zu der eingehenden Arbeit *Kahls* kaum beachteten Rezension des *Whartonschen* Werkes (S. 45 ff., bes. S. 51 ff.) habe ich<sup>96)</sup> dies hervorgehoben,<sup>97)</sup> indes die Vorschläge *Whartons* zu modifizieren empfohlen. Die Verurteilung wirklich Geisteskranker und die Beseitigung des Grundsatzes „*In dubio pro reo*“, sofern es sich um Geisteskrankheit handelt, erschien und erscheint mir nicht zulässig. Wirklich geisteskrank (d. h. dem früher Dargelegten zufolge in sehr erheblichem Grade geisteskrank) oder sehr erheblich geistig defekte Individuen sind schuldlos; ihre Verurteilung zu irgend einer als Strafe bezeichneten Maßregel würde sogar das öffentliche Rechtsbewußtsein verletzen. Sie können aber Gegenstand der öffentlichen Sicherheitspolizei sein, wovon noch unten zu reden ist. Dagegen ist der Vorschlag einer anders gearteten, so viel als möglich heilenden und erziehenden milderen, aber nicht notwendig abgekürzten Strafe für Personen mit verminderter Zurechnungsfähigkeit richtig. Die gewöhn-

<sup>96)</sup> In unklarer und unbestimmter Weise hatte übrigens schon *Köstlin* 1 S. 155 auf einen derartigen Ausweg aufmerksam gemacht: „Richtiger erscheint es, alle solche Übergangszustände der korrekativen Strafgerichtsbarkeit zu überweisen, wozu es freilich noch gar sehr an den richtigen Anstalten gebricht.“

<sup>97)</sup> Wie ich jetzt sehe, hat in Frankreich der Psychiater *Legrand du Saullé*, *Traité de médecine légale et de jurisprudence médicale* 1874 dieselbe Ansicht geäußert.

liche, auf geistig gesunde Personen berechnete Strafe wird in sehr vielen derartigen Fällen den Zustand minderwertiger Personen nur verschlimmern, vielleicht sie völlig geisteskrank und damit erst besonders gefährlich machen, und wenn die staatliche Strafe auch in ihrer Hauptwirkung nicht auf das straffällige Individuum, vielmehr auf die gesamte Bevölkerung durch Einschärfung ethischer und unverbrüchlicher Grundsätze (Normen) gerichtet ist, so muß doch ein schädlicher Einfluß auf das Individuum möglichst vermieden, vielmehr ein heilsamer Einfluß erstrebt werden. Die Abkürzung der Strafe, welche freilich dem geringeren Schuldmaße entspricht, hindert dabei oft den bessernden und vielleicht auch körperlich heilsamen Einfluß der Strafe. Die gewöhnliche Milderung der Strafe durch Abkürzung der Strafe ist also in vielen Fällen eine völlig verkehrte Maßregel;<sup>97a)</sup> indes sage ich absichtlich in vielen Fällen, denn, wie ich auszuführen gedenke, es sind hier Unterscheidungen zu machen. Ich habe aber zugleich besonders nachdrücklich hervorgehoben, daß solche besondere Strafe nur bei dauernden (nicht vorübergehenden) Zuständen des Individuums angemessen sei; bei Zuständen schnell vorübergehender verminderter Zurechnungsfähigkeit sei nur einfache Strafmilderung angezeigt,<sup>98)</sup> und daß es durchaus gefordert werden müsse, für die Annahme jener geminderten Zurechnungsfähigkeit im Urteile (auch im Wahlspruch der Geschworenen) stets besondere Gründe<sup>99)</sup> anzugeben. Die Ausdehnung auf Fälle rasch vorübergehender Minderung der Zurechnungsfähigkeit durch nichtpathologische Affekte, könnte die Strafe zu einer begehrten Annehmlichkeit, die Anwendung ohne besondere Begründung nach einem völlig vagen Ermessen aber leicht

97a) Die Teilnehmer der Hamburger Versammlung der internationalen kriminalistischen Vereinigung waren anscheinend sämtlich dieser Meinung. Nach dem dänischen StGB. § 39 wird die Strafe bei verminderter Zurechnungsfähigkeit einfach gemildert (herabgesetzt), und dies ist der Grund, weshalb man in Dänemark die Anerkennung einer verminderten Zurechnungsfähigkeit beseitigen möchte. Vgl. die Bemerkungen *Torps* in den Verhandlungen der intern. krim. Vereinigung, Mitteilungen 13 S. 491.

98) Diese ist vielfach schon durch besondere Strafsätze für die Affekthandlung gegeben — ob in genügendem Grade kann hier nicht untersucht werden, da es sich insoweit um die einzelnen Deliktsarten handelt.

99) Z. B. Epilepsie, erlittene Verwundung (insbesondere Kopfverletzung), welche ihrer Natur nach erfahrungsgemäß oft die geistigen Fähigkeiten beeinträchtigt, Morphinismus, Alkoholismus, Hysterie.

dahin führen, verminderte Zurechnungsfähigkeit in einer übermäßigen Anzahl von Fällen anzunehmen, und so die Wirkung der Strafjustiz durch überhandnehmende Milde aufheben.<sup>100)</sup>

Der Gedanke einer besonderen Strafbehandlung der Personen mit verminderter Zurechnungsfähigkeit ist später in mehrfachen Variationen<sup>101)</sup> immer häufiger aufgetaucht und sowohl von Medizinern wie von Juristen vertreten worden; man darf insbesondere nach den eingehenden Verhandlungen des 27. deutschen Juristentages ihn bald als von der Mehrzahl der deutschen Juristen und Psychiater<sup>102)</sup> angenommen bezeichnen.<sup>103)</sup>

Die Richtigkeit dieses Gedankens tritt aber ganz besonders hervor, wenn man die praktischen Konsequenzen des gegenwärtigen Systems ins Auge faßt. Gegenwärtig kann der Richter, wenn er einen Minderwertigen verurteilt, z. B. einen Menschen von besonders geringer Intelligenz, der zugleich in der Erziehung vernachlässigt ist (einen sog. Simpel), ohne ungerecht zu sein, schwerlich anders verfahren,

<sup>100)</sup> Übereinstimmend in dieser Beziehung die Ausführungen *Kahls*, Gutachten S. 212 und S. 246 unter II. seine Beschlüsse der dritten Abteilung d. 27. d. Juristentags, Verhandlungen 4 S. 652, 653.

<sup>101)</sup> Vgl. *Forel*, Zeitschr. f. schweiz. Strafrecht 4 S. 321; *Gretener* S. 183.

<sup>102)</sup> Vgl. *Aschaffenburg* (in *Hoches* Hdb. S. 34 ff. und „Das Verbrechen und seine Bekämpfung“ S. 270); *Leppmann*, Gutachten, Verhandl. d. 27. d. Juristentags 3 S. 136. — Gegen die Einführung des Begriffs der Minderwertigkeit in das Strafrecht, welche „die blanke Willkür“ und „die Ausscheidung aller eigentlichen Verbrechernaturen aus der normalen Bestrafung zur Folge haben würde“ freilich (der österreichische Oberstaatsanwalt) *Hoegel*, Monatsschr. f. Kriminalpsychologie 1 S. 333 ff., ebenso Dr. med. *Longard*, das. 3 S. 87 ff.; sowie *Hübbe*, S. 32 ff. (der übrigens auch mildere Strafe für gerecht erklärt), meint, daß für Minderwertige in den allgemeinen Strafanstalten genügend gesorgt werden könne, und weiter gehende Milde hält er bei ihnen nicht für angebracht. Andererseits scheint er anzunehmen, daß viele der sog. Minderwertigen wirklich geisteskrank sind, und gegen gemeingefährliche Geisteskrankheit wie gegen Minderwertige soll der Schutz der Gesellschaft durch Fürsorge für diese Personen erreicht werden, ohne daß dazu ein Einschreiten der Strafjustiz erforderlich wäre. Daß aber das Personal und die Einrichtungen der auf gesunde Personen berechneten Strafanstalten nicht der zweckentsprechenden Behandlung der großen Mehrzahl der Minderwertigen dienen können, wird fast durchgängig von den meisten Sachkundigen behauptet und kann auch kaum anders sich verhalten. Und worin soll die — selbstverständlich zwangsweise eintretende — Fürsorge bestehen? Soll man ihr Personen unterwerfen auf die bloße Vermutung hin, daß sie Gewalttätigkeiten, Diebstähle usw. begehen oder wieder begehen könnten? Gegen Annahme einer normalen Zurechnungsfähigkeit auch neuestens *Birkmeyer* (Was läßt v. Lissé vom Strafrecht übrig? 1906 S. 52). Vgl. auch die von *Meyer von Schauensee* (Zur Frage der geistig Minderwertigen, Luzern 1905) gegen *Kahls* Vorschläge erhobenen Einwendungen.

<sup>103)</sup> Die Beschlüsse kamen unter Mitwirkung von *Cramer*, *Kräpelin* und *Leppmann* zustande.

als daß er, die für andere angemessene Strafe mildernd, eine kürzere und desto unwirksamere Strafe verhängt.

§ 18. Über die Ausführung ist man sich freilich noch nicht einig. Soll man die Minderwertigen zunächst der gewöhnlichen Strafe und sodann erst einer zugleich erziehenden und heilenden Behandlung in einer staatlichen Anstalt unterwerfen — etwa auf unbestimmte Zeit, bis sie als geheilt oder als unschädlich erachtet sind? Oder soll man sogleich mit letzterer Behandlung beginnen?

Gegen den ersteren von *Kahl* empfohlenen und vom deutschen Juristentage angenommenen Vorschlag<sup>104)</sup> spricht, daß die gewöhnliche Strafhaft auf minderwertige, geistig und oft auch körperlich geschwächte Personen, mit denen man es gerade hier oft zu tun hat, häufig einen besonders schädlichen Einfluß zu üben geeignet ist,<sup>104a)</sup> ein Umstand, der es vielleicht erklärt, daß nachträgliche Untersuchung der in den Strafanstalten detinierten Personen diese so häufig als geisteskrank erscheinen läßt.<sup>105)</sup> Dazu kommt die dem Bestraften selbst zum Bewußtsein gelangende und ihn verbitternde, seine Behandlung erschwerende Ungerechtigkeit, welche in der zusätzlichen Festhaltung in einer Anstalt liegt, während Gesunde nur kurze Strafhaft erleiden oder gar nur Geldstrafe zahlen und damit frei sind.<sup>106)</sup>

Läßt man dagegen, wie z. B. von *Bleuler* und, wie mir scheint, von einer großen Anzahl von Irrenärzten für richtig gehalten wird, aber auch auf der 10. internationalen Versammlung der internationalen kriminalistischen Vereinigung 1905 zu Hamburg von Juristen (namentlich *van Hamel*, *Torp* und *Gerland*) mit Energie vertreten wurde,<sup>106a)</sup> den gewöhnlichen Strafvollzug

<sup>104)</sup> Ebenso jetzt Art. 16 Abs. 2 des schweizerischen Vorentwurfs, während nach dem Entwurf von 1893 Art. 9, wie ihn *Stoos* ursprünglich abgefaßt hatte, ausnahmsweise wenigstens jede Bestrafung (nach richterlichem Ermessen) ausgeschlossen werden konnte. Vgl. *Hafter*, Monatsschr. f. Kriminalpsychol. 1 S. 77 ff.

<sup>104a)</sup> In diesem Sinne *Bleuler*, Monatsschr. f. Kriminalpsychologie 1 S. 93 ff.

<sup>105)</sup> Vgl. *Aschaffenburg*, D. Verbrechen S. 161 ff. Es kann m. E. hier aber nicht, wie *Aschaffenburg* anzunehmen scheint, durchgängig von fehlurteilenden Gerichten gesprochen werden. In vielen Fällen ist die Gefängnis- und Zucht-hausbehandlung die Ursache, welche die Anlage zur Geisteskrankheit zur Entfaltung bringt; man denke an die Einsamkeit und Einförmigkeit des Lebens, den Mangel an frischer Luft und direktem Sonnenlichte, die Gefängniskost usw. Vgl. *Leppmann*, a. a. O. S. 146.

<sup>106)</sup> *Bleuler* a. a. O.

<sup>106a)</sup> Mitteilungen 13 S. 470 ff.

vollständig wegfallen, so wird für viele als minderwertig Verurteilte die Strafanstalt zur Heilanstalt, vielleicht zu einer angenehmen Versorgungsanstalt werden. Damit wäre dann zugleich für viele geistig minderwertige Personen ein erheblicher Anreiz gegeben, verbrecherischen Neigungen und Stimmungen oder einem Lebenswandel nachzugeben, der sie tatsächlich vor irgend empfindlicher Strafe schützt, indem er sie immer tiefer in die geistige Verkommenheit und Krankheit hineinführt. Es handelt sich also nicht nur darum, eine einstweilen noch vorhandene „Brüskierung“ des gegenwärtigen Volksbewußtseins zu vermeiden, sondern auch um die Sicherung der Gesellschaft selbst.<sup>106b)</sup> Man könnte eine vielleicht erhebliche Anzahl wieder zu einigermaßen brauchbaren oder doch ungefährlichen Mitgliedern der menschlichen Gesellschaft erziehen, um einen immer stärkeren Nachwuchs von Verbrechern mit geminderter Zurechnungsfähigkeit zu erzielen, und es ist keineswegs ein bloßes Vorurteil, ein zu bekämpfendes Rachegefühl, wenn das Publikum gegen völlige Straffreiheit und gegen Behandlung als mitleidswürdiger Kranker von Personen protestiert, die nicht vollständig zurechnungsunfähig sind: besteht doch bei solchen Personen meist ein gewisses Schuldgefühl, und haben sie nicht selten durch Mangel an Selbstzucht (z. B. durch Trunk und andere Leidenschaften) ihre Minderwertigkeit herbeigeführt oder es selbst verursacht, daß sie, der Versuchung erliegend, sagen: *«C'est plus fort que moi»*.<sup>107)</sup>

§ 19. Der Ausweg kann meiner Ansicht nach nur in folgender Unterscheidung gefunden werden. Für Personen in besserer Lebenslage wird häufig die auf Grund eines Strafurteils erfolgende zwangsweise Einlieferung in eine als Strafanstalt bezeichnete Anstalt schon als erhebliche Strafe sich darstellen, mag auch die tatsächliche Behandlung sich nur wenig von der eines nicht gerade sehr komfortablen Irrenhauses unterscheiden. Solche geistig minderwertige Personen durch

<sup>106b)</sup> Wie von *Liepmann* und *Frank* in der Diskussion der Hamburger Versammlung der intern. krim. Ver. (Mitteilungen 13 S. 521 ff., 528 ff.) richtig hervorgehoben wurde.

<sup>107)</sup> Diese Verteidigung kann richtig sein (vgl. die Bemerkungen des Rechtsanwalts *Oppenheimer-Hamburg* in den Verhandl. der int. krim. Verein. 13 S. 539). Aber das läßt sich nicht feststellen, wenn nicht wirkliche Geisteskrankheit oder krankhafter Mangel der Entwicklung vorliegt, und wie schon oben bemerkt, menschliche Justiz ist nicht unfehlbare Gerechtigkeit.

die Behandlung in einer Gefängnisanstalt für gesunde Individuen dem geistigen Ruin auszusetzen, ist eine durch nichts gerechtfertigte Härte. Es ist also nur Gerechtigkeit, sie mit der letzteren Behandlung zu verschonen. Man könnte aber auch von bedingter Verurteilung<sup>107a)</sup> Gebrauch machen, wie denn *Cramer*<sup>108)</sup> in manchen Fällen der Begehung von Straftaten durch Minderwertige diese Maßregel für ausreichend und nützlich erachtet, insofern sie geeignet erscheint, von der Wiederholung einer strafbaren Handlung abzuhalten. Andererseits dürfte es auch geistig Minderwertige geben, bei denen eine ebenso strenge Behandlung, wie sie sonst in Strafanstalten stattfindet, heilsam wirken wird, z. B. wenn ein wollüstiges Grausamkeitsverbrechen begangen ist.<sup>109)</sup> Hier wäre Verschonung mit der gewöhnlichen Strafhafte übel angebracht. Geistig Minderwertige dagegen, welche, aus schlechterer Lebenslage kommend, die mildere Behandlung gar nicht als Strafe, auch die Verurteilung selbst als Strafe nicht empfinden würden,<sup>110)</sup> müßten sogar auf die Gefahr hin, daß die Strafe sie geistig schädigen würde, der gewöhnlichen Strafbehandlung aus dem hervorgehobenen Grunde unterworfen werden. Auch in anderen Fällen wird die staatliche Strafe dem Verurteilten schweren und dauernden Schaden zufügen, ohne ihn zu bessern. Das ist eine traurige Notwendigkeit. Es handelt sich nur darum, sie möglichst zu beschränken, und schließlich bleibt die Wirkung der Strafe auf die Gesamtheit die Hauptsache. Daran werden

<sup>107a)</sup> Die als dauernde und allgemeine Einrichtung m. E. nicht zu billigende bedingte Begnadigung würde sich hier, der damit verbundenen Weitläufigkeiten wegen und da sie auf Zerreißung einer in solchen Fällen notwendig einheitlichen Maßregel hinausläuft, oft übrigens als völlig unbrauchbar erweisen.

<sup>108)</sup> Berliner klin. Wochenschr. 1901 Nr. 47 u. 48. Monatsschr. f. Kriminalpsychologie I S. 346ff. Manche geistig Minderwertige bereuen nachher auf das bitterste, daß sie sich zu einem strafbaren Exzeß hinreißen ließen.

<sup>109)</sup> So m. E. in dem viel besprochenen Falle Dippold, wenn man, was übrigens nach Maßgabe unserer Gesetzgebung ausgeschlossen war, verminderte Zurechnungsfähigkeit angenommen hätte. Der bei Dippold zutage getretene scheußliche, schließlich zu langsamer Vernichtung eines jungen Menschenlebens führende Sadismus wird wohl nicht mit guter Kost und liebevoller Behandlung geheilt werden können. Der Streit, ob 8, 10 oder 15 Jahre Zuchthaus angemessen war, ist nicht zu entscheiden (vgl. gegen *v. Rohland*, dem die Strafe bei weitem zu milde erschien, D. Juristenzeitung 1903 S. 486; *Stooss*, das. S. 517). Ebenso wenig läßt sich aber der Fall gegen die Auffassung der Strafe als einer öffentlichen Mißbilligung der Tat und für die Idee der Schutzmaßregel verwerten, wie von *v. Lissl*, (Juristenzeitung 1903 S. 540) geschehen ist.

<sup>110)</sup> Vgl. die von *Finger* gegen die Vorschläge *Kahls* erhobenen Einwendungen in den Verhandlungen des 27. d. Juristentags 4 S. 454.

Psychiatrie und modernste Strafrechtstheorien nichts ändern; es wird nie die Strafhafte eine der großen Mehrzahl der Straffälligen begehrenswerte Verpflegungsanstalt sein dürfen.

Das Ergebnis ist also, daß zwischen allen genannten Maßregeln der Richter nach Maßgabe der Individualität der Tat wie der Person die Wahl haben muß, und es ist dabei selbstverständlich, daß, eben wegen dieser dem Richter zuzugestehenden Wahlfreiheit, von einer Einwirkung des Zivil-(Vormundschafts-)Richters erst dann die Rede sein kann, wenn nach der besonderen Strafverbüßung der Minderwertige noch gemeingefährlich erscheint.

§ 20. Nicht erörtert soll hier werden die Frage, ob die Strafe in besonderen selbständigen Anstalten oder in besonderen Abteilungen (Annexen) der allgemeinen Strafanstalten zu verbüßen sei.<sup>110a)</sup> Es ist dies lediglich eine Frage des Strafvollzuges, und ihre Beantwortung hängt von tatsächlichen Einrichtungen, von der Behörde, Organisation und der Beschaffenheit des Gefängnispersonals ab. Nur mag bemerkt werden, daß die Anstalten oder Annexe nicht ausschließlich nach Heilzwecken eingerichtet und gehalten werden dürften, und daß zwar der Arzt der ständig zu konsultierende Beirat des Direktors sein muß, nicht aber dessen Stelle selbst einnehmen darf. Sonst müßten wir angenehme und oft kostenlose Verpflegung und Behandlung, nur mit dem Namen einer Strafe, wirklich, wenn auch in minderm Grade, straffälligen Personen ange-deihen lassen.<sup>110b)</sup> Die Individualität des Verurteilten und seine Lebensstellung, sowie der Umstand, ob er die Kosten zahlen kann, müssen hier beachtet werden.

Prinzipiell wichtiger scheint mir dagegen die Frage, ob geistig Minderwertige, welche eine Straftat begangen haben und gemeingefährlich sind, auf Grund der Verurteilung so lange in der

<sup>110a)</sup> Vgl. darüber den Artikel „Irrenwesen“ von *Loehr* in *Conrads und Lexis*, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. Aufl., Bd. 4, S. 1385. *Türkel*, Die kriminellen Geisteskranken, Wien 1905, S. 41 ff., 47, 57. — Der Annex einer Strafanstalt läßt äußerlich deutlicher den Charakter der Strafe hervortreten.

<sup>110b)</sup> Unterbringung in einer gewöhnlichen Irrenanstalt muß bei nur Minderwertigen (also Zurechnungsfähigen) ausgeschlossen sein. Vgl. den Beschluß des *Congrès intern. pénit.* 1895 (Paris), *Partie générale*, S. 263, der sogar für die völlig zurechnungsunfähigen Personen, welche Verbrechen begangen haben, Unterbringung in besonderen Anstalten oder besonderen Abteilungen der Irrenanstalten empfiehlt.

staatlichen Anstalt verwahrt werden sollen, bis sie nicht mehr als gemeingefährlich angesehen sind, wie das meist von psychiatrischer Seite gefordert und vom 27. deutschen Juristentage<sup>111)</sup> auch auf *Kahls* Vorschlag angenommen worden ist. Ich halte es nun für eine Überschreitung der Aufgaben des Staates und für eine durchaus verwerfliche Beeinträchtigung der Freiheit des Individuums, wenn letzteres so lange seiner Freiheit beraubt werden soll, bis positiv seine Ungefährlichkeit festgestellt werden würde,<sup>111a)</sup> da eine absolute Garantie gegen Verletzungen vom Staate und noch weniger von der Rechtsordnung gefordert werden kann; sie besteht auch nicht gegenüber unbestraften Personen. Das richterliche Urteil wird also eine Maximaldauer der Verwahrung in der staatlichen, zur psychischen und somatischen Besserung des Verurteilten bestimmten Anstalt festzusetzen haben, insofern der Verurteilte nicht vorher auch eine Strafe in der für geistig Gesunde bestimmten Anstalt zu verbüßen hat, auch mit einem Minimum. Die Maximaldauer würde später (nach Ablauf der etwa bestimmten Minimaldauer) nach den in der Anstalt mit den Verurteilten gemachten Erfahrungen von einer dazu zuständigen Kommission gekürzt werden können. Bei Bestimmung der Maximaldauer wäre die Schwere und Gefährlichkeit der begangenen Straftat hauptsächlich zu berücksichtigen. Selbstverständlich könnte bei fortwährend erwiesener Gemeingefährlichkeit diejenige staatliche Behörde, welche die Internierung von gemeingefährlichen Irren als Polizeimaßregel verfügen kann, bei Ablauf der vom Gerichte bestimmten Maximaldauer eine weitere Verwahrung des früher Verurteilten verfügen. Aber diese Verfügung hätte mit der Strafe nichts zu schaffen,<sup>112)</sup> und der Gemeingefährliche müßte

<sup>111)</sup> Verhandlungen 4 S. 464. Wörtlich ist etwas unbestimmt gesagt: „bis zur Entlassungsfähigkeit“.

<sup>111a)</sup> Der Satz, daß man gefährliche Verbrecher nicht nach Ablauf einer bestimmten Strafzeit auf die Menschheit loslassen dürfe, ist daher unhaltbar, wenn die Befreiung aus der Strafhaft von einem positiven Beweise der bewirkten Ungefährlichkeit abhängen soll.

<sup>112)</sup> Monatsschr. f. Kriminalpsychologie 1 S. 10ff. Die von der dritten Abteilung des 27. d. Juristentages angenommenen Thesen über das, was später nach Verbüßung der Strafe (nach dem im Urteil bestimmten Aufenthalte in der besonderen Anstalt) zu geschehen habe (vgl. Verhandlungen 4 S. 653, 654), befassen sich mit Maßregeln, die vollständig den Rahmen der Strafjustiz verlassen und einerseits die Heilbehandlung beeinträchtigen, andererseits zu einer schweren Ungerechtigkeit gegen den früher Verurteilten ausschlagen können. Sicherungs- und Heilmaßregeln als solche muß man der Polizei und dem



dann in eine Irrenanstalt überführt werden, welche lediglich Heilzwecken oder Sicherungszwecken dient, und die Verfügung dürfte nur unter Voraussetzungen erfolgen, welche auch die zwangsweise Verwahrung solcher Personen rechtfertigen, die nicht Gegenstand der Strafjustiz gewesen sind. Die erstmalige Verwahrung in der staatlichen Anstalt, da diese als Strafanstalt gelten soll, muß dagegen vom Richter im Strafurteil verfügt werden; diese Verfügung dann von einer anderen Behörde ausgehen zu lassen, wenn der Verurteilte vorher noch eine andere Strafe wegen der fraglichen Straftat zu verbüßen hat, ein Vorschlag, der von *Liszt* gemacht und später von *Oetker*<sup>112a)</sup> genauer ausgeführt ist, würde auch unpraktisch sein, schon weil dabei (vgl. oben) sich widersprechende Entscheidungen des Strafrichters und Zivilrichters erfolgen könnten. Außerdem wird der Strafrichter hier besser unterrichtet sein, als der Zivilrichter. Verfährt man anders, so macht man das richterliche Urteil zu einer Maßregel der Sicherheitspolizei und verquickt in unrichtiger Weise die letztere mit der Strafjustiz.

§ 21. Zusammengefaßt ergibt sich nach den vorstehenden Darlegungen folgender Gesetzesvorschlag:

A) Bei Begehung einer nicht nur als Übertretung strafbaren<sup>113)</sup> Handlung<sup>113a)</sup> in einem nicht bloß vorübergehenden

---

Psychiater überlassen. „Die Entlassung aus dieser Verwahrung“, so lautet der Beschluß, „kann nur bedingt und während eines gesetzlich bestimmten Zeitraumes erfolgen.“ Was würde man aber sagen, wenn eine derartige Bestimmung gegen einen gemeingefährlichen Irren, der noch keine Straftat begangen hat, Anwendung finden sollte? Und doch steht der verurteilte Minderwertige, nachdem er die Strafe in der besonderen Anstalt verbüßt hat, gewiß nicht anders als jener Irre; wahrscheinlich ist er sogar, eben weil er doch nicht vollständig irre ist oder war, minder gefährlich. Derartige Gesetzesbestimmungen müssen, sofern sie zur Kenntnis der Verurteilten gelangen, die Behandlung wesentlich erschweren, da sie dem Verurteilten die Hoffnung abschneiden, jemals wieder für völlig normal zu gelten. Und das soll im Strafurteil bestimmt werden oder gar sich von selbst verstehen! Außerdem ist die Frage, wer für die Zukunft die Kosten zu tragen hat — ob die Strafjustiz oder die Armenpflege — völlig außer acht gelassen.

<sup>112a)</sup> Mitteilungen der internationalen kriminal. Vereinigung 12, 1 S. 60ff. Vgl. auch den Vortrag *Lissis* das. 13 S. 486, der hier noch geltend machte, in der durch einen sensationellen Fall verursachten Aufregung des Strafverfahrens sollte nicht darüber beschlossen werden, ob jemand zeitlebens interniert werden solle. Der Beschluß wird aber niemals diesen Inhalt haben dürfen; außerdem wird das Strafurteil nur das Maximum der Detentionsdauer zu bestimmen haben, so daß nach Ablauf einer gewissen Zeit Freilassung erfolgen kann.

<sup>113)</sup> Vielleicht könnte man unbedeutende Straftaten, für welche die Maßregel überhaupt nicht paßt, auch in anderer Weise ausscheiden.

<sup>113a)</sup> Eine von der internationalen kriminalistischen Vereinigung 1905 zu Hamburg beschlossene These (I) (vgl. Mitteilungen 13 S. 546) empfiehlt dem

krankhaften Zustände, welcher die Einsicht in Wirkung oder Bedeutung der Handlung oder die Wirksamkeit der Vorstellung der Unzulässigkeit der Handlung beeinträchtigt, kann nach richterlichem Ermessen

1. die sonst nach den Umständen des Falles<sup>114)</sup> in der gewöhnlichen Weise<sup>115)</sup> zu vollstreckende Strafe gemildert werden, ohne daß das Gericht durch eine andere als die durch die gewählte Strafart bestimmte Mindestgrenze beschränkt ist. Auch kann von Verweis und bedingter Verurteilung unbeschränkt Gebrauch gemacht werden. Bei Bestimmung der Strafe können die Lebensverhältnisse des Verurteilten berücksichtigt werden;<sup>115a)</sup>

Gesetzgeber, über Minderwertige, ohne Rücksicht darauf, „ob sie verbrecherisch geworden sind oder nicht, wenn sie für sich selbst oder für ihre Umgebung oder für die Gesellschaft gefährlich geworden sind“, Schutzmaßregeln, z. B. Beaufsichtigung, Internierung in Sicherheitsanstalten, zu verhängen. Dieser über den Rahmen des Strafrechts stark hinausgehende Beschluß ist meines Erachtens im höchsten Grade bedenklich. Da die Frage der Minderwertigkeit im einzelnen Falle oft schwer zu entscheiden ist, kann ohne weiteres nicht mit Maßregeln vorgegangen werden, die den einzelnen auf lange Zeit oder zeitlebens der Freiheit berauben oder einem erziehungsbedürftigen Kinde gleichstellen, wenn überhaupt eine strafbare Handlung nicht vorliegt. Absolute Sicherheit würde auch eine mit souveränen Machtbefugnissen ausgerüstete General-Reichs- oder Landes-Sicherheitskommission nicht gewähren. Sie würde vielmehr selbst die Rechtssicherheit gefährden.

<sup>114)</sup> Vgl. oben. Die Verwahrung darf nicht zu einer erstrebenswerten Belohnung des Verurteilten werden. Bei wohlhabenden Verurteilten wird dies nicht der Fall sein, auch wenn sie tatsächlich fast nur als Kranke behandelt werden; anders bei Personen, die durch schwere Handarbeit sich den Lebensunterhalt erwerben müssen, oder gar bei Landstreichern.

<sup>115)</sup> Die verminderte Zurechnungsfähigkeit ist, falls man sie überhaupt anerkennt, ein durchaus selbständiger, von den übrigen Milderungsgründen zu trennender Grund der Änderung der Strafe, ebenso wie es der richtigen Ansicht nach bei dem Milderungsgrunde des jugendlichen Alters der Fall ist. Wirft man, wie es in dem Beschlusse des deutschen Juristentages (27. 4, S. 652) geschehen ist, die Behandlung der verminderten Zurechnungsfähigkeit mit anderen Milderungsgründen zusammen (wer usw. ist nach den für minder schwere Fälle geltenden Strafrechtsregeln zu behandeln), so hebt man, genau betrachtet, die Bedeutung der verminderten Zurechnungsfähigkeit wieder auf. Zeigt der konkrete Fall, abgesehen von der verm. Zurechnungsfähigkeit mildernde Umstände, so muß die Strafe zuerst nach diesen und darauf weiter nach Maßgabe der geminderten Zurechnungsfähigkeit gemildert werden.

<sup>115a)</sup> Die von der internationalen kriminalistischen Vereinigung 1905 zu Hamburg angenommene These (II) lautet scheinbar übereinstimmend: „Für die minderwertigen Verbrecher, mögen sie gefährlich sein oder nicht, soll eine besondere Strafe oder besondere Behandlung vorgesehen werden.“ Aber das Wort „oder“ bedeutet hier, wie die Verhandlungen ergeben, nicht, daß der Richter mit Rücksicht auf die Individualität des Falles nach seinem Ermessen zwischen verschiedenen Maßregeln wählen könne. Es verbirgt sich unter der Alternative „Strafe oder besondere Behandlung“ nur eine aus der Differenz der Meinungen hervorgegangene

2. der Schuldige, ohne daß auf eine andere Strafe erkannt wird oder im Anschluß an eine der unter 1 bezeichneten Strafen zur Verwahrung in einer staatlichen Anstalt verurteilt werden, in welcher bei milderer Behandlung unter Berücksichtigung der Individualität und der Lebensverhältnisse des Verurteilten je nach Umständen Heilung,<sup>116)</sup> Erziehung oder bessere Bildung, bzw. Ausbildung zu einem nützlichen Berufe erstrebt wird.

Freiheitsstrafe und Verwahrung dürfen zusammen gerechnet in ihrer Dauer nicht einen Zeitraum überschreiten, welcher sich ergibt, wenn die, abgesehen von dem erwähnten krankhaften Zustande, im einzelnen Falle zu verhängende Freiheitsstrafe verwandelt würde in die mildeste für Straftaten, welche nicht bloße Übertretungen sind, zulässige Freiheitsstrafe.<sup>117)</sup>

B) Vor Beendigung der unter A 2 bezeichneten Verwahrungszeit hat die Anstaltsbehörde, falls sie nicht die im nachfolgenden Absatz erwähnte Entlassung verfügt, bei der zuständigen Behörde rechtzeitig darüber eine Entscheidung zu veranlassen, ob der in Verwahrung Gehaltene in eine Irrenanstalt zu verbringen ist.

Die nach Maßgabe des Gesetzes einzusetzende Anstaltskommission, bei welcher ein ständig angestellter Richter Vorsitzender sein muß, kann, wenn der Verurteilte mindestens die

Unbestimmtheit oder Unklarheit, da ein Teil der Abstimmenden von einer Strafe der Minderwertigen nichts wissen wollte, andere dagegen wirkliche Strafe, wenn gleich eine besonders geartete Freiheitsstrafe, für nötig erachteten.

<sup>116)</sup> Hier weichen die Beschlüsse des Juristentages wieder ab. Satz 4 (vgl. a. a. O. S. 653): „Der Vollzug erfolgt in der gewöhnlichen Strafanstalt unter individueller Berücksichtigung des die geistige Minderwertigkeit begründenden Zustandes“, stellt eine unmögliche Forderung. Selbstverständlich wird eine sorgfältige und einsichtige Anstaltsleitung mit manchen Minderwertigen in mancher Beziehung anders verfahren, als mit völlig Gesunden. Es kann dies aber ohne ein Personal, welches in genügender Zahl nicht zu erlangen ist, und auch ohne die Stellung des Arztes zum Leiter der Anstalt zu ändern, endlich ohne den Charakter der Haft als Strafe zu beseitigen und die Disziplin der gesunden Sträflinge zu lockern, nicht wohl geschehen. Andererseits kann man auch mit der angeblich individuellen Behandlung der Minderwertigen in den gewöhnlichen Strafanstalten sich nicht begnügen, auch wenn etwa, wie es in *Voltaires Candide* geschieht, versichert wird *«que tout est pour le mieux dans le meilleur des mondes»*.

<sup>117)</sup> Würde diese Grenze nicht innegehalten, so könnte leicht der als voll zurechnungsfähig Verurteilte in weit besserer Lage sich befinden, als der unter Annahme verminderter Zurechnungsfähigkeit Verurteilte; weder der eine noch der andere Zustand verdient eine Prämie.

Hälfte der im Urteil bestimmten Zeit verwahrt worden ist, die Entlassung verfügen.

C) Die über Entmündigung geltenden Vorschriften bleiben unberührt.<sup>118)</sup>

§ 22. Das römische Recht geht von der Ansicht aus, daß Zustände geistiger Krankheit mit Zuständen geistiger Gesundheit in der Art wechseln können, daß in letzteren zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit wie strafrechtliche Verantwortlichkeit<sup>119)</sup> stattfindet. Indes schon früh<sup>120)</sup> ist bemerkt worden, daß bei einmal nachgewiesener geistiger Störung die Präsümption für die Fortdauer des Irrseins auch bei anscheinend vorhandenen „*Lucida intervalla*“ spreche, und richtiger wird es auch sein, falls vor und nach einer Tat, die den Gegenstand strafrichterlicher Untersuchung bilden kann, die Geisteskrankheit bemerkbar ist, die Verantwortlichkeit während der *Lucida intervalla* zu verneinen.<sup>121)</sup> Wirklich periodisch auftretender Wahnsinn ist während der scheinbar lichten Zwischenräume nur latent und transformiert.

Selbstverständlich ist maßgebend für Zurechnungsfähigkeit oder Zurechnungsunfähigkeit, sofern es sich um strafrechtliche Verantwortlichkeit oder Unverantwortlichkeit handelt, der Zeitpunkt der Handlung, d. h. des den entscheidenden Willen in

<sup>118)</sup> *Aschaffenburg* (*Hoches Hdb.* S. 41) bemerkt richtig, daß eine Person mit verminderter Zurechnungsfähigkeit bei Begehung gewisser Delikte unter Umständen für voll zurechnungsunfähig zu halten sei, z. B. ein Morphiumpächter, der außerstande, Morphium sich auf legalem Wege zu verschaffen, im Zustande des Morphiuhungers ein Morphiump-Rezept fälscht. Für Straflosigkeit in solchen Fällen spricht die analoge Behandlung jugendlicher Personen, die ebenfalls nicht in bezug auf alle Deliktsarten gleichmäßig beurteilt werden. Man bedarf indes, wenn die im Texte vorgeschlagene Gesetzesfassung angenommen wird, für dergleichen Fälle keiner besonderen Bestimmung, da nach jenem Vorschlage der Richter berechtigt ist, von der vorherigen (gewöhnlichen) Strafe Abstand zu nehmen, ja es überhaupt bei einem Verweise oder bedingter Verurteilung bewenden lassen kann, die zwangsweise Behandlung aber in der besonderen Anstalt nicht schwer treffen und hauptsächlich einen heilenden Charakter tragen soll. Eine autoritative Admonition, wie sie im richterlichen Urteil liegt, wird auch in solchen Fällen gut wirken.

<sup>119)</sup> Vgl. bes. L. 14 D. 1, 18; österreichisches StGB. § 2, 27; hannoversches Art. 82, 2.

<sup>120)</sup> *Arctinus, Rubr. Scierter dolose* n. 8; *Carpon* I qu. 18 n. 37.

<sup>121)</sup> *Hélie* I n. 352: «*Comment constater la lucidité d'un intervalle dans une maladie mentale? Quel juge oserait affirmer que cette intelligence tout à l'heure éteinte a repris subitement toutes ses clartés? Enfin faudra-t-il attendre pour le jugement un autre intervalle lucide? Et la folie ne pourra-t-elle pas survenir au milieu de l'instruction.*» — Vgl. auch in Ansehung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit *Endemann*, Einführung in das Studium des BGB. 1 § 32.

Tat umsetzenden geistig-leiblichen Aktes; doch hindert nachheriges Verfallen in Geisteskrankheit die Aburteilung und die Strafvollstreckung.<sup>122)</sup>

§ 23. Jugendliches Alter.<sup>122 a)</sup> Wie bemerkt, entwickelt sich die Zurechnungsfähigkeit vom Zeitpunkte der Geburt an allmählich. Die staatliche Strafe setzt aber, selbst als minimale gedacht, einen erheblichen Grad geistiger Reife voraus, und hier begegnet die legislative Frage: soll man den Richter ohne alle besonderen Schranken über die Existenz dieser geistigen Reife in jedem einzelnen Falle entscheiden lassen, oder soll der Gesetzgeber, weil doch in der enormen Mehrzahl der Fälle vor Eintritt in eine gewisse Altersstufe jegliche Zurechnungsfähigkeit ausgeschlossen ist, allgemein bestimmen, daß (wegen anzunehmender Zurechnungsunfähigkeit) staatliche Strafe vor Erreichung einer bestimmten Altersstufe nicht stattfindet?

Letzteres ist der Grundsatz des früheren gemeinen Rechts<sup>123)</sup> wie der meisten der früheren partikularen deutschen Strafgesetzbücher und jetzt auch des deutschen Strafgesetzbuchs, ersteres der Grundsatz des französischen Rechts und der früheren Gesetzbücher von Preußen und Bayern (1861). Es wird kaum einem Zweifel unterliegen, daß der erstere auch in einer

<sup>122)</sup> Vgl. schon *Arctinus Rubr. Scienter dolose* n. 9. — Aber Geldstrafen, die schon rechtskräftig erkannt waren, zu einer Zeit, wo der Verurteilte noch nicht geisteskrank war, können vollstreckt werden, wie dies auch bei eingetretenem Tode des Verurteilten nach StGB. § 30 der Fall ist. Vgl. in diesem Sinne auch *Hilie* 1 n. 367 und *Pandectes françaises*, v. Aliénés n. 630.

<sup>122 a)</sup> Über das Verhältnis der Jugend zu Moral, Ordnung und Strafgesetz im allgemeinen vgl. *Tomel et Rollet, Les enfants en prison* 1892; *Morrison, Juvenile Offenders*, London 1895; *Ferriani* (Staatsanwalt in Como), Minderjährige Verbrecher, deutsch von *Ruhemann*, 1896.

<sup>123)</sup> Die Altersgrenze des vollendeten siebenten Lebensjahres ist freilich im römischen Rechte (vgl. bes. L. 23, D. 47, 2, L. 12, C. 8, 8) nur eine tatsächlich immer beobachtete; prinzipiell entschied die individuelle Reife (*Mommsen* S. 75, 76). Man hat aber schon in der italienischen Jurisprudenz des Mittelalters Kinder unter sieben Jahren als absolut unverantwortlich angesehen. Vgl. *Bonifacius de Vitalinis Rubr. de damno dato* n. 10; *Clarus* § fin qu. 60, 1 und für die Entwicklung in Deutschland *Carpsou* qu. 143 n. 10ff. Von Einfluß sind hier wohl die germanischen Rechtsquellen gewesen, welche vor Erreichung eines bestimmten Alters (binnen seinen Jahren) absolute Straffreiheit des Jugendlichen annahmen (*Wilda* S. 640ff., Sächs. Landr. II, 65 § 1.) — Auch das kanon. Recht, vgl. *Clement* 1 (un.) de homicidio 5, 4 scheint die Infantia als absolut die Irregularität ausschließend zu betrachten. Die mittelalterlichen Statutarrechte Italiens bestimmen ebenfalls eine absolute, freilich verschieden normierte Altersgrenze strafrechtlicher Unverantwortlichkeit. Vgl. *Köhler*, Strafrecht d. italien. Statuten S. 181 ff.

großen Anzahl auswärtiger Gesetzbücher<sup>124)</sup> angenommene Grundsatz vorzuziehen ist.<sup>124a)</sup> Wenn auch in seltenen Fällen eine Reife des Individuums vorliegen mag, welche für staatliche Strafe qualifizieren würde, so werden durch Aufstellung einer absolut wirkenden Altersgrenze doch zahllose unnütze Untersuchungen abgeschnitten, und zugleich ist zu bedenken, daß, je jugendlicher der Schuldige ist, um so mehr rationellerweise der Gesichtspunkt der Erziehung den der Strafe überragen muß. Man verzichtet also besser auf Strafe und sorgt für angemessene Erziehung, auch auf die Gefahr hin, in einzelnen seltenen Fällen zu milde zu sein. Eine andere Frage aber ist die Bestimmung des Termins, bis zu welchem die absolute Straffreiheit reichen soll.

§ 24. Ohne Zweifel entspricht die im ehemaligen gemeinen Rechte gesetzte Altersgrenze des vollendeten siebenten Lebensjahres, eine Grenze, die noch im englischen und nordamerikanischen Rechte festgehalten wird,<sup>124b)</sup> nicht oder nicht mehr der tatsächlichen Beobachtung über Entwicklung von Einsicht und Charakter des Kindes. Die übrigen Gesetzgebungen, auch diejenigen südlicher Länder, in denen die Entwicklung des Heranwachsenden sich rascher vollzieht, haben daher die Grenze der absoluten Straffreiheit weiter erstreckt,<sup>125)</sup> und unser StGB. § 55 setzt sie in das vollendete zwölfte Lebensjahr. Vielfach

<sup>124)</sup> In fast sämtlichen Strafgesetzbüchern der Schweiz (vgl. *Stooss*, Grundzüge des schweizerischen Strafrechts I S. 76 ff., auch im GB. für Neuenburg von 1891 Art. 77), ferner GB. für Spanien Art. 8 Nr. 2, für die Niederlande Art. 38, Ungarn § 83, Italien Art. 53, Bulgarien Art. 42, Portugal Art. 42, Mexiko Art. 34 Nr. 5, Norwegen § 46, österreichischer Entwurf von 1893 § 62, schweizerischer Vorentwurf Art. 13.

<sup>124a)</sup> A. M. freilich *Garrasud*, I § 232.

<sup>124b)</sup> *Wharton* I §§ 67, 68; *Russel* I S. 114; StGB. für New York § 18. Doch wird bis zum vollendeten zwölften Lebensjahre (*Bishop* I § 370) Zurechnungsunfähigkeit präsumiert, also ein besonderer und strenger Beweis der Zurechnungsfähigkeit gefordert.

<sup>125)</sup> Von den früheren deutschen Gesetzbüchern nahm das württembergische Art. 95 das vollendete zehnte, das braunschweigische § 70 das vollendete vierzehnte Lebensjahr als Grenze, die Mehrzahl das zwölfte Lebensjahr, so das hannoversche Art. 83, das hessische Art. 37, das thüringische Art. 61, das badische § 78. Das österreichische gegenwärtig geltende Recht läßt die Zurechnungsfähigkeit bei Verbrechen mit vollendetem zehnten, bei Vergehen und Übertretung (im Sinne des österreichischen Rechts) mit vollendetem vierzehnten Lebensjahre beginnen. — Der österreichische Entwurf von 1893 nimmt allgemein das vollendete zwölfte Lebensjahr als Grenze; doch soll die Sicherheitsbehörde bei Handlungen, die mit Verbrechen- oder Vergehensstrafe bedroht sind, Bestrafung durch die Eltern oder andere Personen verfügen, nötigenfalls

ist eine noch weitere Erstreckung gefordert<sup>126)</sup> und durch die Rücksicht auf die der Erziehung und Besserung des jugendlichen Individuums wenig förderlichen Einflüsse der staatlichen Strafe, sowie auf die Hinblicke der künftigen Erschwerung des Lebensberufes des Verurteilten infolge der mit der staatlichen Freiheitsstrafe verbundenen Schädigung der Ehre motiviert worden oder auch mit Rücksicht auf die erst später eintretende Beendigung der Schulpflicht,<sup>127)</sup> oder endlich mit Rücksicht auf den nachteiligen Einfluß einer öffentlichen Gerichtsverhandlung auf den jugendlichen Verbrecher, der sich möglicherweise als wichtige Persönlichkeit ausgezeichnet fühlen kann.

Nun wird diese legislative Frage für die einzelnen Länder verschieden zu beantworten sein, nicht nur nach den klimatischen Verhältnissen und nationalen Eigentümlichkeiten, sondern auch nach den Einrichtungen der Freiheitsstrafen; denn hat man für jugendliche Personen staatliche Anstalten zur Verfügung, die tatsächlich nur strengere Erziehungshäuser sind, so fallen Einwendungen gegen diese staatliche Maßregel fort, welche da geltend zu machen sind, wo jugendliche Personen in denselben Anstalten mit Erwachsenen detiniert werden. Absolut darf aber die Rücksicht auf die Lebenszukunft des Individuums nicht maßgebend sein.<sup>127a)</sup> Es mag auch, was den unmittelbaren Einfluß auf das Individuum betrifft, gleichgültig

---

Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt veranlassen können. Art. 13 des schweizerischen Vorentwurfs v. 1893 setzt die Grenze in das vollendete vierzehnte Lebensjahr, stellt dem Richter aber Überweisung des Kindes an die Verwaltungsbehörde zur Versorgung oder Heilbehandlung oder an die Schulbehörde zur Bestrafung in der Schule zur Verfügung.

<sup>126)</sup> Der *Congrès pénitentiaire international de St. Petersbourg* sprach sich 1890 — allerdings gegen eine erhebliche Minorität — für das Alter von 16 Jahren aus. Vgl. *Actes du Congrès* 1 S. 217, 218 und *Partie générale* S. 267, 268. Die Berichterstattungen das. 2 S. 591—672. Die internationale kriminalistische Vereinigung hat 1890 das vollendete vierzehnte Lebensjahr als Grenze empfohlen. *Mitteil. d. intern. krim. Verein.* 2 S. 110, 116.

<sup>127)</sup> Vgl. besonders *Aschaffenburg* in *Hoches Hdb.* S. 58: „Warum überläßt man nicht auch das verbrecherische Kind bis zu diesem Alter (14 Jahre) der Korrektur durch die Schule?“

<sup>127a)</sup> Wenn im Interesse der Gesamtheit die Strafjustiz — leider, aber unvermeidlich! — genötigt ist, bei Verhängung der Strafen gegen Erwachsene deren Wohl zu opfern, so läßt sich wirklich nicht einsehen, weshalb jugendliche Personen, falls sie tatsächlich ebenso entwickelt sind, wie etwas ältere Personen, ein absolutes Privileg haben sollen, daß ihnen ihre Tat und die darauf folgende staatliche Maßregel keinen Makel aufdrücke, auch wenn unter diesem Privileg die allgemeine Sicherheit wie das Gefühl der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung stark leiden sollte.

sein, ob man eine Anstalt Zwangserziehungsanstalt für jugendliche Personen nennt oder ob man die Anstalt mit gleichen Einrichtungen mit aufführt unter den staatlichen Strafanstalten; nicht gleichgültig ist es dagegen, bis zu welchem Alter die mit jeder Strafbehandlung nicht kraft Gesetzes künstlich, sondern natürlich kraft der Volksüberzeugung anhaltende Herabsetzung der Achtung dem schuldigen Individuum unbedingt erspart werden soll. Die zu weit getriebene Sicherung jugendlicher Individuen vor einer möglicherweise dem einzelnen schädlichen Einwirkung der Strafe könnte doch auf die Gesamtheit des Volkes einen nachteiligen Einfluß äußern,<sup>128)</sup> neben welchem das bei größerer Schonung bessere Lebensschicksal der der Strafe entgehenden Individuen nicht in Betracht kommen würde. Eine zu weit hinausgerückte Grenze absoluter Straffreiheit könnte Eltern und Erzieher nachlässiger und gleichgültiger machen, in jugendlichen Gemütern aber den Anreiz entstehen lassen, es auch einmal mit einem Verbrechen zu versuchen, um der Genußsucht und anderen niederen Trieben zu genügen.<sup>129)</sup>

<sup>128)</sup> So auch *Mittermaier*, Arch. d. Cr. 1841 S. 159, und neuerdings *Schmölder*, GS. 49 S. 157 ff., *Zucker*, GS. 54 S. 413—433 (vgl. auch Über die Schuld und Strafe der jugendlichen Verbrecher) der, wie bemerkt, die Möglichkeit der Bestrafung mit dem vollendeten 10. Lebensjahre beginnen lassen will wegen der jetzt so häufig eintretenden Fröthreife. *Schmölder* erachtet es für zweckmäßig, die Verfolgung jugendlicher Personen vom vollendeten 12. bis 15. Lebensjahre in das Ermessen der Staatsanwaltschaft zu stellen.

<sup>128a)</sup> *Cramer*, Entwicklungsjahre und Gesetzgebung, Göttinger akademische Festschrift, 1902 S. 15 ff. kommt, da sehr häufig die nach und im Beginn der Pubertät existierenden Entwicklungshemmungen sich erst nach Vollendung des 16. Lebensjahres zeigen, S. 15 zu dem Schlusse: „es könne vom ärztlichen Standpunkte nur dringend befürwortet werden, daß die Altersgrenze für die Strafmündigkeit möglichst hinaufgerückt, d. h. die absolute Straffreiheit möglichst weit erstreckt werde.“ Aber der ärztliche Standpunkt, d. h. hier die Sorge für das Wohl des einzelnen Individuums, kann nicht bis zur letzten Konsequenz maßgebend sein, und haben wir erst einmal in Qualität und Quantität genügende Zwangserziehungsanstalten für Jugendliche, so wird damit auch für das Wohl der Jugendlichen besser gesorgt sein. — Der von *Cramer* S. 7 gegebenen Schilderung des psychischen Zustandes der in der Pubertät begriffenen Jugendlichen möchte ich nach meinen Beobachtungen — und es handelt sich hier nur um Beobachtungen, nicht um Anwendung psychiatrischer Kenntnisse — sofern diese Schilderung auf die Mehrzahl passen soll, nicht ganz zustimmen. Die Jugend überschätzt leicht ihr Können; aber sie ist keineswegs durchschnittlich ohne inneren Halt und setzt sich keineswegs durchschnittlich „als höchstes Ziel, als Erwachsener zu gelten“. Im Gegenteil sind m. E. gut erzogene Jugendliche oft sehr gewissenhaft.

<sup>129)</sup> Die Zahl der von jugendlichen Personen zum Teil mit großem Raffinement begangenen Verbrechen ist in vielen Ländern, besonders in Italien und im Deutschen Reiche, im Steigen begriffen, und *Aschaffenburg* (Das Verbrechen S. 130) sagt mit Beziehung auf die Kriminalität der Jugend: „Der Blick in die



Richtiger dürfte es vielmehr sein, die Grenze absoluter Straflosigkeit nicht zu weit hinaus zu schieben — m. E. es bei dem vollendeten 12. Lebensjahre zu belassen, jedenfalls aber nicht über das 14. Lebensjahr hinauszugehen —, dafür aber dem Gerichte ein sehr freies Ermessen bei den gegen jugendliche Personen zu ergreifenden Maßregeln für die nun folgende Altersstufe zu gewähren — Straflosigkeit, bedingte Verurteilung,<sup>129a)</sup> Unterbringung in eine Erziehungsanstalt, Strafe und Kombination von Strafe und Jugenderziehung — zugleich aber durch besondere prozessuale Normen dafür Sorge zu tragen, daß die nach der Individualität des Falles richtige Maßregel angewendet und zugleich ein übler Einfluß des Gerichtsverfahrens selbst vermieden werde. Diesen Weg hat man mit Erfolg in England beschritten, insofern es sich um ein weites richterliches Ermessen handelt, in den Vereinigten Staaten von Nordamerika aber auch durch die Errichtung besonderer Jugendgerichte.<sup>129b)</sup> Das Ergebnis mag in wünschenswerter Weise sein, daß von wirklicher Strafe bis zu einem weiter vorgerückten Alter, bis zum vollendeten 15., vielleicht bis zum vollendeten 16. Lebensjahre, höchst selten Gebrauch gemacht würde. Aber die heilsame Vorstellung, daß es zu einer solchen Strafe kommen könne, sollte weder den Eltern, Erziehern und Vormündern, noch der Jugend in gewissen, nicht allzu weit vorgerückten Jahren fehlen.

Darauf aber kommt es hierbei nicht an, ob man der über den Jugendlichen zu verhängenden Maßregel den Namen einer Strafe beilegt oder nicht. Das wesentliche ist, daß die Maßregel nach Feststellung der Tat in einem prozessualen Verfahren durch ein Strafgericht, wenn auch etwa

---

Zukunft ist trübe“ (vgl. auch *Alimena* 2 S. 277). Wenn anderwärts, wie z. B. in Frankreich (vgl. den interessanten Aufsatz von *Ed. Payen* im *Économiste français*, 1898, Nummer 2, 2. févr. S. 269), die Kriminalität der Jugendlichen sinkt, so ist dies besonderen Einrichtungen zuzuschreiben, die den Schutz jugendlicher Personen bezwecken — in Frankreich der *Patronage pour prévenir l'application de la loi pour les enfants traduits en justice*, in England den unter staatlicher Aufsicht stehenden *Industrial and Reformatory Schools* (vgl. *Aschrott*, Strafen-system in England S. 115). — Vor einer übel angebrachten Milde gegen die wirklich verbrecherische Jugend warnt auch *Ferriani* S. 49.

<sup>129a)</sup> Die bedingte Begnadigung (an deren Stelle zweifellos bedingte Verurteilung treten muß) ist im Deutschen Reiche in zu enge Grenzen eingeschlossen. (In diesem Sinne auch *Cramer*, a. a. O. S. 15.)

<sup>129b)</sup> Vgl. darüber unten.

durch ein besonderes Jugendgericht, erfolge, und nicht etwa die jugendliche Person kraft einer *Praesumptio juris et de jure* der Beurteilung durch den Richter entzogen sei, so daß die obschon von einer Behörde in der Stille verfügte Maßregel sich in nichts von einer etwa gegen nur verwahrloste Kinder verfüigten Erziehung unterscheidet; denn daß die gegen jugendliche Personen zu verhängende Strafe wesentlich auch erziehen soll, obschon in strengerer Weise, wird als selbstverständlich zu betrachten sein.

Daher ist in Wahrheit der erwähnte Beschluß des internationalen Penitentiar-Kongresses doch sachlich nicht sehr von dem soeben hier vertretenen Prinzip verschieden,<sup>130)</sup> da der Kongreß sich ausdrücklich verwahrt hat gegen eine „absolute Unverantwortlichkeit“ der Personen unter 16 Jahren, obschon über die Beurteilung der gegen diese Personen zu verhängenden Maßregel einige Unklarheit herrschte.<sup>130a)</sup> Das Hinausschieben der Grenze absoluter Straffreiheit würde aber eine andere Bedeutung annehmen, wenn z. B. einfach das Alter von 14 oder 16 Jahren dem Alter von 12 Jahren in dem § 55 des gegenwärtig geltenden deutschen StGB. substituiert würde; denn nach diesem Paragraphen soll jedes Urteil, jedes prozessuale Verfahren gegen ein Kind von noch nicht zwölf Jahren abgeschlossen sein, und die etwa erforderlichen Maßregeln können nur vom „Vormundschaftsgerichte“ autorisiert werden.

§ 25. Das StGB. stellt den Satz der strafrechtlichen Unverantwortlichkeit der Kinder unter 12 Jahren in prozessuaalem Gewande auf.<sup>131)</sup> Die Fassung zeigt zugleich an, daß die strafverfolgende Behörde, falls eine äußerlich als Straftat sich darstellende Handlung von einem noch nicht zwölfjährigen Kinde

<sup>130)</sup> Vgl. das Referat von *Drill*, *Actes* 1 S. 661.

<sup>130a)</sup> Man wollte die eigentliche Strafe nicht, welche immer mehr oder weniger infamere. Aber wenn man Kinder, die im Alter von mehr als 12 Jahren bedeutende Straftaten, z. B. einen Mord, eine Raubtat mit Körperverletzung begangen haben, besonderen strengen Erziehungsanstalten überweist, in welche nur verwahrloste Kinder nicht gebracht werden — und dies dürfte doch nötig sein — glaubt man, daß damit nicht ein Makel für jene Kinder verknüpft sei, obwohl dieser Makel, wie jeder nicht künstlich von der Gesetzgebung konservierte Makel, in einer Zeit vorgeschrittener Kultur im späteren Lebensalter sich verwischen kann?

<sup>131)</sup> Wer bei „Begehung der Handlung“ das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden. — Ebenso niederländisches StGB. Art. 38: „Ein Kind wird wegen einer vor erreichten zehnten Lebensjahre begangenen Handlung strafrechtlich nicht verfolgt.“ Italienische StGB. Art. 53: «*Nom si procede . . .*». Auch der schweizerische Vorentwurf

begangen wurde, nicht erst ein Urteil des Strafgerichts herbeiführen soll. Dem materiell rechtlichen Charakter der Vorschrift entsprechend entscheidet nicht der Zeitpunkt des Prozesses, sondern der der Handlung. Die prozessuale Einkleidung ist aber dem Ausdrucke, daß zurechnungsunfähig sei, wer das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet habe, deshalb vorzuziehen, weil der Gesetzgeber sich bei Gebrauch des letzteren Ausdrucks im Gegensatz zur unbestreitbaren Wirklichkeit befinden könnte: es kann ja Fälle geben, in denen wegen besonders frühzeitiger Entwicklung Zurechnungsfähigkeit früher eintritt; sie soll aber gleichwohl als Grund einer Bestrafung und daher auch Strafverfolgung nicht gelten.<sup>131a)</sup> Die prozessuale Einkleidung zeigt zugleich besonders deutlich, daß wir es hier mit einer *Praesumptio juris et de jure* zu tun haben.<sup>132)</sup>

Eine solche *Praesumptio juris et de jure* kann aber nur zugunsten der jugendlichen Person selbst, nicht zum Nachteil oder zum Vorteil anderer Personen wirksam sein. Der Teilnehmer an einem Delikte, welches von einem Kinde unter 12 Jahren verübt wird, kann also nur als Teilnehmer, nicht etwa als sog. mittelbarer Täter straffällig werden, wenn die Untersuchung ergibt, daß das Kind infolge seiner Frühreife<sup>132a)</sup> einen

---

von 1903 sagt, das Kind werde nicht verfolgt. Andere neue Gesetze sagen, daß, wer das bestimmte Alter noch nicht erreicht habe, nicht bestraft werde, so z. B. ungarisches StGB. § 84, norwegisches § 46; einige sprechen Freiheit von Verantwortlichkeit aus oder Nichtzurechnung von Schuld (vgl. portugiesisches StGB. Art. 48, bulgarisches Art. 42), während der österreichische Entwurf von 1893 bestimmt, daß „das Strafgesetz keine Anwendung finde“. Diesen Ausdrucksweisen liegt der Gedanke zugrunde, daß im einzelnen Falle doch tatsächlich eine nur nicht zu beachtende Zurechnungsfähigkeit stattfinden könne.

<sup>131a)</sup> Vgl. in diesem Sinne besonders *Olshausen* Anm. 5 zu § 55.

<sup>132)</sup> Es handelt sich also nicht um eine Prozeßvoraussetzung. Wenn daher das Hauptverfahren wegen einer vom Angeklagten im Kindesalter begangenen strafbaren Handlung eröffnet ist — z. B. weil der Zeitpunkt der Handlung ungewiß war —, so ist der jetzt im zurechnungsfähigen Alter befindliche Angeklagte freizusprechen, und nicht etwa die Untersuchung einzustellen. — *Appelius* S. 54 meint, die sittliche Reife, welche man für die Strafbarkeit jugendlicher Verbrecher fordere, sei keine Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit. Dieser m. E. den eigenen sonstigen Ausführungen *Appelius'* widersprechende Satz dient dazu, den weiteren Satz zu begründen, daß bei strafunmündigen Kindern nur der Strafanspruch des Staates ausgeschlossen sei, also das strafunmündige Kind sehr wohl einen wirklich verbrecherischen Vorsatz fassen könne und deshalb Teilnahme (im juristischen Sinne) anderer an von Strafunmündigen begangenen Delikten möglich sei. Diese formalistische Deduktion ist meiner Ansicht nach nicht befriedigend.

<sup>132a)</sup> Man wird anerkennen müssen, daß z. B. zuweilen den höheren Ständen angehörige Gymnasiasten von nicht ganz zwölf Jahren eine größere geistige Reife

den Erfordernissen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entsprechenden Entschluß wirklich gefaßt hat.<sup>133)</sup> Auch Hehlerei in bezug auf einen von einem frühreifen Kinde verübten Diebstahl ist denkbar.

§ 26. Wenn aber das StGB. dem Landesgesetze überläßt, durch die Vormundschaftsbehörde feststellen zu lassen, daß eine Person von noch nicht 12 Jahren eine strafbare Handlung begangen habe, um dann diese jugendliche Person in einer Familie, Erziehungsanstalt oder Besserungsanstalt zwangsweise unterzubringen, so handelt es sich nicht um eine strafrechtliche, vielmehr um eine polizeiliche, mit dem Strafrecht freilich im Zusammenhang stehende, Maßregel, wie daraus hervorgeht, daß die Entscheidung nicht vom Strafgericht, sondern von der Vormundschaftsbehörde getroffen wird. Genau betrachtet, wird auch nicht eigentlich festgestellt, daß eine wirklich strafbare Handlung begangen sei; denn diese setzt Zurechnungsfähigkeit des Handelnden voraus: es wird nur festgestellt, daß die äußeren Merkmale eines Deliktes auf eine von dem Kinde vorgenommene Tätigkeit passen, und diese Feststellung kann nicht etwa später zur Begründung einer Rückfallstrafe benutzt werden. In Wahrheit enthält aber das StGB. hier eine Beschränkung der Landesgesetzgebung; dieselbe soll zwangsweise in der bezeichneten Weise nur vorgehen dürfen, wenn der Tatbestand eines Deliktes in jener äußeren Gestaltung festgestellt ist; nicht einfach aus dem Grunde, daß bei einem Kinde moralisch verwerfliche und leicht zu Delikten führende Triebe und

---

besitzen als ungebildete Bauernburschen, die das achtzehnte Lebensjahr überschritten haben. M. E. wird — abgesehen von den Sittlichkeitsdelikten — gegenwärtig auf die Geschlechtsreife allzuviel Gewicht gelegt.

<sup>133)</sup> Übereinstimmend *Olshausen* zu § 55 Anm. 6; *van Calker*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der auf Befehl begangenen Handlungen 1891; *Slupecki*, S. 13 ff.; Rg. III. 12/4.; II. 6/6. 82, E. 6 S. 186 (Nr. 69) u. S. 336, III. 19/4. 89, E. 19 S. 192 (Nr. 52). Das RG. läßt die natürlich und wirklich vorhandene Zurechnungsfähigkeit eines Kindes auch ungeachtet des § 55 zum Nachteil eines Teilnehmers gelten. In dem Urteile E. 19 S. 102 wurde bandenmäßiger Schmuggel bei Teilnahme eines Kindes unter 12 Jahren angenommen; ebenso in dem Falle E. 6 S. 182 Anstiftung zum Diebstahl mit dem erschwerenden Umstände des Einsteigens, da das Kind eingestiegen war. — A. M.: *H. Meyer*, § 32 Nr. 3. — Unhaltbar ist die Ansicht *Hersogs*, GS. 24 S. 453, der die völlige Zurechnungsunfähigkeit nur als persönlichen Strafausschließungsgrund behandelt und deshalb auch Anstiftung (im juristischen Sinne) eines Geisteskranken für möglich erklärt. Siehe dagegen *Lucas*, Die subjektive Verschuldung im d. Strafrecht, 1883 S. 96 Anm. 1; *v. Slupecki*, S. 15.

Neigungen sich äußern.<sup>134)</sup> Außerdem ist nach Maßgabe des § 56 noch die Beschränkung der Landesgesetzgebung zu beachten, daß diese Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt nicht über das vollendete 20. Lebensjahr hinaus dauern darf; denn wiewohl diese Schranke in § 56 direkt nur für Personen ausgesprochen ist, welche innerhalb der Altersgrenzen von 12 und 18 Jahren strafbare Handlungen begangen haben, so muß sie rationell ebenfalls für Personen gelten, deren Tat zeitlich noch unterhalb der Altersgrenze von 12 Jahren fällt.<sup>135)</sup>

§ 27. Für die Frage, ob wir es mit einem Delikte einer Person unter 12 Jahren zu tun haben, entscheidend ist der Zeitpunkt des betreffenden Willensaktes, nicht etwa die Vollendung des Deliktes. Sofern aber bei einem fortgesetzten Verbrechen einer der Willensakte, welche an sich genügen, das Delikt zu realisieren, in das spätere Lebensalter fällt, ist das Delikt nicht nach § 55, sondern nach § 56 zu beurteilen, darf aber nicht als fortgesetztes Delikt behandelt werden, wenn dies nur unter Berücksichtigung des vor dem Alterstermine begangenen Akte möglich wäre; denn diese sind rechtlich zugunsten des Schuldigen nicht als Deliktshandlungen zu behandeln. Die Gewerbmäßigkeit einer später vorgenommenen Handlung läßt sich allerdings auch aus vor dem Alterstermine vorgenommenen Handlungen folgern; denn hier kommen diese Handlungen nur als Tatsachen in Betracht; aber auch die Berücksichtigung früherer Handlungen bei der Frage der Gewohnheitsmäßigkeit hängt ab von der Bedeutung, welche man dem letzteren Begriffe beimißt.<sup>136)</sup>

§ 28. Im römischen Rechte bildet das Alter vom vollendeten 7. Lebensjahre bis zur *Pubertas*, also beim männ-

<sup>134)</sup> Vgl. preußisches Gesetz v. 2. Juli 1900 über die Fürsorgeerziehung Minderjähriger.

<sup>135)</sup> Die nach dem BGB. § 1666 mögliche gleichfalls vom Vormundschaftsgericht zu verhängende Unterbringung in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt setzt voraus, daß der Vater oder bzw. die Mutter sich einer Pflichtverletzung in Ansehung der Pflege oder Erziehung des Kindes schuldig macht. Für unter Vormundschaft im eigentlichen Sinne stehende Kinder ist das pflichtmäßige Einschreiten des Vormundschaftsgerichtes in jener Hinsicht nach § 1838 unbeschränkt.

<sup>136)</sup> Vgl. über diese Fragen namentlich *Slupecki*, der übrigens in der Bestimmung des § 55 nur einen rein persönlichen Strafausschließungsgrund erblickt und deshalb auch die früheren Handlungen für die Gewohnheitsmäßigkeit unbedingt mit in Anrechnung bringen will.

lichen Geschlecht bis zum vollendeten 14., beim weiblichen Geschlecht bis zum vollendeten 12. Lebensjahre eine Zwischenstufe. Die Regel der Zurechnungsfähigkeit ist hier nicht durchgreifend; wird der Nachweis geliefert, daß der Täter „*doli capax*“ oder insoweit *culpa* verantwortlich macht (was fast nur zivilrechtlich in Betracht kommt) „*culpa capax*“ ist,<sup>136a)</sup> so greift Strafe bzw. Verpflichtung zum Schadenersatz<sup>136b)</sup> Platz; in der Regel ist aber, wenn Schuldfähigkeit angenommen wird, die Impubertät doch Milderungsgrund. Die Schuldfähigkeit anlangend, so wird einerseits gesehen auf das *Infantia* oder aber der *Pubertas* nahe kommende Alter (*Infantiae* und andererseits *pubertati proximi*) und zugleich auf den Umstand, ob die Unzulässigkeit der strafbaren Handlung nach ihrem allgemeinen Deliktscharakter der noch nicht voll entwickelten Persönlichkeit einleuchten mußte. So läßt man *Impuberes* straffrei bei Verletzung rein positiver oder arbiträrer Verbote, wie bei Nichtbeachtung des *SC. Libonianum*.<sup>136c)</sup> Während also der zurechnungsfähige Erwachsene (*pubes*) als zurechnungsfähig in Beziehung auf alle und jede Deliktsarten, wird bei *Impuberes* die Frage der Zurechnungsfähigkeit in bezug auf die einzelnen Deliktsarten gestellt und beantwortet.

Das kanonische Recht<sup>140)</sup> bleibt bei diesen Sätzen stehen, die dann mit der Modifikation, daß für beide Geschlechter das vollendete 14. Lebensjahr als die entscheidende Grenze angenommen wird, in das frühere gemeine Recht übergehen.<sup>140a)</sup> Der Einfluß des deutschen Rechts, daß ursprünglich nur eine Grenze des Alters kannte, vor welcher keine und nach welcher volle strafrechtliche Verantwortlichkeit stattfand,<sup>141)</sup> zeigt sich

<sup>136a)</sup> Vgl. z. B. L. 111, D. 50, 17, L. 23, D. 47, 2, andere Stellen bei *Rein*, S. 206, 207 und *Mommsen*, S. 76.

<sup>136b)</sup> Es ist dies freilich bestritten. Vgl. aber L. 108, D. 50, 17. Solange man sich strenge an die *Leges* hielt, war allerdings jede Milderung ausgeschlossen, da diese *Leges* nur absolut bestimmte Strafen kannten, die Richter überhaupt die Strafe nicht bestimmten (*Poenae legis est*).

<sup>136c)</sup> L. 22 pr. D. 48, 10. — L. 14, D. 29, 5 (*SC. Silanianum*).

<sup>140)</sup> Can. 2, Causa 15, qu. 1; cap. 1, 2 *X. de delictis puerorum* 5, 23.

<sup>140a)</sup> C. C. C. 164; *Carpov*, qu. 143 n. 26, 27.

<sup>141)</sup> Kinder zahlen kein Friedensgeld; daß sie Buße zahlen, entspricht dem privatrechtlichen Charakter der Buße. Die Altersgrenze ist in den Volksrechten verschieden bestimmt; oft bildet das 12. Lebensjahr die Grenze, vgl. *Wilda*, S. 640, 64; *Baumert*, S. 18 ff. Eigentümlich ist, daß von den Volksrechten bis zu den sog. Rechtsbüchern keine weitere Entwicklung stattfindet, vgl. insbes. *Sächs. Landr.* II, 65, wo einfach noch die absolute Grenze von 12 Jahren festgehalten

nur in dieser Gleichstellung der Geschlechter. Besonderes Gewicht legte die nun sich entwickelnde gemeinrechtliche Theorie und Praxis hierbei einerseits auf das dem vollendeten 14. Lebensjahre sich annähernde Alter, einem Umstand, auf den schon die römische Jurisprudenz, in der späteren Zeit allerdings nur als Beweismoment für die *Doli capacitas*, Gewicht gelegt hatte, andererseits auf die besondere Bosheit, mit der etwa die Tat verübt sein mochte und die Schwere des Delikts,<sup>142)</sup> wie denn die C. C. C. beides mit den Worten hervorhebt: „wo aber der dieb nahend bei vierzehn Jar allt were und der diebstall groß, oder ob bestimmte beschwerliche umbstende so geferlich dabey gefunden wurden, also das die Bosheit das allter erfüllen möcht“. — Der letztere Satz „*Malitia supplet aetatem*“, der in den römischen Quellen nur in zivilrechtlicher Anwendung, zur Rechtfertigung der Versagung einer sonst dem Minderjährigen zukommenden Restitution (L. 3, pr. C. *si minor se majorem dixerit* 3, 42) sich findet, wird benutzt, um einerseits bei jugendlichen Delinquenten die Zurechnungsfähigkeit überhaupt anzunehmen,<sup>143)</sup> andererseits sie zuweilen der vollen Strafe, die einen Erwachsenen treffen würde, zu unterwerfen, so daß, wie noch S. F. Boehmer bemerkt, auch Todesstrafe gegen besonders boshafte Verbrecher unter vierzehn Jahren nicht durchaus ausgeschlossen war.<sup>144)</sup> Wenn man aber in der schlaun und besonders raffinierten oder kaltblütigen Ausführung eines Verbrechens gerade den Beweis der Zurechnungsfähigkeit und vollen Strafwürdigkeit erblickte, so befand man sich in einem Irrtum; es ist dies mit einer sittlichen Unreife vereinbar, welche staatliche Strafe, wie sie Erwachsenen angemessen ist, nicht gestatten kann.<sup>145)</sup>

wird. Eine auf Anerkennung einer Zwischenstufe deutende Unterscheidung nach der individuellen Reife des Kindes findet sich in den Anm. zum lübischen Recht II, 71. John, Das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit d. Rechtsbücher S. 101.

<sup>142)</sup> *Gandinus*, Rubr. de poenis reorum n. 30 will den *Impubes* nur im Falle eines *Crimen atrox* bestrafen. *Clarus* qu. 60 n. 2 verlangt zur Bestrafung 1. daß der Delinquent *pubertati proximus*, 2. daß er *doli capax* sei, 3. daß es sich um ein Delikt *in committendo* handele. Die *doli Capacitas* ist also bei *Clarus* zu einem Einzelerfordernis der Zurechnungsfähigkeit herabgesetzt.

<sup>143)</sup> *Kress*, in C. C. C. 179 § 2 n. 2.

<sup>144)</sup> *Medit* in C. C. C. 179 § 2. Ebenso *Cod. Maxim Bavar.* I § 14.

<sup>145)</sup> Vgl. in dieser Hinsicht *Müttermaier*, G. Arch. 7 S. 176, *Schwärze*, GS. 20 S. 435—448. Der Satz: „*Malitia supplet (superat) aetatem*“ kommt in etwas unbestimmter Form noch in der Partikulargesetzgebung des 19. Jahrhunderts

§ 29. Die Gesetzgebungen von Österreich,<sup>146)</sup> Preußen<sup>147)</sup> — aber diese letzteren nur für eine kurze Zeit —, Braunschweig (Art. 30) das Gesetz für die thüringischen Staaten § 61, das königl. sächs. Gesetz Art. 89 haben<sup>147a)</sup> dann mit Ausnahme des österreichischen unter Erstreckung des straffreien Alters bis zum vollendeten 14. Lebensjahre die Zwischenstufe, auf welcher eine individuelle Feststellung der Zurechnungsfähigkeit stattfinden soll, beseitigt, die Gesetzbücher für Braunschweig, Thüringen und Sachsen mit der ferneren Bestimmung, daß bis zur Erreichung einer Altersstufe von 21 bzw. 18 Jahren (Thüringen, Sachsen) Strafmilderung eintreten soll.

Die Mehrzahl der Gesetze — und zu diesen gehört, wie bemerkt, alsbald auch wieder das preußische Recht — behielt aber die Zwischenstufe der bedingten (individuell festzustellenden) Zurechnungsfähigkeit — und mit gutem Grunde; denn schon oberflächliche Beobachtung zeigt, daß in dem betreffenden

---

vor, insofern der Gesetzgeber bei Abmessung der Strafe gegen jugendliche Verbrecher auf Bosheit und Überlegung besonderes Gewicht legt. Vgl. z. B. hannov. CGB. Art. 100, sächs. StGB. Art. 90.

<sup>146)</sup> Schon die Theresiana Art. 11 § 6 kannte die Zwischenstufe individuell festzustellender Zurechnungsfähigkeit nicht und ließ nur vom 14. bis zum 16. Lebensjahre Strafmilderung eintreten. Das gegenwärtig noch geltende österreichische GB. §§ 327, 271 b ersetzt, indem es unbedingte Deliktsunfähigkeit bis zum vollendeten 10. Lebensjahre bestehen läßt, die individuelle Feststellung auf der Altersstufe vom 10. bis zum vollendeten 14. Lebensjahre gewissermaßen durch eine *Præsumptio et de jure*; auf dieser Altersstufe ist die jugendliche Person bei Handlungen, die sich als Verbrechen qualifizieren, ohne weiteres deliktsfähig, wird aber milder bestraft; dagegen ist sie bei Handlungen, die sich nur als Vergehen oder Übertretungen darstellen, nicht deliktsfähig, da sie nur der häuslichen Züchtigung und nach Umständen der Ahndung und Vorkehrung der Sicherheitsbehörde überlassen wird (nach einem Gesetze v. 24./5. 1885 auch Einbringung in eine Besserungsanstalt); *Finger*, das österreichische Strafrecht, 2. Aufl. 1 S. 150 ff. und GS. 49 S. 202.

<sup>147)</sup> Preuß. allgem. Landrecht II, 20, § 17: „Unmündige (d. h. noch nicht 14 Jahre alte Personen I, 1, § 25) und Schwachsinnige können zwar zur Verhütung fernerer Vergehen gezüchtigt, niemals aber nach der Strenge der Gesetze bestraft werden.“ Nach einem Reskript von 1796 sollte aber auch gegen Unmündige auf Kriminalstrafe erkannt werden „*si malitia superat aetatem*“. Da man Kinder unter sieben Jahren in der Praxis als unbedingt straffrei behandelte, so kehrte man so ziemlich zum gemeinen Rechte wieder zurück, allerdings mit dem Fortschritte, daß Todesstrafe, als unter „Züchtigung“ nicht mitbegriffen, gegen Kinder unter 14 Jahren ausgeschlossen war. *Temme*, Hdb. des preuß. Crim. Rechts S. 14, und *Baumert* a. a. O. S. 32, 33; vgl. auch *Hälschner*, Syst. d. preuß. Strafr. 1 S. 108.

<sup>147a)</sup> Nach dem hannoverschen CGB. Art. 99 fand auch, wenn das Verbrechen nicht „mit Unterscheidungskraft verübt“ war, nur eine (allerdings sehr bedeutende) Strafmilderung statt. Es konnte auf körperliche Züchtigung, Gefängnis oder höchstens Arbeitshaus erkannt werden.



Altersstadium die Fortschritte der geistigen Entwicklung sehr große individuelle Differenzen aufweisen, ohne daß deshalb bei den Zurückgebliebenen immer von einer krankhaften Störung der Entwicklung zu reden wäre. Die Beseitigung der Zwischenstufe war ein allerdings für die Praxis bequemer Rückschritt; für Österreich wird jetzt auch wieder die Zwischenstufe bedingter Zurechnungsfähigkeit eingefügt werden (Entw. v. 1893, § 62).<sup>148)</sup>

§ 30. Während nun das bayerische StGB. von 1813 (Art. 98, 99), an der Zwischenstufe mit individueller Feststellung der Zurechnungsfähigkeit festhaltend, nur im allgemeinen von der Voraussetzung spricht, daß die Zurechnungsfähigkeit vorhanden sein müsse, macht sich in späteren Partikulargesetzen der Einfluß des französischen Gesetzes<sup>149)</sup> geltend: man fordert wie dieses für die Bestrafung jugendlicher Personen das Handeln mit Unterscheidungsvermögen<sup>150)</sup> (das badische Gesetz § 79 verlangt in komplizierter Fassung die „zur Unterscheidung der Strafbarkeit erforderliche Ausbildung“).<sup>151)</sup> Es wird also die Entscheidung dem Wortlaute nach vorherrschend oder ausschließlich von der Intelligenz in strafrechtlicher Hinsicht abhängig gemacht, wie man überhaupt eine Zeitlang Zurechnungsfähigkeit und Intelligenz fälschlich identifizierte.<sup>152)</sup>

§ 31. Da das jugendliche Alter im allgemeinen geeignet ist, die Zurechnungsfähigkeit zu beeinträchtigen oder auszuschließen, so verstand es sich auch in der alten gemeinrecht-

<sup>148)</sup> Merkwürdig ist, daß das neue norwegische StGB. §§ 46, 56 diese Zwischenstufe nicht kennt, vielmehr Personen, die das 14. Lebensjahr vollendet haben, ohne weiteres als deliktsfähig behandelt und ihnen nur Strafmilderung zuteil werden läßt. Vgl. auch finnländisches GB. Kap. 3 §§ 1, 2, wonach das 15. Lebensjahr entscheidet.

<sup>149)</sup> Obschon der *Code pénal* art. 66 die negative Feststellung verlangt, daß der Angeklagte ohne Discernement gehandelt habe, wird nach der französischen Jurisprudenz angenommen, daß die Präsomption gegen die Zurechnungsfähigkeit der noch nicht Sechzehnjährigen spreche. Vgl. *Hélie* I n. 331.

<sup>150)</sup> Vgl. schon württemberg. StGB. Art. 96 a. E., hannov. CGB. Art. 99 (nach diesem Artikel hatte jedoch der Mangel des hinlänglichen Unterscheidungsvermögens nur eine besondere Strafmilderung, nicht aber völlige Straffreiheit zur Folge), besonders im engen Anschluß an den *Code pénal*: preuß. StGB. § 43.

<sup>151)</sup> So auch bayerisches StGB. v. 1861 Art. 76. Diese Fassung ermöglichte allerdings von einer wirklichen Bestrafung Abstand zu nehmen, wenn die strafbare Handlung wesentlich auf vernachlässigte oder schlechte Erziehung zurückzuführen war. Vgl. *Hocheder*, D. StGB. für das Königr. Bayern I (1862) S. 381.

<sup>152)</sup> Man vgl. z. B. noch *Berner* in d. 14. Aufl. seines Lehrbuchs (1886) § 14, andererseits aber die §§ 41—44 der 18. Aufl. (1898) desselben Lehrbuchs.

lichen Praxis von selbst, daß bei Impuberes die Zurechnungsfähigkeit besonders untersucht und, sollte eine Verurteilung erfolgen, festgestellt werden mußte.

Diesen Satz nahm das *Code pénal* im Art. 67 auf und der *Code d'instruction criminelle* Art. 340 wandte ihn auf das Schwurgerichtsverfahren folgerichtig in der Weise an, daß in Beziehung auf einen Angeklagten unter 16 Jahren (d. h. einen Angeklagten, der zur Zeit der Handlung noch nicht 16 Jahre alt war) bei Strafe der Nichtigkeit des Verfahrens die Frage zu stellen ist, ob der Angeklagte mit „Discernement“ gehandelt habe.<sup>152a)</sup> Unter dem Discernement wurde indes nichts anderes als die Zurechnungsfähigkeit verstanden, allerdings dem römischen Rechte entsprechend bei jugendlichen Personen (Impuberes) unter Berücksichtigung des besonderen Deliktcharakters der in Frage stehenden Straftat.

Das preußische StGB.<sup>153)</sup> §§ 42, 43 und das preußische Strafprozeßgesetz v. 3. Mai 1852 Art. 83 schlossen sich diesen Bestimmungen des französischen Rechts an, unter Wiedergabe des französischen Wortes „Discernement“ durch das deutsche Wort „Unterscheidungsvermögen“, und da das erwähnte Strafprozeßgesetz in Art. 81 auch eine auf Antrag zu stellende Frage nach der „Zurechnungsfähigkeit“ kannte, so glaubte das preußische OT. in dem Unterscheidungsvermögen ein mit der Zurechnungsfähigkeit nicht identisches Moment, ein besonderes Element der Zurechnungsfähigkeit erblicken zu sollen, eine Intelligenz der noch nicht sechzehnjährigen Person, durch welche diese Person einer Erwachsenen gleichgestellt werde, so daß im einzelnen Falle ungeachtet der Feststellung, daß die Tat mit Unterscheidungsvermögen begangen sei, noch die Feststellung der Zurechnungsunfähigkeit und eine hierauf gerichtete Frage im schwurgerichtlichen Verfahren für möglich erklärt wurde.<sup>154)</sup> Gegen diese Ansicht, welche von *Oppenhoff*<sup>155)</sup> geteilt wurde, erklärten sich zwar *Mittermaier*,<sup>156)</sup> *Abegg*<sup>157)</sup> und

<sup>152a)</sup> *Herm. Schmidt*, Die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht (§§ 56—58 d. RStGB.) 1902 (Göttinger Diss.).

<sup>153)</sup> *Ortolan* 1 n. 288; vgl. auch den Artikel «*Discernement*» in den *Pan-dectes françaises*.

<sup>154)</sup> OT. 17./9. 52, G. Arch. I S. 52.

<sup>155)</sup> Zu § 42 des preuß. StGB. Anm. 4.

<sup>156)</sup> G. Arch. 7 S. 176.

<sup>157)</sup> G. Arch. 7 S. 727 ff.

*Hälschner*,<sup>158)</sup> welche vielmehr in dem Worte „Unterscheidungsvermögen“ nur einen anderen Ausdruck für Zurechnungsfähigkeit zu finden vermochten. Gleichwohl hat jene Ansicht dazu geführt, daß, ungeachtet einer klaren, die Ansicht des OT. widerlegenden Auseinandersetzung *Johns*<sup>159)</sup> im gegenwärtigen StGB. § 56 als Erfordernis der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Personen unter 18 Jahren der Besitz „der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht“ gefordert ist; es sollte damit, wie die Motive des zweiten Entwurfs ausführten, der Ausdruck Unterscheidungsvermögen verständlicher gemacht und zugleich zum Ausdruck gebracht werden, daß „der Täter zu erkennen imstande gewesen sei, daß seine Pflicht die Unterlassung der speziellen Handlung fordere, und er durch Begehung der letzteren sich einer Kriminalstrafe aussetze.“

Danach ist dem Wortsinn zufolge in der Tat den Personen unter 18 Jahren ein nicht nur prozessuales Privileg erteilt,<sup>159a)</sup> welches der Natur der Sache nicht entspricht. Sie sollen nicht nur, wie nach römischem und gemeinem Recht, vor den völlig Erwachsenen das Privileg genießen, daß ihre Zurechnungsfähigkeit nicht nur im allgemeinen, vielmehr auch in bezug auf die Beschaffenheit des einzelnen in Frage stehenden Delikts geprüft werde; es wird zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit gefordert, daß ihnen auch eine Einsicht zukomme, welche ermöglicht zu erkennen, daß ihre Handlung strafbar sei; nicht genügt die Einsicht, daß die Handlung verwerflich (unzulässig) oder, wie man gegenwärtig meist sagt, normwidrig sei.<sup>160)</sup> Dagegen wird nach der Ansicht des RG. nicht gefordert, daß die Strafbarkeit der Tat von dem Angeklagten auch wirklich erkannt sei.<sup>161)</sup>

<sup>158)</sup> Preuß. Strafr. 1 S. 110.

<sup>159)</sup> Entwurf zu einem StGB. für den Norddeutschen Bund S. 280.

<sup>159a)</sup> Über die prozessualen Konsequenzen des Einsichtserfordernisses nach StGB. §§ 56—58, je nachdem man in jenem Erfordernis nur ein Moment der allgemeinen Zurechnungsfähigkeit oder ein besonderes (materielles) Privileg der jugendlichen und Taubstummen erblickt: *Ocker*, G. Arch. 47 S. 321—348.

<sup>160)</sup> Obschon es selbstverständlich nicht erforderlich sein soll, daß die jugendlichen Personen den Grad der Strafbarkeit ihrer Handlung richtig beurteilen. (So RG. III 18./1. 82. E. 5 S. 395).

<sup>161)</sup> So insbesondere *Oppenhoff-Delius* § 56, 3 ff.; *Schwärze* § 56 Nr. 2—4; *Olshausen* § 56, Anm. 4. — Eine neue Ansicht hat *Herm. Schmidt* in der Anm. 152<sup>a)</sup> zitierten Dissertation aufgestellt. Er erblickt in der betreffenden

Diese subtile Unterscheidung spielt in Revisionsurteilen des RG.<sup>162)</sup> eine erhebliche Rolle, und die Praxis muß die dem Wortlaut des Gesetzes entsprechende Formel in den Urteilen und in die den Geschworenen zu stellenden Fragen pflichtschuldigst aufnehmen, wenn sie Urteil und Hauptverhandlung nicht der Aufhebung im Wege der Revision ausgesetzt sehen will.

In Wirklichkeit aber wird man sich entweder begnügen mit der Feststellung, daß der Angeklagte die Unzulässigkeit (Verwerflichkeit) der Tat einsah, oder daß er wußte, daß die Tat wirklich strafbar sei; denn genau betrachtet steht die Intelligenz, welche dem Handelnden ermöglicht zu erkennen, daß der Staat oder die Rechtsordnung Grund habe, seine Handlungsweise zu bestrafen, erheblich höher, als die Einsicht dessen, der eine einzelne Handlung als eine wirklich strafbare erkennt oder weiß; setzt doch die erstere Einsicht die Möglichkeit voraus, rechtsphilosophische oder rechtspolitische Erwägungen anzustellen.<sup>162a)</sup>

---

Bestimmung des StGB. nur ein prozessuales Privileg (S. 61) und in der „Einsicht“ in die Strafbarkeit daher ein auch bei erwachsenen Personen geltendes Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit, verwirft aber alle diejenigen Ansichten, welche die Einsicht der Jugendlichen in die Pflichtwidrigkeit, in die sittliche Bedeutung der Handlung, Unerlaubtheit, Rechtswidrigkeit usw. genügen lassen; es soll vielmehr derjenige Grad intellektueller Entwicklung bezeichnet sein, „welcher (dem Täter) die Fähigkeit verleiht einzusehen, daß seine Handlung eine vom geltenden Rechte sicher oder möglicherweise verbotene und mit Kriminalstrafe bedrohte ist“ (S. 34). Indes durch die unscheinbar eingefügte Alternative „oder möglicherweise mit Kriminalstrafe bedrohte“ vernichtet *Schmidt*, ohne es zu bemerken, seine früheren Ausführungen und seine eigene Ansicht. Die Einsicht, daß eine Handlung möglicherweise strafbar sei, ist nichts anderes als die Einsicht, daß die Handlung strafwürdig sei. Diese verhängnisvolle Alternative findet ihre Erklärung darin, daß, bei Aufstellung des Erfordernisses der Fähigkeit die wirkliche (positive) Strafbarkeit der Handlung einzusehen, der besondere, für die Jugendlichen bestehende Rechtssatz entweder zu einem materiellen Privileg vor den Erwachsenen sich gestalten müßte, oder daß zur Zurechnungsfähigkeit auch der Erwachsenen die Fähigkeit verlangt würde, die positive Strafbarkeit der einzelnen Handlung einzusehen. Diese letztere Ansicht aber würde den Rechtsirrtum in einer unerträglichen Weise privilegieren, eine Klippe, welche *Schmidt*, wie es scheint, vermeiden wollte. So ist das Ergebnis der sonst sorgfältigen Arbeit an einer anderen Klippe gescheitert.

<sup>162)</sup> Vgl. z. B. RG. II 14./12. 86. E. 15 Nr. 27 S. 97. (Es sei unerheblich, ob der Angeklagte zu erkennen vermochte, daß seine Tat dem Sittengesetz widerstreite; vielmehr müsse er instande sein die Strafbarkeit zu erkennen.) RG. III 18./1. 82. E. 5 Nr. 127 S. 395: das Gesetz verlange nicht, daß solche Personen (Personen unter 18 Jahren) die Strafbarkeit ihrer Tat wirklich erkannt haben. — Vgl. ferner z. B. RG. II 10./7. 83. Rs. 5 S. 512. IV 1./2. 1900. E. 33 Nr. 35 S. 108.

<sup>162a)</sup> Nach dem zitierten Urteile E. 5 S. 396 soll es nur auf die Fähigkeit zur Einsicht ankommen, daß die konkrete Tat strafbar sei, nicht auf die Fähigkeit

Daher haben *Binding*,<sup>163)</sup> *Geyer*<sup>164)</sup> und *Ullmann*<sup>165)</sup> sachlich Recht, wenn sie, über den Wortlaut sich hinwegsetzend und die praktisch unmöglich durchzuführende Unterscheidung aufgebend, die Ansicht vertreten, daß der jugendliche Angeklagte, um verantwortlich zu sein, auch nach dem StGB. nur genügende Reife der Intelligenz zu besitzen brauche, um die Unzulässigkeit<sup>165a)</sup> oder Verwerflichkeit oder, wie man meist sagt, Normwidrigkeit seiner Handlungsweise einsehen zu können.

§ 32. Wenngleich der älteren Ansicht entsprechend das Wort „Discernement“ für die Frage der Zurechnungsfähigkeit einseitig das intellektuelle Moment hervorhebt,<sup>165b)</sup> so betrachtet man in Frankreich, wie bemerkt, das Wort „Discernement“ doch gleichbedeutend mit Zurechnungsfähigkeit. Auch für das preußische StGB. ließ sich die gleiche Ansicht für die Bedeutung des Wortes „Unterscheidungsvermögen“ deshalb vertreten, weil § 42 dieses Gesetzbuchs die Verantwortlichkeit davon abhängig machte, ob der Angeklagte „mit Unterscheidungsvermögen das Verbrechen oder Vergehen begangen“ habe; denn das Unterscheidungsvermögen kann nur dann seine Wirkung richtig ausüben, wenn die Widerstandskraft des Handelnden gegen den Anreiz zur Handlung genügend entwickelt ist und auch nicht durch Krankheit oder andere besondere Umstände

---

einer bewußten Reflexion. Wie diese Unterscheidung in Wirklichkeit durchgeführt werden kann, ist mir unverständlich, wenn doch nicht die wirkliche Erkenntnis der Strafbarkeit entscheiden soll. Die Fähigkeit, ohne Reflexion etwas zu erkennen, muß im einzelnen Falle die wirkliche Erkenntnis ergeben. Die Meinung, daß man eigentlich doch nach dem StGB. die wirkliche Erkenntnis der Strafbarkeit im einzelnen Falle fordern müsse, blickt durch in dem Schlusssatze der Entscheidungsgründe des Urteils RG. III 8./2. 82 E. 6 Nr. 10 S. 22. Die Fähigkeit eines Angeklagten, die Strafbarkeit einer Handlung dann zu erkennen, wenn sie ihm von anderer Seite klar gemacht wird, ist allerdings von jener ersteren Fähigkeit zu unterscheiden und kann, wie RG. IV 1./2. 1900 E. 33 S. 108 ausführt, nicht genügen. Nach dem italienischen GB. begnügt man sich nicht mit der Fähigkeit zur Einsicht, verlangt vielmehr zur Verantwortlichkeit des jugendlichen Angeklagten, daß er das Unerlaubte seiner Handlung wirklich erkannt habe. *Impallomeni* 1 n. 127.

<sup>163)</sup> Normen 2 S. 81 ff.

<sup>164)</sup> Normen 1 S. 103.

<sup>165)</sup> GS. 31 S. 616 ff.

<sup>165a)</sup> Der Ausdruck „Unzulässigkeit“ ist, wie oben dargelegt worden, vielleicht der zutreffende.

<sup>165b)</sup> Man ist gegenwärtig darüber fast einverstanden, daß nicht nur die intellektuelle Entwicklung, sondern auch die sittliche Reife in Betracht kommt.

gehemmt ist, oder, um mit der Sprache unseres Gesetzes zu reden, wenn allgemeine Willensfreiheit vorhanden ist.<sup>165c)</sup>

Nach der im StGB. veränderten Fassung dagegen ist es unmöglich, dem entsprechenden Satze des StGB. die gleiche Bedeutung beizulegen; denn es wird nicht gefragt, ob der Angeklagte mit Erkenntnis der Strafbarkeit gehandelt habe, sondern ob er die erforderliche Einsicht besessen habe, um die Strafbarkeit der Handlung zu erkennen. Der Besitz der Einsicht aber sagt nicht, daß diese Einsicht auch bei Vornahme der Handlung gewirkt habe.<sup>166)</sup> Abgesehen also davon, daß das traditionelle Wort „Unterscheidungsvermögen“ beseitigt und durch Verwendung des Wortes „Einsicht“ noch einseitiger das intellektuelle Element der Zurechnungsfähigkeit hervorgehoben ist, muß man jetzt anerkennen, daß genau betrachtet die Annahme, der Angeklagte habe jene Einsicht zur Zeit der Handlung besessen, noch nicht die Zurechnungsfähigkeit feststellt; vielmehr kann diese Feststellung nur dann als geschehen betrachtet werden, wenn der Feststellung, daß der Angeklagte die Handlung begangen habe, die Bedeutung beigelegt wird, die Handlung sei im übrigen mit allen Erfordernissen der Zurechnungsfähigkeit begangen. Diese Bedeutung hineinzulegen ist möglich; aber nach der richtigen Ansicht, welche nicht nur die Entwicklung der Intelligenz, sondern bei Jugendlichen die meist vorhandene stärkere und nicht genügend zu beherrschende Kraft des Trieblebens ins Auge faßt, wird man dem Begehen der strafbaren Handlung diese Bedeutung nicht beilegen müssen.

So ist genügende Garantie nicht vorhanden gegen eine engere und dem jugendlichen Angeklagten höchst nachteilige Auffassung des Begehens der Handlung, der zufolge mit der Annahme, daß Einsicht vorhanden war, ohne weiteres über die

<sup>165c)</sup> Die bei Jugendlichen meist vorhandene größere gemüthliche Erregbarkeit (vgl. *Aschaffenburg* in *Hoches* Handb. S. 54, 55) wird in dem Wortlaut unseres StGB. nicht berücksichtigt. — Nach dem schweizerischen Vorentwurf von 1893 sollte es bei den jugendlichen Angeklagten (zwischen 14 und 18 Jahren) auf „sittliche und geistige Reife“ ankommen. Der Vorentwurf von 1903 stellt bestimmte Kriterien gar nicht auf. Vgl. unten.

<sup>166)</sup> Wenn aber festgestellt wird, daß der jugendliche Angeklagte, ohne die fragliche Einsicht zu besitzen, gehandelt habe, so ist damit seine Zurechnungsfähigkeit verneint, und einem etwa vorangegangenen „Schuldig“ die Bedeutung entzogen, der Angeklagte also vom Gerichtshofe freizusprechen. So richtig: RG. III 19./10. 95 E. 27 Nr. 139 S. 392.

sonstigen Erfordernisse der Zurechnungsfähigkeit hinweggegangen wird.

§ 33. Die Fassung des gegenwärtigen Gesetzes ist daher eine mangelhafte, verunglückte.

Richtiger dürfte die folgende Fassung sein:

Freizusprechen ist ein Angeschuldigter, der bei Begehung einer strafbaren Handlung das zwölfte (vierzehnte), aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hatte, wenn entweder ihm die erforderliche Einsicht in die Unzulässigkeit der von ihm vorgenommenen Handlung, oder die bei einer älteren Person vorauszusetzende geistige Widerstandskraft fehlte,<sup>166a)</sup> oder diese Widerstandskraft durch geistige Krankheit gestört oder durch andere Ursachen vorübergehend gehemmt war.<sup>167)</sup>

Diese Fassung ist nicht radikal abweichend von der bisherigen. Von einer radikal abweichenden wird später zu reden sein.

§ 34. Für erwachsene Personen gilt der Grundsatz, daß bei Existenz von Tatsachen, welche auf Zurechnungsunfähigkeit hindeuten, die Zurechnungsfähigkeit positiv bewiesen werden muß, wenn Verurteilung erfolgen soll. Diesem Grundsatz entspricht es, daß einem Angeklagten, welcher, noch nicht 18 Jahre alt, eine strafbare Handlung begangen haben soll, die Zurechnungs-

<sup>166a)</sup> Vgl. auch das russische StGB. v. 1903 Art. 41 in der französischen Übersetzung: «*N'est pas imputable l'infraction commise par un mineur de dix à dix-sept ans qui ne pouvait pas comprendre la nature et le sens de ce qu'il faisait ou diriger ses actions*». Gretnier, GS. 69 S. 43, übersetzt die letzten Worte: „oder sein Tun nicht zu beherrschen vermochte“. — Der österreichische Regierungsentwurf v. 1891 behielt einfach die Ausdrucksweise des deutschen StGB. bei; nach den Anträgen des Abgeordnetenhauses (§ 61) soll das Strafgesetz keine Anwendung finden, „wenn . . . die zur vollen Erkenntnis des begangenen Unrechts erforderliche Reife gefehlt hat“. Diese Bestimmung ist ungenügend; Reife des Urteils ist nicht identisch mit Reife des Charakters oder der Persönlichkeit im ganzen.

<sup>167)</sup> Es scheint richtig in dem betreffenden Paragraphen auch die krankhaften Störungen, die bei Erwachsenen in Betracht kommen, nicht zu übergehen, und um so richtiger, als sie bekanntlich in den sog. Entwicklungsjahren sich besonders oft und stark geltend machen, also ein besonderer Hinweis darauf an dieser Stelle nützlich sein wird. Außerdem kann aus letzterem Grunde in jedem Falle zur Bestrafung der Nachweis verlangt werden, daß die Entwicklung des Angeklagten, wenn er zu Strafe verurteilt werden soll, eine normale war, während bei Erwachsenen dieser Nachweis nur dann zu liefern ist, wenn mindestens irgend ein Anhaltspunkt für Annahme geistiger Krankheit vorhanden ist. — Hélie 1 n. 326 sagt: «*Une présomption d'innocence est établie . . . en faveur des prévenus qui n'ont pas atteint l'âge de seize ans*».

fähigkeit zur Zeit der Handlung stets besonders nachgewiesen werden muß; denn das jugendliche Alter ist eine entschieden auf mangelnde Zurechnungsfähigkeit hindeutende Tatsache.

Die Beweislast, wenn von solcher im Strafprozeß überhaupt zu reden ist, trifft daher die Anklage und ungeachtet der scheinbar abweichenden Wortfassung des StGB. § 56 nimmt auch die herrschende Meinung und mit ihr das RG. an, daß zur Verurteilung einer jugendlichen Person stets die positive Feststellung der erforderlichen Einsicht in die Strafbarkeit der Handlung verlangt werde.<sup>168)</sup> Und wenn StPO. § 298 die Stellung einer darauf bezüglichen besonderen Frage für das schwurgerichtliche Verfahren vorschreibt, so genügt es zur Verurteilung im Verfahren ohne Geschworene nicht, wenn aus einem der Grenze von 18 Jahren nahestehenden Alter ohne weiteres die erforderliche Einsicht gefolgert wird.<sup>169)</sup>

§ 35. Man ist, wie bemerkt, darüber einverstanden, daß bei jugendlichen Personen die Zurechnungsfähigkeit (nach dem StGB. die Einsicht) mit Rücksicht auf die Natur des in Frage stehenden Delikts festzustellen sei.<sup>169a)</sup> Dies ist gerechtfertigt durch die Art und Weise der im jugendlichen Alter allmählich vorschreitenden Reife. Es ist klar, daß manche Verbote

<sup>168)</sup> Vgl. z. B. RG. III 12./1. 81 E § Nr. 74 S. 198 und dazu *Olshausen*, § 56 Anm. 3. — Zweifelhaft kann es erscheinen, ob der Besitz der Einsicht ein Tatbestandsmoment im Sinne des § 266 Abs. 1 der StPO. darstellt, oder als Schuld- oder Strafausschließungsgrund der Bestimmung des § 266 Abs. 2 der StPO. unterliegt. Nach der ersten Annahme müßte der Besitz der Einsicht nicht nur stets im Urteil festgestellt, sondern es müßte auch angegeben werden, aus welchen Tatsachen der Besitz der Einsicht gefolgert werde. Nach der zweiten Auffassung wäre der Besitz der Einsicht nur festzustellen, wenn ihr Fehlen behauptet wäre, und es bedürfte dann keiner besonderen Begründung (vgl. darüber *Kraschel* im „Recht“ 8 S. 377). Genau betrachtet gehört nun die Zurechnungsfähigkeit zum (subjektiven) Tatbestande des Delikts; nach praktischen Gründen aber bedarf es ihrer besonderen Feststellung nur, wenn ihr Nichtvorhandensein besonders behauptet ist oder besondere Anhaltspunkte für diese Nichtexistenz in den Verhandlungen sich ergeben haben. Das jugendliche Alter ist nach dem StGB. stets als ein besonderer Anhaltspunkt zu betrachten. Daher ist StPO. § 266 Abs. 2 anzuwenden, obschon der Begriffslogik zufolge Abs. 1 Platz greifen müßte: also stets Notwendigkeit der Feststellung, nicht aber der weiteren Begründung. Im Ergebnisse wesentlich übereinstimmend: RG. IV 24./2. 1903, E. 36 Nr. 42 S. 112. — (Die Begründung wird, wie RG. bemerkt, jedenfalls in der Revisionsinstanz nicht nachzuprüfen sein.) Vgl. übrigens RG. I 3./10. 96, E. 29 Nr. 38 S. 98. — Nach englischem Rechte wird bis zum vollendeten 14. Jahre die *Incapacitas dolii* präsumiert. *Russell* I S. 114.

<sup>169)</sup> RG. I 3./10. 96, E. 29 Nr. 38 S. 98.

<sup>169a)</sup> Auch in der französischen Jurisprudenz anerkannt. *Ortolan* 1 n. 289.



dem jugendlichen Geiste mehr einleuchten und als Hemmungen des dem Verbote widersprechenden Handelns sich geltend machen müssen als andere; so das Verbot des Diebstahls, der Körperletzung, der Sachbeschädigung eher als das Verbot der Fälschung, des Widerstands gegen die Obrigkeit, der Majestätsbeleidigung.<sup>169b)</sup> Bei erwachsenen Personen müßte man nach deren besonderen Lebenserfahrung unterscheiden; diese und namentlich ihre Bedeutung für Denken und Empfinden läßt sich jedenfalls nicht hinreichend feststellen: dem einen macht diese, dem anderen jene Erfahrung oder auch Beobachtung oder Erzählung einen tieferen Eindruck. Man würde daher mit analoger Übertragung des für jugendliche Personen geltenden Grundsatzes dem Richter eine unlösbare Aufgabe stellen. Es würde darauf hinauskommen, daß der erwachsenen Person jedesmal nachgewiesen werden müßte, sie habe gewußt oder wissen müssen, daß ihre Handlungsweise unzulässig sei, ohne daß mit irgend einer allgemeinen Präsumtion oder Regel geholfen werden könnte. Eben deshalb genügt aber auch bei erwachsenen Personen, daß sie einen bestimmten, zur Zurechnungsfähigkeit erforderlichen Grad der Intelligenz besitzen, und ist es nicht erforderlich, daß ihnen der Gebrauch derselben nachgewiesen werde. Dagegen verhält es sich anders bei jugendlichen Personen. Die mangelnde Reife äußert sich auch in dem mangelnden Gebrauche der etwa vorhandenen Intelligenz, und daher ist es prinzipiell falsch und praktisch undurchführbar, wenn das gegenwärtige deutsche Gesetz abweichend von der französischen und italienischen Jurisprudenz Besitz und andererseits Gebrauch der Einsicht in bezug auf eine einzelne konkrete Handlung unterscheiden und den Besitz der Einsicht genügen lassen will.<sup>169c)</sup> In dem Augenblicke, in welchem eine konkrete Handlung vorgenommen wird, bedeutet Besitz der zu einem bestimmten Erkennen erforderlichen Intelligenz auch die Erkenntnis selbst; daß der

<sup>169b)</sup> Man darf dabei nicht nach umfangreicheren Deliktsgruppen unterscheiden, z. B. wenn man dem Jugendlichen die erforderliche Einsicht zuschreibt, daß ein Diebstahl verboten sei, ihn auch in Ansehung einer Fundunterschlagung für deliktsfähig erachten, weil Diebstahl und Fundunterschlagung zu den Eigentumsdelikten gehören. Daß man gefundene Sachen sich nicht ohne weiteres aneignen darf, wird ein Kind erst später einsehen. Vgl. die treffende Bemerkung *Herm. Schmidts* S. 49.

<sup>169c)</sup> Vgl. oben Anm. 162<sup>a</sup>.

Angeklagte zu einem anderen Zeitpunkte diese Intelligenz besaß, ist mit Rücksicht auf diese Handlung gleichgültig.

Es wird aber nicht nur auf die Deliktsart im allgemeinen ankommen — woran freilich meist ausschließlich scheint gedacht zu werden —, sondern auch auf die konkrete Tat, insbesondere auf die Rechtswidrigkeit im konkreten Falle; z. B. wird leicht eine jugendliche Person die Grenzen erlaubter Notwehr, Selbsthilfe oder straffreier Retorsion überschreiten und dabei von der Meinung ausgehen, sich völlig im Rechte zu befinden.

Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit wird weit seltener anzunehmen sein, als Verantwortlichkeit wegen *Dolus*, da dem jugendlichen Alter meist Besonnenheit<sup>169b)</sup> fehlt, Verantwortlichkeit wegen Unterlassung ebenso weniger leicht, als Verantwortlichkeit durch positives Handeln,<sup>170)</sup> Verantwortlichkeit wegen Täterschaft dagegen eher, als Verantwortlichkeit wegen Beihilfe, da die Jugend gegen Verleitung weniger widerstandsfähig ist. Verurteilung wegen persönlicher Begünstigung wird bei einem jugendlichen Angeklagten kaum zu rechtfertigen sein.

Die deutschen Prozeßordnungen (CPO. § 393, StPO. § 56) schließen von der Eidesleistung Personen unter sechzehn Jahren unbedingt aus. Darin liegt eine *Praesumptio juris et de jure*, daß diese Personen die erforderliche geistige Reife zur Leistung eines Eides noch nicht besitzen; die besondere Untersuchung, welche § 56 vorschreibt, fällt also weg, und die Verfolgung muß, wenn versehentlich eine solche Person beeidigt sein sollte, von vornherein für ausgeschlossen erachtet werden, wie dies auch die herrschende Ansicht in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht annimmt.<sup>170a)</sup> Dafür spricht auch die Zusammenstellung in beiden Prozeßordnungen mit Personen, die wegen mangelnder Verstandsreife keine Vorstellung von

<sup>169b)</sup> In diesem Sinne auch *Impallomeni* n. 127. Der Wortlaut der §§ 56, 57 des StGB. führt hier wieder irre, insofern ausschließlich Gewicht gelegt wird auf die mangelhafte Intelligenz.

<sup>170)</sup> Vgl. in diesem Sinne schon *Clarus*, § fin. qu. 60 n. 1. — Es wird auch der Fall sein können, daß eine jugendliche Person zwar nähere tatsächliche schädliche Folgen einer Handlung erfaßt, nicht aber entferntere.

<sup>170a)</sup> *Berner* S. 427; *Hülschner* 2 S. 910; *Liszt* § 181 Nr. 1, Die falsche Aussage vor Gericht S. 123; *Merkel* S. 511; *Binding*, Lehrb. 2, 1 S. 146 ff. A. M.: *H. Meyer* § 140; *Olshausen* § 153 n. 3a; *Frank* vor § 153 n. IV und jetzt (im Gegensatz zu dem früheren Urteil III. 26/3. 81 E. 4 Nr. 13 S. 32): Ver. S. 23/5. 1903 E. 36 Nr. 98 S. 278.

der Bedeutung des Eides haben. Ebenso liegt,<sup>171)</sup> obwohl dies bestritten und das RG.<sup>172)</sup> insbesondere anderer Ansicht ist, die Sache im Falle des StGB. § 176, 3. Wenn das Gesetz die Vornahme unzüchtiger Handlungen ohne Gewaltanwendung an Personen unter 14 Jahren, selbst abgesehen von dem Falle der Verleitung, und sogar in dem Falle straft, daß die noch nicht 14jährige Person die unzüchtige Handlung selbst provoziert hat, so ist damit ausgesprochen, daß Personen, welche noch nicht das Alter von 14 Jahren erreicht haben, die Einsicht in die sittliche Bedeutung einfach unzüchtiger — nicht mit Gewalt vorgenommener — Handlungen nicht besitzen.

§ 36. Selbstverständlich kann, wenn ein jugendlicher Angeklagter mehrere Straftaten in Realkonkurrenz begangen hat, die Einsicht (der Besitz der Einsicht, die Zurechnungsfähigkeit) für eine dieser Straftaten vorhanden sein, für eine andere fehlen, und bei Idealkonkurrenz ist es ebenfalls möglich, daß bei dem Angeklagten jenes Moment für das eine Beziehung der Tat zuzuschreiben ist, während es für die andere Beziehung nicht existiert; die konkrete Tat verletzt mehrfache Lebensinteressen der Gesellschaft und ihre strafrechtliche Bedeutung wird deshalb nur durch gleichzeitige Subsumtion unter mehrere Strafgesetze erschöpft; das Verständnis für die durch eines dieser Strafgesetze geschützte Lebensinteresse kann vorhanden sein, für das durch ein anderes Strafgesetz geschützte Lebensinteresse fehlen.<sup>172a)</sup> So wäre z. B. Verurteilung wegen Körperverletzung und Freisprechung wegen der ideal konkurrierenden Widersetzung möglich. Aber auch bei bloßer Gesetzeskonkurrenz kann der Fall eintreten, daß man für jugendliche Angeklagte ein anderes (milderes) Strafgesetz zu wählen hat, als für Erwachsene. Wenn Dorfjungen im Alter von 13 und 14 Jahren die Isolatoren von Telegraphenstangen

<sup>171)</sup> Im Ergebnisse übereinstimmend *H. Meyer* § 143, 5; *Schwabe* zu § 176 Nr. 21; *Olshausen* Nr. 16a; *Liszt* § 105, Anm. 4; *Hälschner* 2 S. 228; *Frank* zu § 176 III.

<sup>172)</sup> III. 18/12. 82; E. I. 23/1. 90 E. 7 S. 352 Nr. 106; E. 20 S. 181 Nr. 63. — *Binding*, Lehrb. 1 S. 198; *v. Kries*, Zeitschr. 7 S. 529.

<sup>172a)</sup> Dies entspricht der vorherrschend vertretenen Meinung. Bayerischer K. H. 27/11. 83; *Stengleins* Zeitschr. 3 S. 82; RG. I. 18/12. 84 E. 11 Nr. 113 S. 387; *Frank* § 56 II; *Finger* 1 S. 217. — A. M.: *Olshausen*, der sich an das Wort „Einsicht in die Strafbarkeit“ hält und daher, wenn diese irgend vorhanden ist, den jugendlichen Angeklagten (abgesehen von der Strafmilderung) einem völlig Erwachsenen gleichstellt.

zu Zielpunkten eines Steinbombardements nehmen, so wird man gerechterweise sie meist nur wegen Sachbeschädigung, nicht wegen Gefährdung des Betriebes einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenleitung verurteilen können.<sup>173)</sup> Nach der Konsequenz des Prinzips wird aber auch ein erschwerendes Moment bei einem Delikte bei der Verurteilung eines jugendlichen Angeklagten nicht zu beachten sein,<sup>174)</sup> wenn zwar die erforderliche Reife vorhanden war, die Strafbarkeit des Delikts im allgemeinen, nicht aber die erhöhte Strafbarkeit des qualifizierenden Momentes einzusehen.<sup>175)</sup>

Es ist kein Gegengrund, daß bei erwachsenen Angeklagten dergleichen Unterscheidungen nicht gemacht werden;<sup>176)</sup> denn bei diesen wird überhaupt nur nach der psychischen Abnormalität im allgemeinen gefragt. Es ist ebenso kein Gegengrund, daß Nichtkennen des Strafgesetzes nicht entschuldigt; dieser Satz<sup>177)</sup> gilt bei Erwachsenen, weil von ihnen gefordert wird, daß sie von der ihnen innewohnenden Intelligenz den erforderlichen Gebrauch machen; diese Forderung gilt aber nicht bei jugendlichen Personen, denen es an der dazu erforderlichen Reife fehlen kann.<sup>177a)</sup>

<sup>173)</sup> *Dambach* GS. 23 S. 260—262; *Schwarsse* § 56 Nr. 3. A. M.: *Herm. Schmidt* S. 53, der selbstverständlich auch in bezug auf erschwerende Momente die strengere (m. E. prinzipwidrige) Ansicht verteidigt, dann aber durch (m. E.) unrichtige Anwendung des Vorsatzbegriffs seiner Ansicht wieder die Spitze abbricht.

<sup>174)</sup> Übereinstimmend *Hälschner* 1 S. 222.

<sup>175)</sup> Diese Konsequenz leugnet RG. I. 26/4. 94 E. 25 S. 319 Nr. 108, weil bei ungleichartiger Idealkonkurrenz — nur diese ist selbstverständlich hier in Frage — „die von mehreren verletzten Strafgesetzen bedrohten Straftaten sich objektiv in ihren begrifflichen Merkmalen unterscheiden“. Indes ist es doch nur meist eine Frage der Gesetzes- oder Rechtstechnik, ob man einen erschwerenden Umstand als solchen oder als ein möglicherweise ideal konkurrierendes Delikt aufstellen will; z. B. viele Fälle des qualifizierten Diebstahls ließen sich auch als Diebstähle mit gleichzeitiger Begehung eines Hausfriedensbruchs auffassen. Wo dies aber nicht der Fall ist, da dürfte gerade die Vorstellung des qualifizierenden, an sich ein Delikt nicht darstellenden Momentes dem jugendlichen Geiste als Grund, die Handlung zu unterlassen, besonders wenig fühlbar werden. Dem RG. stimmt bei *Schwarsse* a. a. O. und *Frank* § 56 II, wie selbstverständlich dem oben Bemerkten zufolge *Olshausen* § 56 Anm. 5. Vgl. gegen die Ansicht des RG. aber *Schneider*, *Zeitschr.* 15 S. 188.

<sup>176)</sup> Aus diesem Grunde entscheidet RG. III. 18/4. 82 E. 5 Nr. 137 S. 394 anders.

<sup>177)</sup> So RG. II. 2/6. 92; *GArch.* 40 S. 171.

<sup>177a)</sup> Aus diesem Grunde ist die Fassung des StGB. und demnach auch die an diese Fassung sich anklammernde Praxis des RG. durchaus verkehrt, während die italienische Praxis (vgl. namentlich die oben mitgeteilte Bemerkung *Impallomenis*) richtig verfährt.

Welche Ansicht aber man auch über die letzterwähnten Fragen haben möge, man wird doch den *Dolus* in dem Sinne der Einsicht und des Wollens der äußeren Folgen des Willensaktes nicht verwechseln dürfen mit der im StGB. § 56 geforderten Einsicht;<sup>177b)</sup> denn jedenfalls handelt es sich hier um die Einsicht in die sittliche und die Interessen des Gemeinwesens berührende Bedeutung der Handlung, und mit Recht hat daher RG. III. 12./6. 81 (E. 3 Nr. 74 S. 198) die Feststellung, daß der jugendliche Angeklagte mit *Dolus* gehandelt habe, für ungenügend erklärt: auch der Geisteskranke kann mit entschiedenem Willen tätig werden; dieser Wille kommt aber strafrechtlich nicht in Betracht.

§ 37. Aus dem letzteren Grunde kann auch eine Teilnahme im juristischen Sinne nicht angenommen werden, wenn der Täter nicht die erforderliche Einsicht besaß.<sup>178)</sup> Ist der Täter, weil er das zwölfte Lebensjahr zur Zeit der Tat noch nicht vollendet hatte, nicht strafrechtlich zu verfolgen, so kann freilich, wie oben ausgeführt, unter Umständen eine Teilnahme im juristischen Sinne vorliegen; aber nur deshalb, weil in diesem Falle die Zurechnungsunfähigkeit des Täters nach einer möglicherweise mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmenden *Praesumptio juris et de jure* angenommen wird, welche zum Nachteil anderer nicht gelten darf. Wird aber auf Grund des § 56 festgestellt, daß der Täter nicht zurechnungsfähig war, so ist dies Wahrheit, nicht eine von der Wahrheit möglicherweise abweichende *Praesumptio juris et de jure*, und Wahrheit muß auch für die Teilnehmer gelten,<sup>179)</sup> freilich nach dem für die *Res judicata* im Strafprozeß geltenden Prinzip nur, insofern Täter

<sup>177b)</sup> Auch die Schlaueit, mit welcher die Tat ausgeführt wurde, läßt noch keinen Schluß auf die erforderliche Einsicht und Reife zu. Wie bemerkt, zeigen auch Geisteskranke nicht selten große Findigkeit bei Entweichungen aus der Anstalt, oder wenn sie andere Personen über ihren geistigen Zustand und insbesondere von der Ungerechtigkeit ihrer Detention in der Anstalt überzeugen wollen.

<sup>178)</sup> Übereinstimmend *Hülschner* 1 S. 222; *H. Meyer* § 34 Anm. 10; *Herm. Schmidt* S. 70ff.; *Finger* 1 S. 218. — Anders *Rüdorff-Stenglein* § 56 n. 6; *Oppenhoff-Delius* zu Abschnitt IV n. 3; *Olshausen* § 56 n. 8; *Frank* § 56 III; RG. III. 20/10. 82; RS. 4 S. 700. Ein nur persönlicher Ausschließungsgrund (wie z. B. *Rüdorff-Stenglein* annimmt) liegt hier ebensowenig vor, wie wenn der Täter ein Wahnsinniger ist.

<sup>179)</sup> Diese beiden Fälle werden nicht immer als verschiedene erkannt. Darauf beruht insbesondere die m. E. irrige Ausführung des RG. I. 12/5. 93 31 Nr. 53 S. 161.

und Teilnehmer in einem und demselben Verfahren abgeurteilt werden. Eine andere Entscheidung scheint mir nur möglich, wenn für den Willen des Täters nur ein Wille, die Handlung zu begehen, in rein natürlichem Sinne gefordert wird, ein Punkt, der erst in der Lehre von der Teilnahme klar gestellt werden kann. Die Eidesunfähigkeit der Personen unter 16 Jahren aber beruht, da sie ohne weitere Prüfung vom Gesetze angenommen wird, wiederum auf einer *Praesumptio juris et de jure*. Hier ist also eine wirkliche Teilnahme im einzelnen Falle möglich, und daher konnte die Anm. 179 zitierte Entscheidung des RG. im einzelnen Falle zutreffen, während meiner Ansicht nach die Motivierung dem Sinne des Gesetzes nicht entspricht.

§ 38. Die Berechnung des Alters anlangend, so hat man früher angenommen, daß, um die Anwendung der §§ 56, 57 des StGB. auszuschließen, die Handlung erst nach Ablauf des Tages geschehen sein müsse, an welchem das 18. (bzw. bei absoluter Strafmündigkeit das 12.) Lebensjahr vollendet wurde.<sup>180)</sup> *Frank* (§ 55 III) und *Olshausen* (§ 5 n. 3) vertreten indes in Übereinstimmung mit einer Entscheidung des RG.<sup>180a)</sup> die Ansicht, daß jetzt zufolge der §§ 186, 187 des BGB. das 12. bzw. 18. Lebensjahr schon mit dem Beginn des Datums des Geburtstages als vollendet zu gelten habe. Nach dem Ausspruche des § 186 des BGB., demzufolge die Regel des § 187 nur einer abweichenden gesetzlichen Auslegung der Fristen und Terminbestimmungen weichen soll, wird dieser letzteren Ansicht beizutreten sein, zumal für die Dauer der Minderjährigkeit, welche letztere nach mehreren Bestimmungen des StGB. strafrechtlich in Betracht kommt, auch die Berechnung, welche das BGB. vorschreibt, zu gelten hat.

Ein tatsächlicher Zweifel in Ansehung des Geburtstages oder des Tages der Handlung muß aber dem Angeklagten zugute kommen und darüber entscheiden, weil diese Entscheidung zur Schuldfrage gehört, im schwurgerichtlichen Verfahren die Geschwornen.<sup>180b)</sup>

<sup>180)</sup> Württembergischer K. H. 12./5. 75. *Stengleins* Zeitschr. 5 S. 18. *Rüddorf-Stenglein*, § 55. *Oppenhoff-Deltus*, § 56 n. 2. *Schwarze*, § 56 n. 3. *Olshausen*, § 55 n. 3 (in den früheren Auflagen).

<sup>180a)</sup> III 15./12. O. E. 32 Nr. 13 S. 37.

<sup>180b)</sup> So *Olshausen*, § 56 n. 15.

Die Frage der Zurechnungsfähigkeit ist ein Bestandteil der Frage, ob der Willensakt der Person ein strafbarer ist. Daher muß der Zeitpunkt des Willensaktes, nicht des Erfolges, für den Altersabschnitt des 12. bzw. 18. Lebensjahres entscheiden.

Besteht die Handlung aus mehreren Willensakten, so entscheidet der letzte. Dies gilt auch für die zur Anwendung zu bringende Strafart. Zuchthaus kann daher nach dem StGB. gegen einen Angeklagten, der eines fortgesetzten Verbrechens sich schuldig machte, erkannt werden, wenn er auch nur eine der das fortgesetzte Verbrechen bildenden Handlungen nach Vollendung des 18. Lebensjahres beging.<sup>181)</sup>

§ 39. Wird im Urteile ausgesprochen, daß der Angeklagte die erforderliche Einsicht nicht besessen habe, so bedeutet dies eine völlige Freisprechung mit der Folge, daß weder dem Angeklagten Kosten zur Last zu legen sind,<sup>181a)</sup> noch eine Buße erkannt werden kann, noch die als begangen freilich festgestellte Tat bei späterer Begehung einer Straftat die Strafe des Rückfalls begründen darf.<sup>182)</sup>

Da aber in jedem Falle der Freisprechung das Gericht zu erwägen hat, ob nicht der Freigesprochene einer der im § 56 vorgesehenen erziehlichen Maßregel zu unterwerfen sei, so ist es, wenn dem Angeklagten eine an sich strafbare Handlung<sup>182a)</sup> zur Last fällt, unzulässig, daß die anklagende Behörde diese dem Gerichte zukommende Entscheidung ihm dadurch entziehe,<sup>183)</sup> daß sie, weil ihrer Ansicht nach Zurechnungsunfähig-

<sup>181)</sup> OAG. Dresden 17./11. 73. *Stengleins Zeitschr.* 3 S. 274.

<sup>181a)</sup> In Frankreich entscheiden in betreff der Kosten die meisten anders. *Pandectes françaises*, Discernement n. 89. Siehe dagegen aber die m. E. treffende Ausführung *Hélie's* 1 n. 148 und 336.

<sup>182)</sup> Es könnte aber vielleicht richtig sein, denjenigen in die Kosten zu verurteilen, welcher über die freigesprochene Person die Aufsicht zu führen hatte und durch gröbliche Verletzung dieser Pflicht den Anlaß zu der an sich strafbaren Handlung des Freigesprochenen gegeben hat. Selbstverständlich würde dies besondere prozessuale Vorschriften voraussetzen.

<sup>182a)</sup> Das StGB. läßt dem Wortlaute nach die Überweisung an eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt bei strafbaren Handlungen auch von sehr geringer Bedeutung zu. Diese Maßregel, verfügt durch den Strafrichter, paßt aber nur für Straftaten von erheblicher Bedeutung. Darauf ist sie auch beschränkt im italienischen StGB. art. 54.

<sup>183)</sup> So *Rüdorff-Stenglein* n. 2. *Oppenhoff-Deitius*, § 56 n. 8. *Hälschner* 1 S. 223. *Olshausen*, § 56 n. 18. Bayer. KH. 3./12. 72. *Stengleins Zeitschr.* 2 S. 148. — Dies ist nach der Meinung der französischen Jurisprudenz, vgl. *Pandectes françaises*, Discernement n. 70. — *Impallomeni* n. 127 hält nach der ent-

keit des Täters wegen mangelnder Einsicht vorliegt, die Erhebung der Anklage unterläßt, und aus gleichem Grunde kann auch von dem Gerichte, welches über die Eröffnung des Hauptverfahrens beschließt, der Angeklagte nicht außer Verfolgung gesetzt werden. Indes stehen amtsgerichtliche Strafbefehle und Strafverfügungen der Polizeibehörden, sowie Strafbescheide der Verwaltungsbehörden wegen Abgaben-Kontraventionen, sofern sie ohne Einspruch bleiben, bzw. sofern Antrag auf gerichtliche Entscheidung nicht gestellt wird, den Urteilen erkennen-der Gerichte gleich, und es findet auch hier eine, wenngleich oberflächliche, *Causae cognitio* statt. Daher können Strafbefehle sowie jene Strafverfügungen auch wegen strafbarer Handlungen an Personen unter 18 Jahren erlassen werden.<sup>184)</sup> Es würde auch unpraktisch sein und selbst eine Härte enthalten, wenn wegen kleiner, nur mit geringen Geldstrafen zu belegender Übertretungen gegen jugendliche Personen jedesmal ein förmliches Strafverfahren stattfinden müßte.

Erfolgt eine Freisprechung wegen mangelnder Einsicht, so hat das Urteil zu bestimmen, ob der Angeschuldigte seiner Familie, oder einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt überwiesen werden soll. Die Überweisung an die Familie wird einzutreten haben,<sup>185)</sup> wenn in der Familie eine angemessene Behandlung erwartet werden kann, und nicht starke Verdorbenheit des jugendlichen Charakters vorhanden oder die Tat an sich sehr schwerwiegend ist.<sup>186)</sup> Bei starker Verdorbenheit oder einer sehr schwerwiegenden Tat kann von Überweisung in eine Besserungsanstalt schwerlich Abstand genommen werden.

---

sprechenden Bestimmung des italienischen StGB. auch den über die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheidenden Richter für zuständig.

<sup>184)</sup> So *Oppenhoff-Delius* und die daselbst zitierten Verfügungen des preussischen Justizministers übereinstimmend, auch preussisches Gesetz v. 23./4. 83 betr. den Erlaß polizeilicher Strafverfügungen § 1.

<sup>185)</sup> Da die Überweisung an die Familie bedeutet, daß von Staats wegen Maßregeln nicht zu ergreifen seien, also eine dahin gehende Entscheidung selbstverständlich ist, wenn Freisprechung ohne weiteren Zusatz erfolgt, so genügt es, daß in letzterem Falle die Überweisung an die Familie nur in den Entscheidungsgründen erwähnt wird. So RG. I 15./1. 86. RS. I S. 234. Die Überweisung an die Familie in den Tenor des Urteils aufzunehmen, dürfte aber kein Fehler sein, und das zitierte Urteil des RG. hat auch keineswegs die letztere Art und Weise der Entscheidung als unzulässig bezeichnet, wie *Oppenhoff-Delius* Anm. 14. anzunehmen scheint.

<sup>186)</sup> Bei Fahrlässigkeit wird eine Handlung als schwerwiegend nicht bezeichnet werden können.



Die Überweisung an eine Erziehungsanstalt ist angezeigt, wenn die jugendliche Person nur verwahrlost ist.

Wenngleich aber die Auswahl der einzelnen Anstalt keineswegs dem Gerichte zusteht, vielmehr diese Auswahl von der Verwaltungsbehörde getroffen werden soll, welche auch über die Dauer der Detention bestimmt<sup>187)</sup> — da die Dauer einer Erziehungs- oder Besserungsbehandlung, welche nicht zugleich Strafe sein soll, sich im voraus nicht bestimmen läßt, vielmehr von dem rascher oder langsamer eintretenden Erfolge dieser Behandlung abhängt —, so möchte ich andererseits doch der Ansicht des RG. nicht beitreten, welche auch die Entscheidung, ob Erziehungs- oder Besserungsanstalt als der Verwaltungsbehörde<sup>187a)</sup> und nicht dem Gerichte zustehend betrachtet; zwar nicht deshalb, weil, wie *Rubo* (S. 488, 304) freilich annimmt, die Unterbringung in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt eine wirkliche Strafe sei, wohl aber deshalb, weil jene Bestimmung doch wesentlich von dem in der Handlung sich kundgebenden Charakter des Jugendlichen abhängen muß, die Würdigung der Handlung aber dem Strafgerichte zukommt und von ihm auf Grund der Verhandlungen besser erfolgen kann, als von der Verwaltungsbehörde.<sup>188)</sup>

Hat eine jugendliche Person in Realkonkurrenz ein Delikt ohne Besitz der Einsicht und ein anderes begangen, bei welchem dieser Besitz angenommen wird, so muß Verurteilung zu Strafe und die in § 56 vorgeschriebene Entscheidung erfolgen. An die Strafverbüßung kann sich dann die Zwangserziehung anschließen.

**§ 40.** Das jugendliche Alter bildet aber nach dem StGB. ebenso wie nach dem früheren gemeinen Rechte und den früheren partikulären Strafgesetzbüchern — man kann wohl sagen überall — einen erheblichen Milderungsgrund. Dies entspricht auch der Gerechtigkeit, und zwar ist das jugendliche Alter seiner Natur nach ein Milderungsgrund, der neben allen anderen Milderungsgründen vorhanden sein kann, so daß also im einzelnen Falle eine doppelte Milderung, eine doppelte Herabsetzung des sonst gesetzlichen

<sup>187)</sup> Nur darf sie nicht über das 20. Lebensjahr hinaus erstreckt werden.

<sup>187a)</sup> In England bestimmt der Richter auch die einzelne Anstalt. *Reformatory Schools Act* von 1866 s. 14.

<sup>188)</sup> RG. III 30./9. 82 E. 7 Nr. 56 S. 180.

Strafminimums stattfinden kann, also zunächst zu bestimmen ist, welche Strafe im konkreten Falle den Erwachsenen treffen würde, und danach den Milderungsgrund des jugendlichen Alters zu berücksichtigen. Handelt es sich um einen Milderungsgrund, der auf einem besonderen Tatbestande, z. B. auf tätiger Reue, beruht, so ist dies von selbst klar; es hat aber nach der unbedingt herrschenden und richtigen Ansicht auch zu gelten für den Fall, daß mildernde Umstände angenommen werden, welche die Grundlage eines bestimmt umrissenen Tatbestandes nicht fordern;<sup>189)</sup> denn hierbei kann immer ein Grund gedacht werden, der mit dem jugendlichen Alter nicht identisch ist. Unrichtig würde es allerdings sein, das jugendliche Alter doppelt als Milderungsgrund zu rechnen, einmal als mildernde Umstände begründend und sodann als Milderungsgrund nach StGB. § 57. In einem Falle, wo nur das jugendliche Alter als Milderungsgrund nach § 57 und zugleich als mildernder Umstand im allgemeinen in Betracht käme, würde der Richter nach § 57 oder auf mildernde Umstände zu erkennen haben, je nachdem das eine oder das andere dem Angeklagten günstiger wäre. Wenn aber Geschworne dem Angeklagten mildernde Umstände zuerkannt haben, so läßt sich nicht nachweisen, daß diese Zuerkennung lediglich auf dem jugendlichen Alter beruhe; der Gerichtshof muß daher auch nach dem Milderungsgrunde des § 57 die Strafe bestimmen. — *Binding* (Grundriß 1 S. 203) will bei Versuch die Reduktion so vorgenommen wissen, daß der Milderungsgrund des jugendlichen Alters zuerst berücksichtigt werde und dann erst die Reduktion auf Versuchsstrafe statfinde, ein Verfahren, welches nach dem StGB. ein stark verschiedenes Resultat gegenüber der entgegengesetzten, m. E. richtigen Methode liefert. Es ist nicht klar, weshalb gerade bei Versuch es sich anders verhalten soll, als in anderen Fällen.

Es sollen den jugendlichen Verbrecher aber auch nicht solche Strafen treffen, welche ihm einen lebenslänglichen Makel aufdrücken und ihm die künftige Lebensführung erschweren würden. So verschont das StGB. jugendliche Personen auch bei Verurteilung wegen der schwersten Verbrechen mit der

<sup>189)</sup> So auch RG. I 20./3. 82 E. 6 Nr. 36 S. 98. Nachweisungen bei *Oltshausen*, § 57 n. 4.

Zuchthausstrafe. Es kann aber dadurch das Ergebnis sich herausstellen, daß der wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit (Einsicht) Freigesprochene, wenn die Zwangserziehung eine strenge ist und längere Zeit dauert, einer erheblich härteren Behandlung unterworfen wird, als der für zurechnungsfähig Erklärte und deshalb zu wirklicher, aber milder Strafe Verurteilte. So kann es kommen, daß eine jugendliche Person selbst sich Mühe gibt, auf Grund anzunehmender Zurechnungsfähigkeit zu Strafe verurteilt zu werden, während der Staatsanwalt auf Freisprechung auf Grund der entgegengesetzten Annahme seinen Antrag stellen mag.<sup>189a)</sup>

In der Tat ist eine sehr kurze Freiheitsstrafe — vielleicht nur von einigen Wochen — in den meisten Fällen für eine jugendliche, der sittlichen Erziehung (oder zugleich auch des Unterrichts) bedürftige Person, wie nicht zu bestreiten, eine höchst ungeeignete Strafe.<sup>189b)</sup> Die in solcher Weise Bestraften verlassen das Gefängnis meist schlechter und können, in die Volksschule zurückkehrend, leicht auf Mitschüler einen verderblichen Einfluß üben. Die Empfindung, daß die gewöhnliche Strafe hier meist üble Wirkung habe, veranlaßt daher, wie es scheint, bei uns nicht selten, daß im Zweifel, zur Vermeidung der eigentlichen Bestrafung, die Existenz der nach den Gesetzen erforderlichen Einsicht verneint und so durch Freisprechung die Zwangserziehung ermöglicht wird. Dringend erforderlich ist daher eine gesetzliche Bestimmung, welche das Gericht ermächtigt, auch den als zurechnungsfähig erachteten und deshalb zu Strafe zu verurteilenden Angeklagten ebenfalls der Zwangserziehung zu unterwerfen, wie dies ein Gesetz der Freien Stadt Hamburg von 1887 bereits bestimmt hat.<sup>190)</sup>

Empfiehl es sich nun aus diesem Grunde, die Frage der Zurechnungsfähigkeit und damit die Frage der Schuld und Strafbarkeit ganz fallen zu lassen und allein die Frage dahin

<sup>189a)</sup> Auf dies Mißverhältnis macht aufmerksam *Aschrott*, Behandlung der verwahrlosten Jugend, S. 25.

<sup>189b)</sup> Die einschlagenden Bestimmungen bei *Aschrott* a. a. O. S. 16.

<sup>190)</sup> *Appellius* S. 26, 40. — In Frankreich scheint man in dieser Hinsicht sich noch mehr über das Gesetz hinwegzusetzen. Vgl. die von *Rivière* in der Versammlung der internat. kriminalistischen Vereinigung zu Lissabon 1896 gemachten Bemerkungen (Mitteilungen 6 S. 526).

zu stellen, ob der Unerwachsene der Zwangserziehung in der einen oder anderen Art von Anstalten zu überweisen sei?<sup>191)</sup>

Meines Erachtens wird man diese völlig radikale Änderung nicht vorzunehmen haben. Sie gibt Idee und Vorstellung der strafbaren Schuld bei Unerwachsenen auf und vernichtet damit den Unterschied zwischen nur verwahrlosten und verbrecherischen jugendlichen Personen, und die volle Konsequenz wäre, daß auch die Begehung einer strafbaren Handlung nicht mehr für den Strafrichter in Betracht kommen würde; es würde dann ebenso, wie jetzt z. B. nach dem deutschen Gesetze bei der Begehung von Straftaten durch noch nicht zwölfjährige Kinder der Fall ist, konsequenterweise allein der Vormundschaftsrichter über die Zwangserziehung zu bestimmen haben. Jene radikale Ansicht verschließt sich ferner der Berücksichtigung der doch unbestreitbaren Tatsache, daß es Personen von 16 oder 17 Jahren gibt, die weit besonnener und einsichtiger ihr Leben führen, als andere mit 20 und selbst 24 Jahren.<sup>191<sup>a</sup>)</sup> Außerdem werden Fälle vorkommen, in denen Zwangserziehung absolut unangebracht wäre, gleichwohl aber das völlige Ausbleiben jeder staatlichen Reaktion das öffentliche Rechtsbewußtsein empfindlich verletzen würde. Man denke z. B. den Fall, daß ein hochgebildeter, aber noch nicht 18 Jahre alter Student im Zorn jemanden erschlagen, ein geliebtes Mädchen in Eifersucht oder jemanden im Duell erschossen hätte. Jahrelang dauernde Zwangserziehung in Gemeinsamkeit mit einer Schar ungebildeter, roher oder verwahrloster Unerwachsener wäre nicht nur Unsinn, sondern auch raffinierte und höchst verderbliche Grausamkeit. Und andererseits völlige Straflosigkeit? Das wäre doch wohl ein zu arger Sprung des Gesetzes: unter 18 Jahren keine Rede von eigentlicher strafrechtlicher Verantwortlichkeit; bei einem Alter von nur einem Tage über 18 Jahren volle Verantwortlichkeit!<sup>191<sup>d</sup>)</sup>

<sup>191)</sup> So ein 1890 zu St. Petersburg auf Vorschlag *Drills* gefaßter Beschluß des *Congrès pénitentiaire international (Actes du Congrès 1 S. 210, 217, 218)* wie ein auf *Foinitskys* Vorschlag gefaßter Beschluß der internat. kriminalistischen Vereinigung (Bern 1890, Mitteilungen 2 S. 116). — Vgl. dagegen *Herm. Schmidt* S. 93.

<sup>191<sup>a</sup>)</sup> Vgl. *John*, Entw. zu StGB. S. 284.

<sup>191<sup>d</sup>)</sup> In derartigen Ausnahmefällen kann selbst eine kurzzeitige Freiheitsstrafe gerecht und zugleich wirksam sein. Die Behauptung, daß kurzzeitige

Bei leichteren Delikten kann auch, wie es in Nordamerika häufig geschieht, von Geldstrafe zweckmäßig Gebrauch gemacht werden, und, wenn ratenweise Abzahlung gestattet wird, mit Erfolg auch gegen solche jugendliche Straffällige, die kein Vermögen besitzen, aber nicht selten schon irgend einen regelmäßigen Verdienst haben. Es mag dabei vorkommen, daß Eltern oder Geschwister zur Abzahlung der Geldstrafe beizutragen veranlaßt werden. Indirekt wird dadurch oft dem Schuldigen sein tadelnswertes Verhalten empfindlich zu Gemüt geführt werden.<sup>191 b)</sup>

Endlich wird neben bedingter Verurteilung der Verweis selbstverständlich als alleinige Strafe in manchen Fällen eintreten können, wie dies schon jetzt der Fall ist. In England wird er bekanntlich häufig angewendet. Mit Recht hat daher Art. 14 § 3 des schweizerischen Vorentwurfs (1903) die Bestimmung aufgenommen, daß ein Jugendlicher, der weder verwahrlost noch sittlich verdorben ist und keiner besonderen Behandlung bedarf, mit Verweis oder Einschließung bestraft werden soll.

Falls überhaupt ein Unterschied gemacht wird zwischen verschiedenen Arten der Anstalten, in welchen jugendliche Straffällige erzogen werden sollen,<sup>191 c)</sup> liegt schon darin eine Art Schulderklärung, wenn auf Anordnung des Strafrichters eine jugendliche Person in eine Anstalt gebracht wird, in der schärfere Disziplin und strengere Behandlung herrschen soll. Dabei mag man freilich zweckmäßig vermeiden, den letzteren Anstalten eine Benennung zu geben, welche für die darin Detinierten nach der Volksmeinung schimpflich sein würde.<sup>192)</sup>

---

Freiheitsstrafe bei Jugendlichen völlig zu verwerfen sei (so ein Vortrag *Binswangers* nach dem Referat im „Recht“ 9 S. 129), dürfte daher zu weit gehen.

<sup>191 b)</sup> In diesem Sinne *Appellius* S. 101.

<sup>191 c)</sup> In Nordamerika unterscheidet man zwischen verlassenen und verwahrlosten Kindern (*orphans, neglected, dependent children*) einerseits und straffälligen Kindern (*delinquent children*) andererseits. Für beide gilt dem Amerikaner der Grundsatz der Erziehung. Auch verkennt man keineswegs, daß zwischen beiden Kategorien eine scharfe Grenzlinie nicht läuft. . . . Aber die Tendenz geht dahin, sie zu trennen. — *Börnreither*, Jugendfürsorge S. 10.

<sup>192)</sup> Der spätere Beschluß des *Congrès pénitentiaire internat.* (Paris 1895. *Actes du Congrès, partie générale* S. 267) unterscheidet auch wieder zwischen strafbaren und nicht strafbaren Kindern:

« *Les enfants traduits en justice pourront, suivant leur âge, la nature des actes pour lesquels ils auront été traduits, et leur degré de dis-*

In England wie in den Vereinigten Staaten von Nordamerika ist man daher auch nicht der Meinung gewesen, daß bei jugendlichen Angeklagten von Zurechnungsfähigkeit und wirklicher Strafe völlig abzusehen sei. Die englische Gesetzgebung unterscheidet scharf — wengleich der Unterschied in der tatsächlichen Behandlung oft nicht allzu stark sein mag — zwischen der Unterbringung in einer *Industrial school* und andererseits einer *Reformatory school*. Neuerdings können freilich jugendliche Personen, auch ohne gleichzeitig einer anderen Strafe unterworfen zu werden, einer *Reformatory school* überwiesen werden.<sup>193)</sup>

§ 41. Daß der als wirklich zurechnungsfähig erkannte jugendliche Verbrecher, bevor er der Besserungsanstalt überwiesen wird, erst eine wirkliche Strafhaft verbüße — selbstverständlich nicht in Gemeinschaft mit erwachsenen Straffälligen — wird in vielen Fällen nicht zweckmäßig sein, vielmehr den Erfolg der Behandlung in der Erziehungsanstalt beeinträchtigen; Steht dagegen der Schuldige im Alter den Erwachsenen sehr nahe, so wird eine nicht zu lange Einzelhaft ihn zur Besinnung über sich und seine Tat bringen und somit vorteilhaft wirken.<sup>193a)</sup> Es wird darüber also nach der Individualität der Person und des Falles das richterliche Ermessen zu entscheiden

---

*cernement, être envoyés dans les établissements publics ou privés ayant, soit un caractère de bienfaisance et de préservation, soit un caractère de réforme.*

*Les enfants de moins de douze ans seront toujours envoyés dans des établissements de préservation. Les enfants condamnés seront envoyés dans des établissements ou quartiers spéciaux.»*

Und die internat. kriminalistische Vereinigung hat anscheinend den Anm. 191 zitierten Beschluß stillschweigend wieder aufgegeben. (Vgl. die Verhandlungen der Zusammenkunft in Lissabon 1896, Mitteilungen 6 S. 520 und die Bemerkung in der Übersicht der Beschlüsse, Mitteilungen 13 S. 62: «*Ce problème n'est pas résolu.*»)

<sup>193)</sup> Vgl. die neueste *Reformatory Schools Act* von 1893 s. 1 (56 et 57 Vict. c. 48), auch mitgeteilt bei *Archbold* S. 241. — Kinder unter 12 Jahren, die noch nicht in England wegen Felonie oder in Schottland wegen Diebstahl bestraft werden, können statt zu Gefängnis oder geringerer Strafe verurteilt zu werden, vom Richter einer *Industrial school* zugewiesen werden. *Industrial School Act* von 1866 s. 15; 26 et 27 Vict. c. 118; *Youthful Offenders Act* von 1901 s. 5; 1 Edw. VII. c. 20 (*Archbold* a. a. O.).

<sup>193a)</sup> Die vorläufigen Beschlüsse des von der Intern. krim. Vereinigung, Gruppe Deutsches Reich, eingesetzten Ausschusses (Zeitschr. 12 S. 195 ff.) kennen nur die Alternative staatlich überwachter Erziehung (zu der auch Unterbringung in einer Anstalt gerechnet wird) oder Strafe, nicht daneben die Kombination von Strafe und überwachter Erziehung.

haben.<sup>193b)</sup> Ein sehr weitgehendes richterliches Ermessen,<sup>194)</sup> welches auch die Befugnis in sich begreifen muß, eine nicht erwachsene Person der Obhut einer Privatperson, einer Gesellschaft zu überweisen,<sup>195)</sup> wird überhaupt für eine zweckentsprechende Behandlung der Jugendlichen absolutes Erfordernis sein. Damit dieses Ermessen aber richtig angewendet werde, ist nötig:

1. eine zweckmäßige Prozeßform, und
2. die zweckmäßige Auswahl der Richter,<sup>195a)</sup> welche über jugendliche Personen urteilen sollen.

In beiden Beziehungen ist im Deutschen Reiche so gut wie kaum etwas geschehen. Die Delikte jugendlicher Personen werden prozessual (außer der oben mehrfach in Betracht gezogenen besonderen Feststellung der Einsicht) nicht anders als Delikte Erwachsener behandelt, und *promiscue* mit solchen Delikten in den Schöffengerichten und Strafkammern abgeurteilt; nur kommen Verbrechen jugendlicher Angeklagter, abgesehen von den Fällen des Zusammenhanges mit Verbrechen Erwachsener, nicht vor den Schwurgerichten zur Aburteilung,<sup>196)</sup> und jugendliche Angeklagte müssen in den vor den Landgerichten in erster Instanz zu verhandelnden Sachen einen Verteidiger haben; auch ist der gesetzliche Vertreter eines jugendlichen Angeklagten als Beistand zuzulassen und zu hören, endlich

<sup>193b)</sup> In Belgien wird der Jugendliche (im Alter von noch nicht 16 Jahren zur Zeit der Tat), wenn er mit Discernement gehandelt hat, zur Strafe verurteilt. Nach einem Gesetze v. 27./11. 91 können aber die Gerichte, wenn sie einen noch nicht 18jährigen Angeklagten bestrafen, der Verurteilung hinzufügen: «*qu'il restera à la disposition du gouvernement depuis l'expiration de la peine jusqu'à sa majorité*». Art. 29 des zitierten Gesetzes bestimmt: «*Les individus mis à la disposition du gouvernement en vertu . . . de la présente loi seront internés dans une école de bienfaisance de l'État*». — Doch hat die Regierung noch andere Befugnisse. Vgl. *Belgiens* zu Art. 73 des belgischen StGB.

<sup>194)</sup> So auch in Nordamerika, vgl. *Bärnreither* S. 73.

<sup>195)</sup> Vgl. französisches Gesetz v. 19./4. 98 und dazu *Bärnreither* S. XIX. Text mit Bemerkungen auch in dem *Annuaire de législation française publié par la Société de législation comparée*, année 18 S. 267, 277.

<sup>195a)</sup> Junge, militärisch schneidige Richter dürften sich nicht dazu qualifizieren. Dagegen kann die Zuziehung lebenserfahrener Laien sehr vorteilhaft wirken.

<sup>196)</sup> GVG. § 73, 3. — Daß nach dem Gesetze v. 5./6. 1905 betr. Änderungen des GVG. jetzt alle Vergehen jugendlicher Personen den Schöffengerichten seitens der Strafkammern überwiesen werden können, halte ich nach der Art und Weise der schöffengerichtlichen Verhandlungen für eine Benachteiligung der Jugendlichen, wesentlich wohl mit veranlaßt durch die geringere Schwere der gegen Jugendliche zu erkennenden Strafen.

kann er selbständig für den Beschuldigten Rechtsmittel einlegen.<sup>197)</sup>

Die Vorschläge der vom Reichsjustizamt zur Reform des Strafprozesses zusammenberufenen Kommission enthalten eine wesentliche Änderung dieser durchaus ungenügenden Bestimmungen nicht.<sup>197<sup>a</sup>)</sup>

In Frankreich besteht wenigstens eine engere Verbindung zwischen Staatsanwaltschaft und Untersuchungsrichter einerseits und andererseits der *Assistance publique* und Gesellschaften, welche sich mit dem Schutze von Kindern beschäftigen und der Strafjustiz wertvolle Dienste leisten, sowohl durch Aufklärung über die Verhältnisse der in Untersuchung kommenden Unerwachsenen, wie durch die Gelegenheit, welche sie bieten, eine beaufsichtigte Erziehung herbeizuführen.<sup>197<sup>b</sup>)</sup>

In Nordamerika aber sind in neuester Zeit in den großen Städten einer erheblichen Anzahl von Staaten besondere Jugendgerichte,<sup>198)</sup> *Juvenile Courts*, eingerichtet, deren Wirksamkeit sich allgemeinsten Zustimmung erfreut.<sup>199)</sup>

Diese Einrichtung wird sich freilich nicht ohne erhebliche Modifikationen auf Deutschland übertragen lassen. Der Charakter und die Sitte des Volkes wie der Geist und die Handhabung der öffentlichen Institutionen, die Stellung des Publikums zu den Behörden kommen dabei wesentlich in Betracht.<sup>200)</sup> Hierauf genauer einzugehen<sup>201)</sup> aber muß ich mir versagen;

<sup>197)</sup> StPO. 140, I, 149.

<sup>197<sup>a</sup>)</sup> Vgl. in diesem Sinne *Köhne* in dem auf Veranlassung der Internat. kriminal. Vereinigung, Gruppe Deutsches Reich, von *Aschrott* herausgegebenen Werke „Reform des Strafprozesses“, 1906, S. 623—639.

<sup>197<sup>b</sup>)</sup> Auch das schwedische Gesetz v. 27./6. 92 (in Übersetzung von *Teichmann* im GS. 66 S. 122) ordnet eine Mitwirkung der Kinderpflegekommissionen an bei Anklagen gegen Minderjährige.

<sup>198)</sup> *Adolf Hartmann*, Die Strafrechtspflege in Nordamerika, 1906, S. 262 bis 278 über die *Children's Courts*, und ausführlich: *Sam. J. Barrows, Children's Courts in the United States. Their Origin, Development, and results.* Washington 1904.

<sup>199)</sup> Die Richter der *Juvenile* oder *Children's Courts* werden häufig von der Jugend als Vertrauenspersonen in Anspruch genommen in den mannigfachsten Schwierigkeiten (z. B. bei Differenzen mit den Arbeitgebern, wenn Schulden zu berichtigen sind usw.).

<sup>200)</sup> Über die Eigenart der nordamerikanischen Strafrechtspflege, die den gleichsam jugendlichen Optimismus des Volkscharakters reflektiert, auch mit der Lebenshaltung der Bevölkerung zusammenhängt, gibt das Anm. 198 zitierte Werk *Hartmanns* interessante Aufschlüsse.

<sup>201)</sup> Es müßte hier auf die sog. Probation bei Urteilsaufschub eingegangen werden.



ich würde mich sonst auf das Gebiet des Strafprozesses verlieren, wie auch die strafrechtliche Behandlung der Jugendlichen hinüberführt in Fragen des Strafvollzuges überhaupt, mit denen genauer zu beschäftigen ich mir ebenfalls versagen muß.<sup>202)</sup>

§ 42. Den vorstehenden Ausführungen würde folgender Gesetzesvorschlag entsprechen:

Ein Angeschuldigter, welcher zur Zeit der Begehung einer mit Freiheitsstrafe von . . . . oder einer schwereren Strafe bedrohten Handlung das 12. (14.), jedoch nicht das 18. Lebensjahr<sup>202a)</sup> vollendet hatte, ist

<sup>202)</sup> Es sei nur noch bemerkt, daß es jedenfalls sich empfiehlt, die Öffentlichkeit bei Verhandlungen gegen Jugendliche in der Art auszuschließen, daß nur noch Angehörige des Angeklagten, Vertreter von Schutzgesellschaften, von Gemeindebehörden, Arbeitgeber des Angeklagten, wie dessen Vormund und der Verletzte, wenn er erwachsen ist, oder dessen nahe Angehörige, sowie Vertreter der Presse ein unbedingtes Recht auf Zulassung haben würden. Vgl. auch die Vorschläge des Ausschusses der Deutschen Gruppe der Intern. krim. Vereinigung, Zeitschr. 12 S. 196. Die Vertreter der Presse auszuschließen, halte ich für bedenklich. Ein heimliches Gericht sollte das Gericht über Jugendliche nicht sein, und das Publikum muß sich davon zu überzeugen in der Lage sein, daß auch über Jugendliche gerecht und ohne Ansehen der Person geurteilt wird; gerade bei dem weiten hierbei dem Gerichte einzuräumenden Ermessen erscheint daher die durch die Presse vermittelte Öffentlichkeit wesentlich. Es soll dem Verfahren nur der Reiz genommen werden, daß der jugendliche Angeklagte sich als wichtige Person, als Held fühlt und anderen jugendlichen Personen auch so erscheint. Die zitierten Vorschläge erwähnen das Recht der Preßvertreter nicht. — Der Vorschlag der Reform-Kommission (vgl. Protokolle derselben I S. 374), demzufolge die Öffentlichkeit nur mit Zustimmung der (d. h. aller) Prozeßbeteiligten, also auch dem jugendlichen Angeklagten selbst, soll ausgeschlossen werden, ist ungenügend.

Es kann auch in Frage kommen, ob nicht das bei uns geltende sog. Legalitätsprinzip bei Verfolgung von Delikten jugendlicher Personen außer Anwendung zu setzen sei, m. E. jedenfalls nur mit Zustimmung des Verletzten und nur bei nicht schweren Delikten. Es ist m. E. eine unzutreffende Auffassung (so freilich *Köhne*), in dieser Einschränkung des Ermessens der Staatsanwaltschaft eine Begünstigung des Rachebedürfnisses des Verletzten zu erblicken. Der Verletzte ist doch nun einmal „der Nächste zur Sache“ aus dem Publikum, und nicht selten wird er besser als der fernerstehende Beamte ermessen, wie schwer eine ihm boshaft zugefügte Verletzung seine Interessen berührt. Das Erfordernis der Zustimmung des Verletzten schützt den Staatsanwalt gegen den Vorwurf der Parteilichkeit. Vgl. darüber auch die Beschlüsse der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Protokolle der Kommission (1905) 2 S. 459, 3, S. 39. Vollständig abgehen aber von den Prinzipien unseres Strafprozesses wird man nicht dürfen. Auch dem jugendlichen Angeklagten (seinem Verteidiger bzw. gesetzlichen Vertreter) müssen Parteirechte gewahrt bleiben. Er darf im Prozeßgange nicht auf Gnade und Ungnade dem richterlichen Ermessen überliefert werden, und eine völlige Verquickung des obervormundschaftlichen Amtes mit dem Amte des Strafrichters darf nicht stattfinden. Ich kann daher den von *Köhne* (a. a. O. vgl. Anm. 197a) gemachten Vorschlägen nur teilweise zustimmen. Vgl. auch darüber die in der Berliner juristischen Gesellschaft geäußerten Ansichten, mitgeteilt in „Recht“ 9 (1905) S. 337.

<sup>202a)</sup> Man könnte übrigens zweckmäßig den Gerichten auch die Befugnis geben, Personen, die zur Zeit der Verurteilung ein bestimmtes Lebens-

1. wenn er handelte nicht mit der Einsicht, daß seine Handlung unzulässig<sup>202 b)</sup> war, oder handelte, ohne schon die erforderliche Widerstandskraft<sup>202 c)</sup> gegen den Anreiz zu seiner Handlung zu besitzen, seiner Familie oder einer anderen geeigneten Person zur Überwachung und Erziehung oder einer unter Aufsicht des Staates stehenden Erziehungsanstalt zu überweisen.

Wird er seinen Eltern überwiesen, so können diese, falls sie die Pflicht der Überwachung oder genügender Erziehung vernachlässigen, zu Geldstrafe bis zur Höhe von . . . . . verurteilt werden.<sup>203)</sup>

2. wenn er mit der Einsicht, daß seine Handlung unzulässig sei, und schon im Besitze der erforderlichen Widerstandskraft handelte,

a) bedingt oder endgültig zu Strafe zu verurteilen, welche nach Maßgabe der im einzelnen Falle für einen zurechnungsfähigen Erwachsenen anzusetzenden Strafe in der Art bestimmt wird, daß an Stelle einer Freiheitsstrafe von . . . . . eine Freiheitsstrafe von . . . . . tritt usw.<sup>203 a)</sup>

alter, z. B. 18 oder 19 Jahre, noch nicht erreicht haben, wengleich sie zur Zeit der Begehung der Tat bereits das Alter nur bedingter Zurechnungsfähigkeit überschritten hatten, zusätzlich einer Besserungsanstalt zu überweisen. Selbstverständlich würde dies nur bei erheblicheren Delikten eintreten können, und gerechterweise müßte auch die anderweite Strafe gemildert werden. Vgl. über eine einschlagende, in Belgien geltende Bestimmung oben Anm. 193b.

<sup>202 b)</sup> Das BGB. § 828 verlangt für die Schadensersatzpflicht jugendlicher Personen (vom vollendeten 7. bis zum vollendeten 18. Lebensjahre) „die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht“. Erkenntnis der Verantwortlichkeit würde auch im Strafgesetzbuch dem Ausdrucke „Erkenntnis der Strafbarkeit“ vorzuziehen sein.

<sup>202 c)</sup> Der von *Stooss* ausgearbeitete Entwurf eines schweizerischen StGB. v. 1893 Art. 7 verlangte mit Recht auch eine gewisse sittliche Reife zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit jugendlicher Personen. Der Entwurf von 1903 läßt über die Behandlung jugendlicher Personen andere Kriterien entscheiden (sittliche Verwahrlosung bzw. Verdorbenheit, hier Zwangserziehung bzw. Überweisung an Besserungsanstalten. Vergl. Anm. 203a).

<sup>203)</sup> Diese Strafbestimmung ist nur Eltern gegenüber zu empfehlen. Andere Personen werden kontraktlich verpflichtet, und nötigenfalls kann die Aufhebung des Vertrags eintreten. Durch eine Strafbestimmung könnten geeignete Personen leicht davon abgeschreckt werden, ein Kind in Obhut zu nehmen.

<sup>203 a)</sup> Nach dem schweizerischen Vorentw. v. 1903 soll ein Jugendlicher, der weder verwahrlost noch sittlich verdorben ist, wenn er keiner besonderen Behandlung bedarf, nur zur Einschließung von drei Tagen bis zu zwei Monaten verurteilt werden. Dies Maximum dürfte doch etwas zu gering angesetzt sein. Man denke an Totschlag oder sehr schwere vorsätzliche Körperverletzung. Außerdem kann bei sittlicher Verdorbenheit sehr wohl wirkliche Strafe zweckmäßig sein. Auch fragt sich, kann das Gericht die Überzeugung, daß der Angeklagte

oder

b) einer Besserungsanstalt für unerwachsene Personen für einen vom Gerichte zu bestimmenden Zeitraum zu überweisen, welcher jedoch nicht über die Vollendung des 21.<sup>204)</sup> Lebensjahres erstreckt werden darf. Das Gericht kann bestimmen, daß der einer Besserungsanstalt zu Überweisende zuvor in Einzelhaft unter angemessener Beschäftigung eine Freiheitsstrafe verbüße, welche weder die Dauer von zwei Monaten noch die Hälfte der nach 2. a) berechneten Freiheitsstrafe übersteigen darf.<sup>204a)</sup>

Auf Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter, zur Erlangung von Würden wie zur Übernahme von Pflichten oder zur Vornahme irgend welcher Rechtshandlungen darf gegen Personen unter 18 Jahren nicht erkannt werden.<sup>205)</sup>

Wird bei dem jugendlichen Angeklagten zugleich eine von anderen Ursachen herrührende verminderte Zurechnungsfähigkeit festgestellt,<sup>206)</sup> so hat das Gericht, falls des vorgeschrittenen Alters des Angeklagten wegen die Unterbringung in eine Besserungsanstalt für Jugendliche nicht mehr angemessen erscheint, die sofortige Unter-

sittlich verdorben sei, allein aus der Handlung schöpfen, oder muß die sittliche Verdorbenheit noch durch die Erziehung, die Umgebung, in welcher der Angeklagte gelebt hat, oder andere Umstände dargetan sein?

<sup>204)</sup> Zweckmäßig kann hier statt des jetzt maßgebenden 20. Jahres das 21., mit dem auch die Volljährigkeit eintritt, als Endtermin genommen werden.

<sup>204a)</sup> Das Gericht wird in sehr vielen Fällen, vielleicht in den bei weitem meisten von der Vorstrafe zweckmäßig nicht Gebrauch machen. (Vergl. *Aschrott*, Die Behandlung der verwahrlosten Jugend S. 28.) Für Rohheitsdelikte älterer Jugendliche dürfte sie aber z. B. doch zuweilen recht angebracht sein. Die *Reformatory School Act* von 1893 ermächtigt, wie bemerkt, den englischen Richter ohne und mit anderweiter Vorstrafe auf Unterbringung in eine *Reformatory School* zu erkennen.

<sup>205)</sup> Insbesondere dürfte auch nicht erkannt werden auf Unfähigkeit als Zeuge oder Sachverständiger beeidigt zu werden. *Appellius* S. 94 befürwortet die Beibehaltung dieser nach dem gegenwärtigen StGB. § 161 unbedingt auch gegen Jugendliche zu erkennenden, also nicht fakultativ, bzw. auf Zeit zu erkennenden Nebenstrafe. Diese Nebenstrafe würde m. E. überhaupt in einem neuen StGB. fortzulassen sein. Die Eidesleistung des Zeugen und Sachverständigen ist heutzutage nur eine Pflicht, nicht ein besonderes Ehrenrecht, und andererseits kann nicht behauptet werden, daß derjenige, welcher einmal die Eidespflicht (z. B. wegen dringender Versuchung dazu) verletzt hat, bei anderen Gelegenheiten wieder eines Meineids sich schuldig machen werde.

<sup>206)</sup> Bei jugendlichen Verbrechern entdeckt man sehr häufig bei genauerer Betrachtung oder nachträglich geistige Defekte, die schon zur Zeit der Verurteilung in ihren Anfängen vorhanden waren. Vgl. *Tucsek* GS. 65 S. 1 ff.

bringung in eine der für vermindert zurechnungsfähige Erwachsene bestimmten Anstalten zu verfügen, oder falls die Zeit der Zwangserziehung zu kurz ausfallen würde, zu bestimmen, daß der Angeklagte nach Erreichung des höchsten für den Aufenthalt in der Anstalt für jugendliche zulässigen Alters in eine für erwachsene Verurteilte von verminderter Zurechnungsfähigkeit bestimmte Anstalt überführt werde. Die Dauer der Behaltung in solcher Anstalt, soweit sie vom Gerichte bestimmt wird, ist nach den Vorschriften über Angeklagte mit verminderter Zurechnungsfähigkeit zu bemessen, so jedoch, daß das jugendliche Alter als ein weiterer Milderungsgrund für die Berechnung mit in Betracht kommt und die in der Besserungsanstalt verbrachte Zeit mit eingerechnet wird.<sup>206 a)</sup>

Die Kosten des Unterhalts in der Erziehungs- oder Besserungsanstalt sind der Staatskasse, soweit sie aus dem Vermögen des Untergebrachten nicht geleistet werden, von dem sonst zum Unterhalt Verpflichteten zu ersetzen, jedoch nur bis zum Betrage desjenigen Aufwandes, den der Verpflichtete hätte machen müssen, falls der Angeklagte in die Erziehungs- oder Besserungsanstalt nicht gebracht worden wäre.

Ausländische Angeklagte können einer Erziehungs- bzw. Besserungsanstalt auf Antrag ihres gesetzlichen Vertreters überwiesen werden, falls dieser die Zustimmung der Aufsichtsbehörde der Anstalt beibringt, und zugleich Sicherheit für die Kosten geleistet wird.<sup>207)</sup> Bürgschaftsleistung ist

---

<sup>206 a)</sup> Die hier vorgeschlagenen Gesetzesbestimmungen werden vielleicht einerseits kompliziert, andererseits als nicht ausreichend erscheinen. Man darf aber die Angeklagten nicht einem völlig schrankenlosen Ermessen der Gerichte und Behörden unterwerfen, da doch immer die Möglichkeit des Irrtums und selbst der unbewußten Parteilichkeit und persönlicher Begünstigung besteht. So können die Bestimmungen nicht so einfach sein, wie wenn fast alles dem bloßen Ermessen anheimgestellt werden soll. Bestimmungen aber, welche absolut vollständig gegen verbrecherische Angriffe, auch nur von Geisteskranken im eigentlichen Sinne, schützen, können nicht erdacht werden.

<sup>207)</sup> Man denke hier an den Fall, daß ausländische Eltern schon lange im Deutschen Reiche wohnen. Hier würde Ausweisung des jugendlichen Angeklagten oft sehr hart und letzterem leicht verderblich sein. Andererseits besteht keine Veranlassung, die Kosten für Erziehung oder Besserung für Ausländer zu übernehmen.

zulässig. In anderen Fällen werden Ausländer ausgewiesen oder ausgeliefert. Ausweisung tritt auch nachträglich ein, wenn bei Bürgerschaftsleistung die Zahlungen für den Unterhalt des in der Anstalt Befindlichen auf Aufforderung nicht rechtzeitig geleistet werden.

§ 43. Nach römischem Rechte<sup>207a)</sup> kann das jugendliche Alter äußersten Falles bis zur Volljährigkeit, also bis zum vollendeten 25. Lebensjahre, ausnahmsweise nach richterlichem Ermessen strafmildernd oder strafmindernd in Betracht kommen.<sup>208)</sup> Doch ist dies nicht unbestritten. Die gemeinrechtlichen Schriftsteller gestatteten aber meist die Milderung, welche von einigen auf kulpose Delikte beschränkt wurde.<sup>209)</sup> Von den früheren deutschen Gesetzbüchern erkennen nur wenige das jugendliche Alter über die in ihnen angenommene Grenze der bedingten Zurechnungsfähigkeit noch bis zum 18. Lebensjahre als Milderungsgrund an, so daß bayerische von 1813 Art. 99 bis zum zurückgelegten 16. Lebensjahre,<sup>209a)</sup> das altenburgische Art. 62, das thüringische StGB. Art. 58, das sächsische Art. 90<sup>210)</sup> und, am weitesten hierin gehend, das braunschweigische § 60 (bis zum vollendeten 21. Lebensjahre), während das hannoversche Art. 100, tatsächlich die gemeinrechtliche Theorie<sup>211)</sup> reproduzierend, ohne eine bestimmte Altersgrenze zu setzen, das jugendliche Alter als Milderungsgrund „bei solchen Verbrechen“ aufstellt, „welchen mehr Übereilung, Leichtsin, Genußbegierde und jugendliche Hitze, als Bosheit, Rachsucht und Übereilung zugrunde liegen“.

<sup>207a)</sup> Nach englischem Rechte wird für gewisse Fälle von Omissivdelikten im eigentlichen Sinne (die mit einem Vermögensbesitze zusammenhängen), z. B. Unterlassung der Reparatur einer Brücke, Unverantwortlichkeit minderjähriger Personen angenommen, *Russell* 1 S. 113. — Bei uns wird man hier von der Ansicht ausgehen, daß der Vormund allein strafrechtlich verantwortlich sei. Wir betrachten dies nicht als Frage der Deliktsfähigkeit, vielmehr als Frage der strafrechtlichen Verpflichtung (der Adresse der Strafnorm).

<sup>208)</sup> L. 37 § 1, D. 4, 4, L. 16 § 3, D. 48, 19. Andererseits L. 1, C. 2, 35. *Mommsen* S. 1042. Vgl. *Carpsow* qu. 143, qu. 61 ff. und andere Nachweisungen bei *Wächter* 1 § 116 Anm. 71 a und *Mittermaier zu Feuerbachs Lehrbuch* § 99 Anm. V.

<sup>209)</sup> So z. B. von *Henke* 1 S. 547.

<sup>209a)</sup> „Nach zurückgelegtem 16. Jahre gibt das jugendliche Alter für sich allein keinen Anspruch auf Milderung.“

<sup>210)</sup> Einige schließen nur Todesstrafe und lebenslängliche Freiheitsstrafe aus, so hessisches GB. Art. 118, badisches § 80, österreichisches § 52, letzteres bis zum Alter von 20 Jahren.

<sup>211)</sup> Vgl. *Mittermaier zu Feuerbach, Lehrbuch* § 99 Anm. V.

Vielleicht war es das Vorbild des französischen Rechts, das die meisten dieser Gesetzbücher im Vergleich zum gemeinen Rechte zu größerer Strenge veranlaßte; wenigstens kennen die Gesetzbücher für Preußen und Bayern (1861),<sup>211a)</sup> welche am meisten dem französischen Rechte folgen, einen über das 16. Lebensjahr hinausreichenden Milderungsgrund des jugendlichen Alters nicht.<sup>212)</sup>

Auch das gegenwärtige StGB. mildert die Strafe bei Angeklagten, die zur Zeit der Handlung das 18. Jahr vollendet haben, nicht. Ein Angeklagter, der dieses Alter nur um wenige Tage überschritten hat, muß bei allen mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen, da bei diesen die Feststellung mildernder Umstände ausgeschlossen ist, unbedingt zum Tode verurteilt werden, und doch stellt sich, wie neuere Untersuchungen beweisen, die schon früher vorhanden gewesene verminderte Zurechnungsfähigkeit oder gar die früher latente geistige Krankheit bei Personen, die in jugendlichem Alter schwere Verbrechen begangen haben, oft erst nach einigen Jahren heraus.

Soll daher die Todesstrafe beibehalten werden, und zwar ohne daß bei den mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen mildernde Umstände anerkannt werden, so wird es jedenfalls richtig sein, eine Bestimmung aufzunehmen, welche nach dem Vorbilde älterer Gesetze die Todesstrafe bis zu einer weiteren Altersstufe (20 oder 21 Jahre) ausschließt.<sup>213)</sup> Ich glaube indes, daß es auch bei Zulassung mildernder Umstände bei den mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen richtiger sein wird, gleichwohl dem Beispiele des österreichischen und ungarischen GB. zu folgen und die Todesstrafe bis zur Altersstufe von 20 Jahren unbedingt auszuschließen.

Es dürfte aber auch, abgesehen von dem Falle der Todesstrafe richtig sein, hier nach Maßgabe des italienischen StGB.

<sup>211a)</sup> Doch substituierte das bayerische GB. Art. 82 bei Minderjährigen der Todesstrafe lebenslängliche Zuchthausstrafe.

<sup>212)</sup> Jedoch ohne zu berücksichtigen, daß das französische Recht seit dem Gesetze von 1832 bei allen durch den *Code pénal* unter Strafe gestellten Verbrechen und Vergehen die Annahme mildernder Umstände gestattet, und daß zu diesen auch jugendliches Alter ohne bestimmte Grenze gerechnet werden kann.

<sup>213)</sup> Auch nach dem österreichischen Entwurf v. 1893 § 64 (nach den Anträgen des Ausschusses des Abgeordnetenhauses) soll bis zu 10 Jahre Zuchthaus bei Angeklagten unter 20 Jahren herabgegangen werden können. Vgl. ungarisches GB. Art. 87.

Art. 56<sup>214)</sup> und des neuen russischen StGB. § 57 zu verfahren, die beide die volle Strafbarkeit erst mit dem vollendeten 21. Lebensjahre beginnen lassen.<sup>215)</sup> Hielte man eine bis dahin sich erstreckende obligatorische Milderung für bedenklich, so würde man sie doch nach richterlichem Ermessen eintreten lassen können, wie nach dem Vorentwurf des japanischen StGB.<sup>216)</sup> Allzu milde darf man freilich gegen jugendliche Rowdies nicht verfahren.

Fraglich könnte endlich sein, ob überhaupt eine bestimmte Grenze des jugendlichen Alters zu setzen sei, sowohl für das Alter mit bedingter Zurechnungsfähigkeit, wie für ein Alter mit nur geringerer Strafbarkeit, also darüber das richterliche Ermessen entscheiden zu lassen;<sup>217)</sup> denn allerdings die Entwicklung der einzelnen Individuen ist eine sehr verschiedene. Die Aufhebung einer bestimmten Grenze der bedingten Zurechnungsfähigkeit würde indes zur Folge haben, daß den jugendlichen Personen der besondere Schutz verloren ginge, welcher in der Verpflichtung des Richters liegt, die Zurechnungsfähigkeit lediglich wegen jugendlichen Alters des Angeklagten jedesmal besonders festzustellen. Die bestimmte Grenze aber, bei welcher es sich um die Strafmilderung handelt, führt dann nicht mehr zu auffallenden Ungerechtigkeiten, wenn Bestimmungen über verminderte Zurechnungsfähigkeit bestehen. Diese letzteren Bestimmungen werden demjenigen, der in auffallender Weise in der geistigen Entwicklung zurückgeblieben ist, zugute kommen, und eine letzte Aushilfe bietet

<sup>214)</sup> Das italienische StGB. Art. 55 hat auch eine Zwischenstufe von 14 bis 18 Jahren außer der Stufe bedingter Zurechnungsfähigkeit, welche letztere vom Beginn des 9. bis zum Ende des 14. Lebensjahres reicht.

<sup>215)</sup> Dafür insbesondere *Geyer*, Zeitschr. 4 S. 199 unter Berufung auf *Krafft-Ebing*, der erst mit dem vollendeten 21. Jahre die volle Ausbildung des Gehirns als vorhanden annimmt, ebenfalls nach den von *Gretener* GS. 67 S. 47 gemachten Mitteilungen *Holtzendorff* und *Schütze*. — Entschieden anderer Meinung: *Aschrott*, Behandlung der verw. Jugend, S. 21, weil man sich an den Abschnitt des 18. Lebensjahres gewöhnt habe, und die Zahl der im Alter zwischen 18 und 21 Jahren Verurteilten im Deutschen Reiche sehr groß sei. Indes eine bloße Gewöhnung dürfte, wenn sie vorhanden wäre, einen rationellen Fortschritt nicht ausschließen. Sodann aber handelt es sich nicht um die Straffreiheit, sondern um angemessene, das Lebensglück in der Zukunft präsumtiv weniger schädigende Bestrafung.

<sup>216)</sup> Art. 55. (Nach der als Beilage zur Zeitschr. 1899 erschienenen Übersetzung von *Okada*.)

<sup>217)</sup> So *John*, Entwurf S. 277 ff.

die Annahme mildernder Umstände, wenn der Angeklagte den Alterstermin erst vor wenigen Tagen oder Wochen überschritten hatte, welcher ihn des Milderungsgrundes des jugendlichen Alters beraubte.<sup>218)</sup>

§ 44. Das Greisenalter ist an sich kein Grund der Zurechnungsunfähigkeit oder geminderter Zurechnungsfähigkeit. Doch können gerade im höheren Alter Gedächtnisschwäche, Schwachsinn<sup>219)</sup> und andere geistige Defekte sich entwickeln,<sup>219a)</sup> welche als solche in Betracht kommen, an ein bestimmtes Alter aber nicht gebunden sind und zuweilen frühzeitig (schon vor dem sechzigsten Lebensjahr) auftreten. Besondere gesetzliche Bestimmungen scheinen darüber nicht leicht passend gefunden werden zu können.<sup>219b)</sup> Sie sind auch nicht nötig, wenn bei jedem Delikte die Möglichkeit besteht, auf Grund mildernder Umstände die Strafe ausgiebig zu mildern,<sup>219c)</sup> und wenn zugleich die etwa wirklich vorhandene Zurechnungsunfähigkeit genügend betrachtet wird. Ich würde aber, um Zweifel zu vermeiden und gerecht zu verfahren, empfehlen, dem von der verminderten Zurechnungsfähigkeit handelnden Paragraphen — denn um diesen wird es sich häufig handeln — den Zusatz zu geben:

<sup>218)</sup> Wenn wirklich eine tiefgehende Reform unseres Strafrechts vorgenommen werden sollte, so wird man für einen erheblichen Teil der Straffälligen, bei denen noch auf Besserung zu rechnen ist, mit den gegenwärtigen Einrichtungen unserer Zuchthäuser und Gefängnisse überhaupt zu brechen und Anstalten zu schaffen haben, welche einigermaßen den nordamerikanischen neuen Strafanstalten (*Reformatories*) ähnlich eingerichtet werden könnten (vgl. darüber *Hartmann* 2. a. O. A. 250ff.) und, statt die Menschen geistig und körperlich zu brechen, sie zu brauchbaren Gliedern der menschlichen Gesellschaft zu machen imstande sind. Auch *Freudenthal* hat in der Frankfurter Zeitung („Aus amerikanischen Tagebuchblättern“) (1906) die Wirkung der nordamerikanischen *Reformatories* auf die Verurteilten als eine vorteilhafte geschildert.

<sup>219)</sup> Vgl. *Brusa, Dottrina del reato* § 168; *Alimena* 2 S. 296; *Hoche*, in s. Hdb. S. 628ff. über *Dementia senilis*.

<sup>219a)</sup> Insbesondere treten häufig die altruistischen Vorstellungen und Empfindungen mehr zurück.

<sup>219b)</sup> Vgl. darüber die interessanten Erörterungen in den Mitteilungen der Intern. kriminal. Vereinigung zu Budapest 8, S. 366—406. Die Vereinigung hat sich laut des S. 406 mitgeteilten Beschlusses für den Antrag *Leppmann* erklärt: „daß außerhalb der ausgesprochenen Geisteskrankheit diejenigen Zustände geistiger Veränderung, welche durch das Greisenalter häufig geschaffen werden, einer besonderen rechtlichen Behandlung bedürfen.“

<sup>219c)</sup> In der älteren Jurisprudenz wurde vielfach der Satz vertreten, daß das Greisenalter nach Analogie der *Adolescentia* und *pueritia* — *Senectus altera adolescentia et pueritia* — ohne weitere Voraussetzung als Milderungsgrund zu gelten habe. Vgl. z. B. *Tiraquellus, De poenis temperandis* c. 8. Dagegen aber z. B. *Carpov* qu. 144 n. 7 ff.



bei einer durch hohes Lebensalter entstandenen verminderten Zurechnungsfähigkeit wird die sonst durch die begangene Tat verwirkte Strafe in der folgenden Weise gemildert usw.<sup>219d)</sup>

Prozessual würde folgende Bestimmung empfohlen werden können: „Begeht jemand, der das sechzigste Lebensjahr vollendet hat, eine mit . . . bedrohte Handlung, welche in auffallendem Gegensatz zu seinem bisherigen Lebenswandel steht,<sup>219e)</sup> so hat das Urteil nach Einholung sachverständigen Gutachtens die Zurechnungsfähigkeit, bzw. verminderte Zurechnungsfähigkeit besonders festzustellen.“

Außerdem sollten lange Rückfallsstrafen gegen Personen, die ein bestimmtes Lebensalter überschritten haben, nicht verhängt werden. Diese Personen sind weniger gefährlich; erziehen kann man sie auch nicht mehr, und eine tatsächlich lebenslängliche Haft wäre aus beiden Gründen ungerecht, wenn die Tat, abgesehen vom Rückfall, nicht eine lange Freiheitsberaubung verdient. Auch begegnet man in einzelnen Gesetzgebungen der Bestimmung, daß gewisse Strafen gegen Personen, die eine bestimmte höhere Altersstufe erreicht haben, nicht angewendet werden sollen. Wenn aber nutzlose Quälereien überhaupt bei den Freiheitsstrafen nicht mehr stattfinden, vielmehr der Strafvollzug sich der Individualität des Sträflings mehr anpaßt, sind auch solche Bestimmungen überflüssig,<sup>219f)</sup> die übrigens, genau betrachtet, in die Lehre vom Strafvollzuge zu verweisen sind. Das deutsche StGB. hat über das Greisenalter eine besondere Bestimmung nicht; diese fehlt auch in den meisten anderen modernen Gesetzgebungen.

<sup>219d)</sup> Auch bedingte Verurteilung kann hier bei bisher unbescholtenen Angeklagten genügen. Vgl. *Leppmann* u. *Aschrott* in den Mitteilungen S. 396.

<sup>219e)</sup> In diesem Sinne *Cramer*, Berliner klin. Wochenschrift 1900. Nr. 47, 48. Sonderabdruck S. 15. In jedem Fall (abgesehen von geringfügigen Delikten) die Zurechnungsfähigkeit besonders festzustellen, würde lächerlich sein und nicht selten eine empfindliche Kränkung des Angeklagten bedeuten. — Namentlich wenn der Alkohol zur Zeit der Tat mitwirkte, kann, wie *Cramer* ausführt, die Zurechnungsfähigkeit ausgeschlossen sein.

<sup>219f)</sup> In den Verhandlungen der intern. krim. Ver. zu Budapest sprachen auch verschiedene Redner energisch gegen Verurteilungen zur Todesstrafe gegen Personen, die das 60. Lebensjahr vollendet haben. Vgl. bulgarisches StGB. Art. 59: „Todesstrafe wird bei Personen, die bei Beginn der Urteilsvollstreckung mehr als 65 Jahre alt sind, durch lebenslängliches Zuchthaus ersetzt.“

Auch das weibliche Geschlecht<sup>220)</sup> ist an sich kein Grund, verminderte Zurechnungsfähigkeit anzunehmen,<sup>220a)</sup> obwohl darüber auch gestritten ist. Die Frage, inwieweit dem weiblichen Geschlechte eher Gesetzesunkenntnis nachzusehen sei, ist in einem anderen Zusammenhange zu behandeln.

§ 45. Taubstumme. Hören und Sprechen sind die von der Natur gegebenen Mittel, Einsicht und moralisches Empfinden zu erlangen. Obschon in neuerer Zeit Unterricht der Taubstummen und Verständigungsmittel für Taubstumme eine so hohe Stufe erreicht haben, daß viele mit solchem Gebrechen seit früher Kindheit behaftete mit großer Sicherheit sich im Leben bewegen, Geschäfte treiben und auch leidlich sprechen, so kann doch, wer von Geburt oder von früher Kindheit an taub und deshalb auch zu sprechen nicht imstande war,<sup>221)</sup> nicht ohne weiteres als zurechnungsfähig betrachtet werden. Daher muß nach StGB. § 58 (vgl. StPO. 299 Abs. 2) die Zurechnungsfähigkeit eines Taubstummen stets besonders festgestellt werden.<sup>221a)</sup> Das Gesetz faßt aber auch hier, ebenso wie bei jugendlichen Angeklagten, statt von Zurechnungsfähigkeit im allgemeinen zu reden, die Zurechnungsfähigkeit formell lediglich von der intellektuellen Seite auf; es soll festgestellt werden, ob der Taubstumme die zur Erkenntnis der Strafbarkeit der von ihm begangenen Handlung erforderliche Einsicht besaß. Hierin etwas anderes als ein nur prozessuales Privileg zu erblicken, würde irrationell sein. Bei den Fortschritten, die der Unterricht der Taubstummen gemacht hat, wird an der Zurechnungsfähigkeit vieler Taubstummen nicht zu zweifeln sein. Indes kann es ebensowenig wie bei jugendlichen Personen lediglich auf die Intelligenz ankommen; auch die moralische Festigkeit kann trotz vorhandener Intelligenz infolge des körperlichen Mangels zurückgeblieben sein.<sup>222)</sup> Wird übrigens die

<sup>220)</sup> *Brusa a. a. O.*; *Alimena 2*, S. 334; *Hoche* in s. Hdb. S. 405 ff.

<sup>220a)</sup> Doch können bekanntlich die Zustände der Menstruation (namentlich in der ersten Jugend) und der Schwangerschaft wie der Geburtsakt zu geistigen, Zurechnungsunfähigkeit begründenden Störungen Anlaß geben.

<sup>221)</sup> Der Begriff der Taubstummheit ist richtig gefaßt: Stummheit, bedingt durch fehlendes oder mangelhaftes Gehör. (So *Aschaffenburg*, in *Hoches* Hdb. S. 68.)

<sup>221a)</sup> Die Beweislast trifft ebenso wie bei jugendlichen Angeklagten die Anklage.

<sup>222)</sup> In diesem Sinne *Aschaffenburg* S. 69.

Zurechnungsfähigkeit im einzelnen Falle bejaht, wobei allerdings große Vorsicht zu empfehlen ist,<sup>223)</sup> so findet nach dem Gesetze eine Strafmilderung nicht statt.<sup>224)</sup> Berücksichtigt man aber, wie leicht ein Leiden wie Taubstummheit auf Stimmung und Handlungsweise Einfluß haben kann, so wird man Bestimmungen, wie sie das italienische GB. enthält, billigen müssen.<sup>225)</sup>

Häufig wird wohl verminderte Zurechnungsfähigkeit anzunehmen sein. In diesem Falle, wie im Falle der Freisprechung wegen völlig mangelnder Zurechnungsfähigkeit, würde bei Begehung schwerer Straftaten bis zu einem bestimmten Alter Unterbringung in eine Besserungs- bzw. Erziehungsanstalt sich empfehlen. Das belgische wie das italienische StGB. ermächtigen, wenn ein Taubstummer wegen Mangels des Discernements (*discernimento*) freigesprochen wird, das Gericht, ohne weiteres die Unterbringung des Freigesprochenen in eine Anstalt bis zu einem bestimmten Zeitpunkte zu verordnen.<sup>226)</sup>

Bestritten ist, ob unter Taubstummen im Sinne des Gesetzes nur solche zu verstehen sind, die von früher Kindheit an taubstumm waren,<sup>227)</sup> oder auch solche, die das erst später geworden sind.<sup>228)</sup> Wenn man, wie zuzugeben, meist nur an die ersteren und gewöhnlichen Fälle denkt, wenn von Taubstummen die Rede ist, so kann doch nicht bezweifelt werden, daß der sprachliche Ausdruck auch für die letztere Kategorie

<sup>223)</sup> *Aschaffenburg* ist der Ansicht, der nicht unterrichtete Taubstumme sei einem gänzlich Schwachsinnigen gleichzustellen. Auch kommt in Betracht, daß über den Taubstummen Affekte leichter die Herrschaft gewinnen können. In solchen Fällen mangelt die Zurechnungsfähigkeit nicht im allgemeinen, wohl aber in Ansehung der fraglichen Tat.

<sup>224)</sup> Vgl. in diesem Sinne schon *Carpsow* qu. 147 n. 31.

<sup>225)</sup> Der Taubstumme wird hier nach seinem Alter immer den auf der vorhergehenden Stufe des jugendlichen Alters befindlichen Personen gleichgestellt und nie härter bestraft als Personen von 18—21 Jahren. Dafür *Aschaffenburg* S. 71 und *Liszt* § 38, I. Besonders milde Beurteilung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens will *Berner* S. 85, und (der Regel nach wenigstens) *Olshausen* zu § 58 Anm. 4. Das belgische Gesetzbuch stellt den für zurechnungsfähig erblickten Taubstummen in der Strafe den Jugendlichen gleich.

<sup>226)</sup> Nach dem belgischen StGB. Art. 76 bis zur Dauer von 5 Jahren, nach dem italienischen Art. 58 bis zur Vollendung des 24. Lebensjahres. Die Bestimmung des belgischen Gesetzes scheint mir den Vorzug zu verdienen; der Taubstummenunterricht kann auch im späteren Lebensalter noch mit Erfolg stattfinden.

<sup>227)</sup> So *Olshausen* § 58 n. 1, *Frank* § 58 I, *Liszt* § 38 I, 2, *Oppenhoff-Delius* § 58 n. 1.

<sup>228)</sup> So *Rüdorff-Stenglein* § 48 n. 1, *Schwarze* Anm. 4 zu § 58, auch *Haus* 1 n. 671, *Beijens* zu Art. 76 d. belgischen StGB. n. 6.

paßt, und wird jemand im späteren Lebensalter von dem schweren Geschick betroffen, das Gehör und in der Folge auch die Sprachfähigkeit völlig oder zum großen Teil zu verlieren, so kann seine Zurechnungsfähigkeit darüber auch sehr leicht gelitten haben. Es ist also nicht irrationell, die Vorschriften, welche über die Feststellung der Zurechnungsfähigkeit gelten, auch auf die letztere Kategorie zu erstrecken.

§ 46. Bestritten ist, ob eine analoge Anwendung der für taubstumme und jugendliche Personen geltenden Bestimmungen auf andere Personen zulässig ist, deren geistige Entwicklung zwar nicht durch Krankheit des Geistes, aber durch andere besondere Umstände gehemmt war, z. B. auf Personen, die in völliger Vereinsamung aufgewachsen sind (wie *Kaspar Hauser*). So sehr es nun auch anzuerkennen ist, daß in solchen Fällen die Zurechnungsfähigkeit fehlen kann,<sup>229)</sup> wird man die Frage doch richtiger zu verneinen haben; die Berücksichtigung solcher Fälle lag dem Gesetzgeber, wenn er sie wollte, sehr nahe, und andererseits könnte eine derartige gesetzliche Bestimmung auch in der Praxis eine zu weitgehende Anwendung erfahren. Es bleibt also wohl nur der Weg der Gnade. Es verhält sich hier ebenso wie mit Angehörigen nicht zivilisierter Staaten, die nach kurzem Aufenthalt in unserem Staatsgebiete strafbare Handlungen begehen.<sup>230)</sup>

§ 47. Es ist bis jetzt nur von dauernden Zuständen mangelnder Zurechnungsfähigkeit die Rede gewesen. Vorübergehende Zustände, welche das Bewußtsein aufheben, wie

<sup>229)</sup> Für Bejahung schon *Kress*, *Komment.* in C. C. C. art. 177 Nr. 2, namentlich *Hälschner* und *H. Meyer* § 23 I, 6. — Dagegen *Liszt* § 38 I, a. E., *Oltshausen* zu § 58. — *Finger* 1 S. 219 bes. Anm. verneint die Deliktstfähigkeit in solchen Fällen nicht auf Grund des § 58, wohl aber auf Grund eines allgemeinen, durch StGB. § 58 und 51 zum Ausdruck gebrachten Grundsatzes. Dieser Grundsatz aber könnte meines Erachtens nur sein, daß auch auf Grund des sog. Milieus, in welchem jemand heranwuchs, die Zurechnungsfähigkeit verneint werden dürfte; denn mit krankhaftem Zustande oder körperlichen Gebrechen haben wir es in den erwähnten Fällen nicht zu tun. Die Verneinung der Zurechnungsfähigkeit auf Grund des Milieus aber würde, wie oben gezeigt worden, die gesamte Lehre der juristischen Zurechnungsfähigkeit umstürzen oder in richterliche Willkür verwandeln.

<sup>230)</sup> Besondere Vorschriften über die Zurechnungsfähigkeit Blinder scheinen nicht erforderlich und finden sich auch in den Gesetzgebungen nicht. Die intellektuelle und ethische Ausbildung Blinder ist weit leichter möglich, als die der Taubstummen. Zudem ist die körperliche Hilflosigkeit der Blinden ein Hindernis der Begehung strafbarer Handlungen. So *Aschaffenburg* in *Hoches* Hdb. S. 68.

der Schlaf, Somnambulismus, oder wie Fieberdelirium, Schlaftrunkenheit,<sup>230a)</sup> verkehrte Vorstellungen oder krankhafte Triebe hervorrufen, begründen, so lange sie dauern, für alle innerhalb jener Zustände begangenen Handlungen Zurechnungsunfähigkeit und demnach Straflosigkeit. Die Frage kann nur sein, wann ist die Handlung begangen? Entscheidend ist hier der Zeitpunkt des maßgebenden Willensaktes<sup>231)</sup> oder, wie die moderne Richtung sich ausdrückt, der (maßgebend) willkürlichen Körperbewegung; der Zeitpunkt der etwa später eintretenden Wirkung kann nicht entscheiden. Wer Steine auf die Eisenbahnschienen gewälzt hat, um einen Bahnzug zur Entgleisung zu bringen, und zu der Zeit schläft, wo der von ihm vorbereitete Eisenbahnunfall eintritt, kann nicht wegen dieses Zustandes der Bewußtlosigkeit von Verantwortung frei sein. Das ist selbstverständlich und unbestritten.

§ 48. Streitig aber ist, inwieweit jemand für eine im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit von ihm begangene Tätigkeit oder Unterlassung verantwortlich gemacht werden kann, wenn er den Entschluß zu jener Tätigkeit oder Unterlassung im zurechnungsfähigen Zustande gefaßt oder den Zustand der Zurechnungsunfähigkeit nicht, wie seine Pflicht war, abgewendet, oder endlich voraussehend, daß er in dem ihm überkommenen Zustande der Zurechnungsunfähigkeit leicht einen schädlichen Erfolg herbeiführen könne, nicht vor dem Eintritt des Zustandes der Zurechnungsunfähigkeit die erforderlichen Verhütungsmaßregeln angewendet hat. (*Actio libera in causa* oder *ad libertatem relata*.)

Nun ist ein rechtlich in Betracht kommender Willensakt im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit, der Bewußtlosigkeit, unmöglich, ein psychologischer Zusammenhang zwischen der etwaigen Tätigkeit im bewußten und andererseits bewußtlosen Zustande daher ausgeschlossen. Auch wer vorher im Zustande der Zurechnungsfähigkeit daran gedacht hat, in einem späteren Zustande der Zurechnungsunfähigkeit ein Verbrechen mittels eines dann vorzunehmenden Willensaktes auszuführen, kann nicht verantwortlich gemacht werden, sollte auch durch Zufall

<sup>230a)</sup> Über Schlaf, Traum, Somnambulismus, Erwachen physiologisch und psychologisch vgl. *Volkmann* I, S. 392 ff.

<sup>231)</sup> So insbesondere *Liszt* § 37 II, *Binding*, Grundriß I § 39 a. E.

eine unbewußte Körperbewegung den vorher geplanten Erfolg herbeiführen.<sup>232)</sup> Aber der durch einen früheren Willensakt in Bewegung gesetzte äußere oder physische Kausalzusammenhang kann weiter wirken und zu dem physischen Kausalzusammenhange gehört auch, was etwa der Körper des Individuums ohne Bewußtsein herbeiführt. Eine Verantwortlichkeit kann daher stattfinden, insofern es eines Willensaktes nicht mehr bedarf, sei es, daß das Individuum wie ein fremder bewußtloser Gegenstand die im bewußten Zustande gewollte und gegebene Anregung fortsetzt oder zur äußeren Erscheinung bringt, sei es, daß überhaupt eine weitere Tätigkeit nicht erforderlich ist, der deliktische Erfolg vielmehr durch einfache Untätigkeit, durch Unterlassung herbeigeführt wird, welche letztere von dem früheren Willensakte mit umfaßt war. Ebenso wie jemand für einen anderen von ihm in Bewegung gesetzten unbewußten Naturkausalismus haftet, und ebenso wie er auch sonst für eine Untätigkeit, eine Unterlassung haftet, die er nicht erst im Momente des Eintritts des deliktischen Erfolges beschlossen zu haben braucht, ebenso muß er auch für den eigenen Körper als Glied des Naturkausalismus haften, und ebenso haften für die Folgen einer vorher beschlossenen Unterlassung, mögen diese Folgen auch erst eintreten zu einem Zeitpunkte, wo das Bewußtsein zeitweilig erloschen war.<sup>232a)</sup> „Der bewußte Mensch steht sich im unbewußten Zustande fremd gegenüber.“<sup>232b)</sup>

Gewöhnlich richtet nun niemand im Zustande der Bewußtlosigkeit einen Schaden an, namentlich nicht im Zustande des gewöhnlichen Schlafes und der gewöhnlichen Zwischenzustände zwischen Schlaf und Wachen.<sup>233)</sup> Da man — es muß hier

<sup>232)</sup> Vgl. *Savignys* Bemerkung bei Beratung des Entwurfs eines preußischen StGB. *Goldammer*, *Materialien I* S. 353.

<sup>232a)</sup> Völlig anders liegt der Fall, wenn jemand überhaupt nur den Entschluß gefaßt hat (genauer sich mit dem Gedanken trägt), ein Verbrechen auszuführen — nicht aber dies gerade im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit, z. B. der Trunkenheit höheren Grades, zu tun — und dann im Zustande einer zufälligen Zurechnungsunfähigkeit die fragliche Tätigkeit vornimmt. In diesem Falle — z. B.: A hatte schon die Absicht, den B zu töten, begegnet ihm dann in (völlig) trunkenem Zustande und tötet ihn nun — nimmt auch *Feuerbach* (Bibliothek f. peinl. Rechtswissenschaft, Band 2, Stück 3, S. 91 ff.) keine strafrechtliche Verantwortlichkeit an, während er wegen doloser Tötung strafen will, falls die Absicht dahin ging, die Tat gerade im trunkenen Zustande zu verüben.

<sup>232b)</sup> *Höpker* in der Anm. 268 zitierten Schrift S. 30.

<sup>233)</sup> Doch ist es vorgekommen, daß jemand aus einem beängstigenden Traume erwachend seinen Bettgenossen, von dem er sich angegriffen wähnte,

allerdings behufs genauer Begründung auf die Lehre von der Fahrlässigkeit Bezug genommen werden — im allgemeinen nur für die gewöhnlichen Folgen seiner Tätigkeit haftet, so ergibt sich, daß in der Regel strafrechtlich niemand haftet für einen Schaden, den er im Schlafe oder in der Schlaftrunkenheit angerichtet hat, während dolose Delikte, z. B. Beleidigungen, die nicht nur reale unbewußte Ausführungen vorher gefaßter Entschlüsse sein können, der Natur der Sache nach unmöglich sind.

Aber es kann eine Haftung wegen Fahrlässigkeit eintreten, wenn jemand sich in einen Zustand der Bewußtlosigkeit versetzt oder auch nur fahrlässig einen solchen über sich hereinbrechen läßt, in welchem er, wie er weiß, erfahrungsmäßig Andere schädigende oder gefährdende Tätigkeit vornimmt, ohne dagegen die erforderlichen Vorbeugungsmaßregeln zu treffen,<sup>234)</sup> und wegen Dolus, insofern eine spätere Untätigkeit genügt, wenn das schädigende Individuum auf eine schädigende, im Zustande der Bewußtlosigkeit eintretende, automatische Bewegung seines Körpers gerechnet hat und die Vornahme dieser Bewegung nicht allzu unwahrscheinlich ist. Das wird nun freilich nur höchst selten der Fall sein, und wenn kompliziertere Tätigkeiten nötig sind, den Erfolg herbeizuführen, so ist jenes Rechnen überhaupt unmöglich: kompliziertere Tätigkeiten verlangen einen Entschluß, und dieser kann im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit nicht gefaßt werden. In Wahrheit führt derjenige, der sich in einen Zustand der Zurechnungsunfähigkeit versetzt, einen Zustand herbei, in dem die Ausführung eines Planes gerade besonders unsicher wird. In der Praxis ist

---

verletzt hat. *Schwartzner*, S. 51, berichtet über einen in Budapest vorgekommenen Fall, in welchem eine Frau, die im Traum sich von Hunden verfolgt glaubte, ihr Kind als vermeintlichen Stein, mit dem sie die Hunde verschleichen wollte, mit aller Kraft an die Wand warf. — In *Bergers Electa jurispr. criminalis* II obs. 6 wird von der Freisprechung eines Mädchens berichtet, die im Schlafe nicht bemerkt haben wollte, daß jemand mit ihr Inzest verübte.

<sup>234)</sup> Ältere Schriftsteller haben mehrfach die Frage erörtert, inwieweit eine Verantwortlichkeit wegen *Culpa* für im Zustande des Somnambulismus bewirkte Schädigungen anzunehmen sei. Vgl. z. B. *Damhouder* c. 84, n. 12 und die oft genannte Dissertation: *Thomasius, De jura circa somnum*, die übrigens juristisch fast wertlos ist. (Unter anderem wird die übrigens öfter vorkommende Ansicht vertreten, daß, wer im Schlafzustande jemanden töte und später das Geschehene billige, wegen Tötung zu bestrafen sei.) Auch *Hélie* I n. 357 scheint die Möglichkeit der Verantwortlichkeit des Nachtwandelnden anzunehmen. Praktisch wird sie wohl nicht leicht werden; denn häufig wird der Somnambule nicht wissen, was er im einzelnen im Zustande des Nachtwandelns tut, und sodann wird er auch nicht immer genügende Vorsichtsmaßregeln kennen oder anzuwenden in der Lage sein.

also, abgesehen von dem erst neuerlich in Betracht gezogenen Falle der hypnotischen Suggestion, von dem noch besonders zu reden ist, wegen der Schwierigkeit oder Unmöglichkeit des Nachweises des Kausalzusammenhanges die Verantwortlichkeit wegen doloser, positiver Tätigkeit so gut wie ausgeschlossen.<sup>235)</sup> Aber die Mutter, die in gefahrbringender Weise<sup>236)</sup> ihr Kind zu sich ins Bett nimmt und dann im Schlafe erdrückt, wird wegen fahrlässiger Tötung,<sup>237)</sup> der Weichensteller, der sich bis zur Bewußtlosigkeit betrinkt, um die gehörige Weichenstellung in diesem Zustande zu unterlassen, sogar wegen doloser Gefährdung oder Schädigung eines Eisenbahntransportes bestraft werden müssen.

Eine Lücke oder einen inneren Widerspruch wird man in dieser Ausführung zu entdecken nicht vermögen. Sie ist im wesentlichen schon alt,<sup>237a)</sup> aber wie es dem praktischen Bedürfnis entspricht, hauptsächlich angewendet auf den Fall einer bis zur Bewußtlosigkeit oder doch völligen Zurechnungsunfähigkeit sich steigenden Trunkenheit, freilich auch dadurch modifiziert, daß der Zustand der Trunkenheit an sich häufig dem Trunkenen zur Fahrlässigkeit angerechnet werden kann.<sup>238)</sup>

<sup>235)</sup> Die Annahme eines *Dolus eventualis* (früher als *Dolus indirectus* bezeichnet) kann allerdings (vgl. z. B. v. Soden, Geist d. peinl. Gesetzgebung Deutschlands, 2. Aufl. 1792, 2, S. 40ff. und Mittermaier, N. Arch. N. 12, S. 40, 41) zu höchst ungerechten Verurteilungen Trunkener führen. Aber dies ist kein Grund gegen die Annahme einer Verantwortlichkeit wegen *Actio l. i. c.*, vielmehr gegen die Annahme eines *Dolus eventualis*.

<sup>236)</sup> Die Verantwortlichkeit für Fahrlässigkeit bei im Zustande völliger Trunkenheit begangenen Handlungen wird schon von *Aristoteles*, *Eth. Nicom.* 3, 7, in solcher Weise begründet. Vgl. *R. Löning*, Zurechnungslehre d. *Aristoteles* S. 232.

<sup>237)</sup> Dieser im kanonischen Rechte Kap. 3 X 5, 10 besonders erwähnte und für strafwürdig erklärte Fall war im Mittelalter keinesweg ein bloßer Schulfall, da, ausgenommen die höheren Stände, es üblich war, daß ganze Familien in einem Bett schliefen. Infolge der Beichtermahnung gelangten dann solche Fälle, die gegenwärtig der Strafjustiz meist entgehen werden, auf Grund eines Geständnisses vor die geistliche Gerichtsbarkeit.

<sup>237a)</sup> Vgl. über *Aristoteles* oben Anm. 236.

<sup>238)</sup> *Damhouder* c. 84, n. 12ff.; *Menochius*, de arbitr. cas. 343, *Matthaeus*; de crim. proleg. c. 2, n. 13; *Boehmer* in C.C.C. 179, § 10; *Klein*, Grundsätze § 133, Nr. 5; *Quistorp*, Grunds. d. d. peinl. Rechts 1, § 65; *Tittmann*, Handbuch d. Strafrechtswissenschaft (1906) S. 59, 66; *Oersted* S. 247; *Wächter*, Lehrb. 1, S. 122; *Luden*, Abhandlungen d. Strafr. 2 (1840), S. 544, 545; *Wächter*, Sächs. Thüring. Strafr. 1, S. 468, 409; *Bekker*, Theorie d. heut. Strafr. 1, S. 373; *Berner*, Lehrb. § 48, 3; *Küstlin*, 1, S. 146, 147; *Schwarse*, § 51, Nr. 10; *Binding*, Normen 2, S. 195ff.; *Olshausen* § 51, Anm. 11a; *Geyer*, G. Arch. 13, S. 242; v. *Buri*, das. S. 726; *Schütze*, Lehrb. 39, Anm. § 13; *Geib* 2, S. 75, 76; *Hélie* 1, n. 357; *H. Meyer* § 23, 4; *Liszt* § 47 a. E.; *Brusa*, *Dottrina del reato* §§ 173, 174; *Impallomeni* 1 n. 110; *Finger* 1, S. 225.



Man muß indes berücksichtigen, daß der Beweis des Dolus sich nur schwer wird führen lassen, und daß eigentlich praktisch im Falle eines Dolus nur der durch pflichtwidrige Unterlassung herbeigeführte rechtswidrige Erfolg ist. Manche Schriftsteller haben daher, indem sie den Fall der Unterlassung übersahen, die Möglichkeit einer Verantwortlichkeit wegen Dolus überhaupt geleugnet.<sup>239)</sup>

§ 49. Diese herrschende Ansicht mußte selbstverständlich auch in den Gesetzbüchern Aufnahme finden, soweit sich diese darauf einließen, über die hier fraglichen Fälle besondere Bestimmungen zu treffen. Aber für strafbare Handlungen kommt meist nur der Zustand der Trunkenheit hier in Betracht, und Trunkenheit erscheint einerseits als ein gefährlicher, andererseits als ein tadelnswerter Zustand; endlich ist es auch oft schwer, wirkliche durch Trunkenheit herbeigeführte Zurechnungsunfähigkeit von einem Zustande bloßer Aufgeregtheit zu unterscheiden. Alles dies führte zu der unhaltbaren Verschärfung, die im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit ausgeführte Tat, falls sie im Zustande der Zurechnungsfähigkeit vorher beschlossen war, dem Täter selbst als Dolus verübt anzurechnen, so daß in fehlerhafter Weise der zwar vorhandene äußere oder physische Kausalzusammenhang auch als psychologisch vorhanden angenommen wurde, während doch der Zustand der Zurechnungsunfähigkeit einen psychologischen Zusammenhang mit einem früheren Zustande der Zurechnungsfähigkeit ausschließt und jedenfalls ausschließt, wenn der Zustand der Zurechnungsunfähigkeit in Bewußtlosigkeit besteht. Die Fehlerhaftigkeit jenes Zusatzes<sup>239a)</sup> war dann insbesondere der Anlaß, daß in das preußische und später in das deutsche StGB., wie in das bayerische StGB. v. 1861 überhaupt keine die fraglichen Fälle betreffende Bestimmung Aufnahme gefunden hat.<sup>240)</sup>

<sup>239)</sup> So *Kleinschrod* 1, §§ 17, 64. Den Fall der fahrlässigen Herbeiführung eines schädlichen Erfolges durch einen Schlafenden erwähnt allein *Clarus* § fin qu. n. 12.

<sup>239a)</sup> Vgl. bayerisches GB. v. 1813, Art. 40, altenburgisches Art. 67c, württembergisches Art. 97, Abs. 3, hannoversches Art. 84, Nr. 9, hessisches Art. 38, badisches § 76, nassauisches Art. 36, thüringisches Art. 62, 3. — Anders sächsisches StGB. Art. 88, welches die Haftung für Dolus nur im Falle nicht völliger Zurechnungsfähigkeit annahm.

<sup>240)</sup> Gegen solche Bestimmungen *Krug*, Kommentar z. sächs. StGB. Art. 88. Vgl. auch *Hocheder* 1, S. 325.

Das oben angeführte Argument, welches *Savigny* gegen Gesetzesbestimmungen geltend machte, welche die in völliger Zurechnungsfähigkeit begangene Tat als Ausführung eines vorher gefaßten Entschlusses zu behandeln unternahmen, war, wie bemerkt, vollkommen richtig, sofern die Unterlassung (oder der *Dolus eventualis*, mit welchem ja vieles bewiesen werden kann!) außer Betracht gelassen wurde. *Savigny* leitete aber auch jenes Argument nicht aus der Annahme des Fehlens des äußeren oder physischen Kausalzusammenhanges ab, vielmehr sehr richtig aus der Aufhebung des Zusammenhanges zwischen Entschluß (oder Vorbedenken der Tat) und dem späteren psychischen Zustande des Täters. Daß der im zurechnungsfähigen Zustande angeregte physische Kausalismus dem Täter nicht sollte zugerechnet werden können, hat *Savigny* nicht behauptet. Mit seiner Behauptung war insbesondere vereinbar die Verantwortlichkeit für fahrlässige Herbeiführung eines Erfolges, den der Körper zur Zeit der Zurechnungsunfähigkeit bewirkte. Diese Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit wurde daher ebenso von der Praxis des preußischen höchsten Gerichtshofs<sup>241)</sup> wie von Hälschner<sup>242)</sup> vertreten.

Zu einer absoluten Ausschließung der Verantwortlichkeit gelangten nur wenige Autoren. So *Teichmann*,<sup>243)</sup> der den Mangel des physischen Zusammenhanges kurzweg als Mangel des Kausalzusammenhanges überhaupt bezeichnet und *Wahlberg*,<sup>244)</sup> der als Handlung nur das betrachtet, was im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit äußerlich ausgeführt wurde, aber nicht bedenkt, daß letzteres doch das Ende des bereits früher

<sup>241)</sup> O.T. 9./10. 60. Arch. 9, S. 69. Anders und weitergehend in den Gründen, aber in der Sache selbst richtig O.T. 29./3. 60. G. Arch. 8, S. 407, da jemand im Zustande völliger Zurechnungsunfähigkeit einen vorher beschlossenen Diebstahl, der im Augenblicke des Zugreifens Dolus voraussetzt, nicht begehen kann, sollte er auch vorher den Diebstahl geplant haben.

<sup>242)</sup> Lehrb. d. preuß. Strafrechts 1, S. 116.

<sup>243)</sup> Allgem. d. Strafrechtszeitung 10 S. 215. — *Hälschner* ist später vollständig zu der jetzt herrschenden Ansicht übergetreten; ja er geht, die Haftung für *Dolus* betreffend, ziemlich weit.

<sup>244)</sup> Das Prinzip der Individualisierung S. 77. Ähnlich *Bruck* S. 115, 116, der der Ansicht ist, der Zurechnungsunfähige (völlig Trunkene) könne gar nichts mehr tun. — Aber recht schlimme Schläge, Fußtritte usw. können bis zur Zurechnungsunfähigkeit Trunkene doch noch erteilen, und wie, wenn ein solcher dadurch, daß er fällt, z. B. einem Kinde eine schwere Körperverletzung zufügt, oder z. B. eine Lampe umwerfend eine Benzinexplosion verursacht?

angeregten physischen Kausalzusammenhanges sein kann;<sup>244a)</sup> so *Bruck* § 115, der, einfach das Argument *Savignys* wiederholend, auch Verantwortlichkeit für *Culpa* völlig verwirft; so neuestens *Katzenstein*, der, wie man zugestehen muß, seine Ansicht durch neue und zum Teil scharfsinnige Argumente zu begründen unternimmt. Das scheinbarste dieser Argumente ist folgendes. Das Sichversetzen in den Zustand der Zurechnungsunfähigkeit, bemerkt *Katzenstein*, sei nur Vorbereitungshandlung; nun sei aber *Dolus* bei der Ausführung erforderlich, und gerade hier fehle er. Die erste Behauptung ist aber keineswegs immer zutreffend; sie ist es nur, falls die Ausführung noch einen weiteren Entschluß verlangt. Ist solcher Entschluß nicht mehr erforderlich, braucht vielmehr der Schuldige, sich selbst untätig verhaltend, nur den von ihm selbst in Bewegung gesetzten Naturkausalismus oder den von anderen in Bewegung gesetzten Kausalismus, den er zu hemmen verpflichtet war, ablaufen zu lassen, damit ein schädlicher Erfolg entstehe, wie in aller Welt sollte er deshalb straflos sein, daß er durch einen von ihm herbeigeführten Zustand der Zurechnungsunfähigkeit (Bewußtlosigkeit) sich im voraus die Möglichkeit genommen hat, den Ablauf des Naturkausalismus zu hemmen? Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen lassen sich eben nicht in jener allgemein-abstrakten Weise unterscheiden. Der richtigen Ansicht nach befindet sich derjenige, der durch bloße Untätigkeit einen verbrecherischen Erfolg herbeiführen kann und will, nicht mehr im Stadium der Vorbereitung, wenn er sich absichtlich in einen Zustand versetzt, der notwendig oder aller Wahrscheinlichkeit nach seine Untätigkeit in dem für das Ereignis entscheidenden Zeitpunkte herbeiführen wird. Wenn in anderen Fällen z. B. das Sichbetrinken nicht als eine rechtserhebliche, daher auch nicht als Ausführungshandlung erscheint, so beruht dies eben darin, daß hier der Handelnde den entscheidenden Entschluß und Willensakt sich noch vorbehalten hat, wenigstens aber eine für den Richter nicht aufzuhellende Ungewißheit vorliegt, ob dies nicht der Fall sei. Freilich wird, falls das Ereignis aus irgend einem Grunde gleichwohl nicht eintritt,

---

<sup>244a)</sup> In diesem Sinne die treffenden Ausführungen *Bindings*, Normen 2 S. 196 ff.

der Beweis, daß das Sichversetzen in den Zustand der Zurechnungsunfähigkeit gerade in jener verbrecherischen Absicht geschah, schwer geführt werden können, und wenn z. B. (vgl. *Katsenstein* S. 34) der aus dem Schlafe rechtzeitig aufgerüttelte Weichenwärter, der die Absicht hatte, durch pflichtwidrige Untätigkeit einen Bahnzug zur Entgleisung zu bringen, noch seine Schuldigkeit tut, so entsteht der Schein, als hätte man es mit einer straflosen Vorbereitungshandlung zu tun. *Katsenstein* könnte mit jenem Argumente allerdings diejenigen Anhänger der herrschenden Ansicht — der Strafbarkeit der *Actio l. i. c.* — schlagen, welche, wie er selbst und insbesondere auch *Liszt*, voraussetzen, es sei zu einem strafrechtlich in Betracht kommenden Willen unbedingt eine Körperbewegung erforderlich, eine Ansicht, die unten bei Erörterung des Kausalzusammenhanges durch Unterlassung widerlegt werden wird.

Ein anderes Argument findet *K.* darin, daß die älteren Gesetzbücher und Autoren von einer im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit (Bewußtlosigkeit, völliger Trunkenheit) begangenen Tat sprechen. Er folgert hieraus eine wesentliche Differenz gegen die Ansicht derjenigen, welche die entscheidende Tätigkeit in einen früheren Zeitpunkt verlegen, und schließt aus dieser Annahme, daß nach der Ansicht der früheren partikularen Gesetzgebungen die *Actio l. i. c.* nur kraft solcher positiven Bestimmungen strafbar gewesen sei; nachdem diese Bestimmungen fortgefallen — dies ist die letzte Schlußfolgerung — sei somit *de lege lata* die *Actio libera in causa* straflos.

Aber es heißt doch zu sehr an dem rein wörtlichen Ausdrucke haften, wenn jenen Gesetzgebungen die Meinung untergeschoben werden soll, die entscheidende Willensaktion falle in einen Zustand der Bewußtlosigkeit. Die in diesem Zustande vorgenommene Handlung bedeutet ihnen offenbar nur das äußere Hervortreten der Handlung, nicht den juristisch entscheidenden, diesen äußeren Vorgang in Bewegung setzenden Willensakt, ein Sprachgebrauch, der keineswegs unnatürlich ist, vielmehr sehr nahe liegt, da der Begriff „Handlung“ in verschiedenem Sinne genommen werden kann. Und wäre es nicht äußerst sonderbar, wenn die Gesetzgebungen, zu denen hervorragende Vertreter der Theorie Vorarbeit und Mitarbeit lieferten,

sich von der herrschenden Theorie so völlig hätten emanzipieren wollen? Es fehlt aber endlich auch nicht an recht positiven Zeugnissen des Gegenteils.<sup>245)</sup> Und ganz verfehlt ist das letzte von *Katzenstein* (S. 248) freilich mit großem Nachdrucke geltend gemachte Argument, daß die partikularen Gesetzbücher deshalb zu besonderen Bestimmungen über die *Actio l. i. c.* gegriffen haben, weil nach Ansicht der Gesetzgeber die *Actio l. i. c.* sonst straflos gewesen wäre. Jetzt, nach dem Wegfall jener besonderen Bestimmungen, sei daher die *Actio l. i. c.* straflos.

Aber abgesehen davon, daß, wie gezeigt worden, die Gesetzgeber gerade hier nur eine Konsequenz aus allgemeinen Grundsätzen feststellen wollten, was ließe sich nicht bei der früheren weitläufigen Fassung der Gesetze beweisen, wenn man jede ausdrückliche Vorschrift als eine singuläre, von der Konsequenz allgemeiner Grundsätze abweichende Bestimmung betrachten wollte? Der Angriff auf die herrschende Lehre ist demnach als erfolglos zu bezeichnen. Zustimmung dürfte er wenig gefunden haben.

§ 50. Am meisten erörtert ist, wie bemerkt, die Frage der *Actio libera in causa* in Ansehung der Trunkenheit;<sup>246)</sup> denn dieser Zustand gänzlicher oder verminderter Zurechnungsfähigkeit kommt am meisten vor und ist für Eigentum und Personen oft gefahrdrohend.<sup>246a)</sup>

<sup>245)</sup> So eröffnet der von der *Actio l. i. c.* im Zustande der Trunkenheit handelnde Art. 40 des bayerischen GB. von 1813 die Reihe derjenigen Artikel, welche von dem physischen Kausalzusammenhange handeln; der Gesetzgeber behandelt das, was der Körper des völlig Trunkenen ausrichtet, als eine äußere Wirkung des früheren Entschlusses. Vgl. ferner die von *Hepp*, Kommentar zum württembergischen StGB. I S. 677 mitgeteilten Kammerverhandlungen; *Breidenbach*, Kommentar z. hess. StGB. I S. 516ff. (hier ist einerseits der Fall des Bewirkens durch Unterlassung, andererseits der Fall der *Culpa* richtig hervorgehoben).

<sup>246)</sup> Mit der strafrechtlichen Behandlung hat sich insbesondere 1890 beschäftigt der *Congrès pénitentiaire international (Congrès de St. Petersbourg)*. (Die Gutachten im Bd. 2 der Akten des Kongresses. Vgl. namentlich das von *Heinse* erstattete, S. 49—159 — auch in Spezialabdruck erschienene —, welches zugleich eine genaue geschichtliche und rechtsvergleichende Darstellung der Behandlung der Trunkenheit gibt.) Auch heute noch sehr beachtenswert ist der Aufsatz *Mittermaiers*, N. Arch. d. Cr. (1832) S. 1—52. Vgl. ferner *Schwartzer*, Die Bewußtlosigkeitszustände S. 29—47, S. 105—108, *Schwarze*, GS. 33 (1880) S. 430—472.

<sup>246a)</sup> Die Frage, unter welchen Voraussetzungen Trunkenheit an sich, also als besonderes Delikt für strafbar zu erklären sei, kann hier nicht

Gerade hier aber ist die Erörterung früher<sup>247)</sup> oft durch ungehörige moralische und Abschreckungs-Erwägungen<sup>248)</sup> in Verwirrung gebracht worden, wie durch Anwendung des strafrechtlich unhaltbaren von *Bartolus* (*ad leg.* 38 D. 48, 5) aufgestellten Satzes: „*Danti operam rei illicitae (etiam) imputantur omnia quae sequuntur contra voluntatem suam*“,<sup>249)</sup> während man in neuerer Zeit erkannt hat, daß eine moralische Verurteilung der Trunkenheit und der Trinker an der juristischen Beurteilung nichts ändern darf, daß es sich hier um nichts anderes handelt, als um einen Fall der *Actio in libera causa*,<sup>250)</sup> der nur das Besondere hat, daß er wie bemerkt, leicht freiwillig oder fahrlässig von dem handelnden Individuum selbst herbeigeführt wird, daß die Grenze zwischen bloßer Aufregung und völliger Verdunkelung des Bewußtseins in der Praxis oft schwer zu bestimmen ist, daß der Schuldige seine eigene Erregung sogar zu mutigerer Ausführung seines Planes benutzen kann, daß schädigende Handlungen in trunkenem Zustande besonders leicht vorkommen, und daß endlich sinnlose Trunkenheit nur zu oft fälschlich zur Entschuldigung geltend gemacht wird.

Offenbar nimmt das römische Recht bei in der Trunkenheit verübten, strafbaren Handlungen — es ist hier wohl eine Trunkenheit zu unterstellen, die noch einen wirklichen Willensakt zuläßt — eine milder zu beurteilende Schuld, nicht einen

erörtert werden. Die Akten des *Congrès pén. intern. de St. Petersbourg* enthalten auch über diese Fragen höchst Wertvolles.

<sup>247)</sup> Über die Geschichte der strafrechtlichen Behandlung der Trunkenheit vgl. insbesondere *Mittermaier*, *N. Arch. d. Cr.* 12 (1832) S. 1—12. — Sehr eingehende Erörterungen über die Behandlung der Trunkenheit in den Vorverhandlungen über Art. 48 des italienischen StGB. mitgeteilt *Crivellari* 3 S. 462 bis 478. Dasselbst (S. 445 ff.) auch Geschichte der strafrechtlichen Behandlung der Trunkenheit.

<sup>248)</sup> Schon *Aristoteles*, *Politik* II, c. 9, § 9, führt das Gesetz des *Pittakos* von Mytilene, nach welchem Betrunkene, wenn sie jemanden geschlagen hatten, größere Strafe als Nüchterne erleiden sollten, lediglich auf Nützlichkeitsgründe zurück. Denn *Pittakos* habe nicht auf die Erwägung gesehen, daß Trunkene eher Verzeihung verdienten, sondern darauf, daß gerade im trunkenen Zustande leicht Übermut verübt werde. Vgl. *Loening*, *Zurechnungslehre d. Aristoteles*, S. 233. *Baldus* in *L. C. unde vi* war der Ansicht, wer in Trunkenheit ein Verbrechen begehe, verdiene doppelte Strafe: 1. wegen der Trunkenheit, 2. wegen des begangenen Verbrechens.

<sup>249)</sup> Dabei beging man noch den Fehler, die höchstens moralwidrige Handlung des Sichbetrinkens mit einer rechtlich verbotenen Handlung zu verwechseln.

<sup>250)</sup> Anerkennung der Theorie der *A. l. i. c.* — fahrlässige Körperverletzung durch Überfahren im Zustande der Trunkenheit — durch *RG. II* 8./3. 92 E. 22 Nr. 138 S. 413.

überlegten Vorsatz, sondern einen „*Impetus*“ an,<sup>251)</sup> während das kanonische Recht jedenfalls bei den höheren Graden der Trunkenheit Zurechnungsunfähigkeit annimmt, aber das Sichbetrinken an und für sich als eine kirchlich zu ahndende Handlung betrachtet.<sup>251a)</sup>

So finden wir denn in der italienischen<sup>252)</sup> Jurisprudenz des Mittelalters einerseits<sup>253)</sup> die Meinung vertreten, daß Trunkenheit einen Milderungsgrund bilde,<sup>254)</sup> wenigstens dann, wenn sie einen bedeutenden Grad erreiche,<sup>254a)</sup> andererseits aber von mehreren die völlige Ausschließung der Zurechnungsfähigkeit anerkannt, wenn die Trunkenheit einen hohen Grad erreicht.

<sup>251)</sup> Vgl. L. 11 § 2 D. 48, 19: „*Delinquitur autem aut proposito aut impetu aut casu . . . impetu autem cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur*“ und L. 6 § 7 D. 49, 16; L. 12 pr. D. 48, 3. — Aber diese Stellen beweisen keineswegs, daß das römische Recht in der Trunkenheit nur einen Strafmilderungsgrund, nicht auch unter Umständen einen Schuldausschließungsgrund erblickt habe. So richtig *Binding*, Grundr. § 39, 1.

<sup>251a)</sup> *Can. 7 Causa 15 qu. 1. Quae sobrii cavemus, per ebrietatem ignorantes committimus . . . Nesciunt quid loquantur, qui nimio vino indulgent; jacent sepulti; ideoque si quia per vinum deliquerint, apud sapientes iudices venia quidem facta donantur, sed levitatis damnantur auctores.*“ — *Can. 9 eod. „Inebriaverunt Loth filiae ejus, et se nescienti miscuerunt. Qua propter culpandus est quidem: non tamen, quantum ille incestus, sed quantum illa meretur ebrietas.“*

<sup>252)</sup> Häufig erscheint die Bemerkung, daß das ältere deutsche Recht Trunkenheit als Entschuldigungsgrund nicht angesehen habe. Gestützt wird diese Ansicht aber nur auf einige vor den Folgen der Trunkenheit warnende Sprichwörter — Trunkene Freud, nüchternes Leid; was einer trunken stündigt, muß er nüchtern büßen —, oder auf dichterische Sentenzen gleichen Sinnes. Angesichts aber der durch germanische Rechtsanschauungen stark beeinflussten italienischen Jurisprudenz und der gesamten späteren deutschen Theorie und Praxis, wie der schon von *Tacitus* bezeugten Sitten der Deutschen ist jene Ansicht schwerlich aufrecht zu erhalten. Richtig ist allerdings, daß, soweit es auf Schadensersatz ankam — und Schadensersatz ist der Kern des alten Systems der Compositionen — die Fahrlässigkeit und sogar nicht selten kasuelle Verletzung der dolosen Verletzung gleichgestellt wurde, und daß insoweit die Nichtberücksichtigung der Trunkenheit nur konsequent war. Anders aber mußte es sein, wenn es sich um die Strafe eines Friedensbruches und zugleich um Trunkenheit höheren Grades handelte. — Eine Entscheidung wie die des (stark moralisierenden) Brünner Schöffenbuchs Nr. 243, welche sich auf den falschen Satz beruft, daß der *operam dans rei illicitae* für alle Folgen hafte, wird man nicht dagegen anführen dürfen. —

<sup>253)</sup> Über die Beurteilung der Trunkenheit bei den Italienern vgl. *Engelmann*, Schuldlehre S. 30ff.

<sup>254)</sup> Vgl. namentlich *Aretinus*, *Rubr. Scienter dolose* n. 17.

<sup>254a)</sup> *Z. B. Baldus* in L. 10 C. *qui accusare* 9, 1 n. 6. „*Ebrietas magna delictum extenuat, non autem in totum excusat*“ andererseits *Albericus de Rosciate super C. ad L. Ju. maj; Bonifacius de Vitalinis, Tract. super malificis, rubr. de homicidio* n. 6: „*Item ebrietas excusat ab homicidio*“ mit der Beschränkung (vgl. *rubr. de insultu*) „*nisi dolose inebriavit*“, d. h. angenommen, daß jemand sich nicht betrank, um in der Trunkenheit das Verbrechen zu begehen.

Nach *Clarus*<sup>255)</sup> sodann soll der höchste Grad der Trunkenheit den Dolus, nicht aber die Verantwortlichkeit wegen Culpa ausschließen — allerdings, wie die Bemerkung, daß eine *poena extra ordinaria* stattzufinden habe, anzeigt, in der unrichtigen Wendung, daß Verbrechen, die sonst nur dolose begangen werden können, in der Trunkenheit als kulpose strafbar sein sollen. Es werden dann aber wieder Ausnahmen gemacht. Es soll gar keine Strafe stattfinden, wenn die Trunkenheit eine unverschuldete war, z. B. wenn jemandem eine schnell trunken machende Substanz ohne sein Vorwissen in den Wein gemischt war; andererseits aber sollte Strafmilderung ausgeschlossen sein, wenn jemand sich betrinke, obschon er wisse, daß er in der Trunkenheit strafbare Handlungen verübe oder auch wenn er *ebriosus* (ein Gewohnheitstrinker) sei.<sup>256)</sup> Im ganzen wird also eine vollständig die Zurechnungsfähigkeit aufhebende Trunkenheit ebenso behandelt, wie jeder andere Zustand der Zurechnungsunfähigkeit, nur mit Berücksichtigung des Umstandes, daß man Trunkenheit meist schuldhaft herbeiführt.

§ 51. Während aber in Frankreich durch ein strenges Spezialgesetz<sup>257)</sup> der Trunkenheit jede entschuldigende Bedeutung abgesprochen wurde, und in England<sup>258)</sup> und Schottland gleichfalls diese strenge Ansicht lange Zeit zur Geltung gelangte, verblieb man in Deutschland<sup>259)</sup> wie in Italien<sup>259a)</sup> bei der

<sup>255)</sup> *Clarus* § fin qu. 60 n. 11. Vgl. über die letztere Unterscheidung (welche durch die rein moralische Betrachtung begründet wird, daß nach Ansicht der Theologen im zweiten, nicht aber im ersten Falle ein *peccatum mortale* vorliege) z. B. *Gaill, Pract. Observat. II observat. 110 n. 26 ff.* — In den *Additiones Augustini* zu *Aretinus* a. a. O. auch die Unterscheidung, ob es sich um Verbalverbrechen (z. B. Majestätsbeleidigung) oder um Realverbrechen (z. B. Tötung) handele.

<sup>256)</sup> Vgl. *Menochius* II. cas. 326 n. 7 und die dort zitierten Schriftsteller. — Eine gute Darstellung der verschiedenen Modifikationen der herrschenden Meinungen wieder bei *Tiraquellus, De poenis temperandis causa* 6.

<sup>257)</sup> *Ordonnance* von 1536 (vgl. *Hélie* I n. 357). Ein ähnliches für die Niederlande erlassenes Edikt erwähnt *Damhouder* c. 84 n. 20. Noch 1824 erklärte der französische Kassationshof, daß Trunkenheit, als ein an sich tadelnswerter und freiwillig herbeigeführter Zustand, als Entschuldigungsgrund nicht betrachtet werden könne. *Hélie* I n. 361. Ähnlich die Argumente amerikanischer Richter früherer Zeit. *Wharton* I § 49.

<sup>258)</sup> *Archbold* S. 25.

<sup>259)</sup> Vgl. *Carpsov* qu. 146; *Codex Max. Bavaricus* I, § 19; *Engau* § 36; *Boekmer* in C.C.C. 179, §§ 9, 10; *Kleinschrod* I, §§ 107—114; *Meister, Principia* § 17; *Martin* §§ 39, 63. Ausdrücklich österreichisches GB. § 236 (vgl. § 523). Häufig ist der Unterscheidung zwischen verschuldeter und unverschuldeter Trunkenheit eine übermäßige Bedeutung beigelegt.

<sup>259a)</sup> Vgl. *Pessina, Elem. di diritto pen.* I S. 229. Nur ein päpstliches *Regolamento* v. 1832, der sog. *Codice Estense* für Modena 1855 und ihnen



richtiger urteilenden Auffassung der älteren Italiener, und diese hat jetzt auch in Frankreich und England die Herrschaft erlangt.<sup>260)</sup>

Die Wirkung alkoholischer Getränke besteht zunächst nur in einer gewissen Erhöhung der Energie der Lebensfunktionen, wobei die Intelligenz ungeschwächt ist,<sup>261)</sup> allerdings aber bei angeregter Phantasie die Überlegung und die Beachtung von Umständen, welche die Spannung der Seele sonst leicht mindern, mehr zurücktritt.<sup>262)</sup> Hier findet volle Zurechnungsfähigkeit statt;<sup>262a)</sup> aber da die Überlegung eine geringere ist, während der Antrieb zum Reden und Handeln sich steigert, ist eine mildere Bestrafung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens — abgesehen von dem Falle gewohnheitsmäßiger Verübung gewisser strafbarer Handlungen — im angetrunkenen Zustande richtig,<sup>263)</sup> und in der deutschen Praxis auch herrschend.

---

folgend das sardinische StGB. v. 1859 enthielten Abweichendes, das nun für die m. E. verfehlten Bestimmungen des Art. 48 des gegenwärtigen italienischen StGB. maßgebend geworden ist.

<sup>260)</sup> *Hélie* 1 n. 359; *Garraud* 1, n. 266 II. — In England und Nordamerika wird wenigstens jetzt die Möglichkeit, Verbrechen zu begehen, welche eine bestimmte Absicht (*Intent*) voraussetzen, verneint, wenn der Täter vollständig trunken ist, ausgenommen den Fall, daß er schon vorher die Absicht hatte, das Verbrechen auszuführen und dies im Zustande der Trunkenheit auch tat. Doch scheint die Jurisprudenz nicht völlig festzustehen. Vgl. *Russell* 1, S. 143; *Archbold* S. 29; *Wharton* 1, S. 48—55; *Wharton, Medical Jurisprudence* §§ 207—227; *Penal Code of California* von 1872, amended 1889, *preliminary provisions* s. 22. — Nach dem *Penal Code of India* von 1860 s. 85—86 dagegen soll nur unverschuldete Trunkenheit (die dem Trunkenen ohne oder gegen seinen Willen beigebracht ist) entschuldigen, und selbst eine etwa zum Verbrechen erforderliche besondere Absicht wird bei verschuldeter Trunkenheit fingiert. Also hier noch die alte Strenge.

<sup>261)</sup> Schon von *Feuerbach*, Merkwürdige Kriminalrechtsfälle, 3. Aufl., S. 375 ff., treffend hervorgehoben.

<sup>262)</sup> Vgl. darüber namentlich *Schwartz* S. 33 ff. und *Heinse* a. a. O. S. 79 ff.; *Alimena* 2, S. 212 ff. Gewöhnlich werden drei Stufen der Wirkung des Weines angenommen. *Berner*, Imputationslehre S. 122 ff., nimmt noch eine Vorstufe (das Weinwarmsein) an, in welcher nur angenehme und im allgemeinen wohlthätige Wirkungen hervortreten (die Franzosen sagen, der Wein sei hier noch «*bon enfant*»).

<sup>262a)</sup> Bei krankhaften Personen verändert sich aber das Bild der beginnenden Trunkenheit. Bei Epileptischen läßt häufig deren äußeres Auftreten den wirklichen Grad der Bewußtseinstrübung nicht vermuten. So *Aschaffenburg* in *Hoches* Hdb. 19.

<sup>263)</sup> So auch *Canonico*, Rapport in den *Actes du Congrès pénit. international de St. Pétersbourg* 2, S. 309, dgl. *Ventosa*, das. S. 391. (A. M. *Rohland*, das. S. 425, der nur in unfreiwilliger Trunkenheit einen Grund erblickt, die Strafe herabzusetzen.) Der Beschluß des Kongresses (*Actes* 1, S. 796) steht wohl nicht entgegen (vgl. unten zu Anm.) denn es gibt Ausnahmefälle. Der Beschluß lautet: «*L'état d'ivresse non complète ne peut en aucun cas exclure la responsa-*

Bei fortschreitender Trunkenheit werden Bedeutung und Folgen des Redens und Tuns immer wenig scharf ins Auge gefaßt, und andererseits oft durch ein übermächtiges Spiel der Phantasie vergrößert, so daß nicht selten ein unschuldiger Scherz als schwere Beleidigung aufgefaßt wird, der gute Bekannte als schlimmer Feind und bössartiger Angreifer erscheint, während zugleich die eigene Persönlichkeit überschätzt, die fremde gering geschätzt wird. Hier beginnt nach und nach die völlige Unzurechnungsfähigkeit, der die gewöhnliche Ideenassoziation fehlt, während eine andere falsche sich an die Stelle schiebt.<sup>264)</sup> Die Übergänge aber sind meist schwer festzustellen.<sup>264a)</sup> Bei genauerer Betrachtung aber wird sich ergeben, daß ein Trunkener in bezug auf manche Delikte noch zurechnungsfähig ist, während ihm für andere die Zurechnungsfähigkeit abgesprochen werden muß, wie dies analog auch bei einer jugendlichen Person der Fall sein kann, bei welcher die Überlegung oft zurücktritt, Phantasie und unmittelbarer Anreiz zum Handeln dagegen eine um so größere Rolle spielen.<sup>265)</sup> So wird man bei fortschreitender Trunkenheit länger Zurechnungsfähigkeit für Körper- und Sachbeschädigung als für Beleidigung<sup>266)</sup> durch Behauptung oder Nacherzählen von Tatsachen annehmen, deren beleidigender Charakter erst bei einigem Nachdenken klar wird, oder für Störung des Gottesdienstes durch lautes Sprechen,<sup>266a)</sup>

---

*bilité; comme circonstance ayant influence sur la mesure de la peine, cet état ne peut être défini par la législature ni comme circonstance atténuante, ni comme circonstance aggravante, mais son influence dépend des circonstances de chaque cas particulier.»*

<sup>264)</sup> Zuweilen ist das Bild der Trunkenheit freilich ein anderes. Der Trunkene wird sentimental, melancholisch und herabgestimmt oder erscheint gegen seine Umgebung besonders liebevoll. Man kann solchen Zustand aber hier unbeachtet lassen, da er zu anscheinend strafbaren Handlungen keinen Anlaß gibt, nur daß Schädigungen durch Unachtsamkeit dabei möglich sind. Der Zustand kann freilich auch in einen anderen umschlagen.

<sup>264a)</sup> Daher haben Einteilungen, die nach bestimmten äußeren Merkmalen nicht selten aufgestellt sind, keinen juristischen Wert. *Carrara, Progr. parte generale* §§ 332 ff., unterscheidet drei Grade der Trunkenheit, *Pessina* S. 266 ff. vier. Vgl. aber dagegen *Crivellari* 3, S. 456.

<sup>265)</sup> *Carpsow*, qu. 146, n. 37 „*ebrii passim . . . comparantur et infantibus*“.

<sup>266)</sup> Auch Majestätsbeleidigungen, vgl. schon L. 1. C. (von *Theodosius, Arcadius und Honorius*) *Si quis imperatori* 9, 7, vgl. dazu *Heinze* S. 54. — O.T. Berlin 8./5. 68, (Aufhebung der Verurteilung wegen Majestätsbeleidigung), andererseits 10./3. 69, (Nichtaufhebung der Verurteilung wegen Verletzung der Schamhaftigkeit) *G.Arch.* 16, S. 511 und 17, S. 354.

<sup>266a)</sup> *RG.* 16./1. 82, E. 5 Nr. 117 S. 538. Das RG. hat in diesem Urteile ausdrücklich anerkannt, daß Zurechnungsfähigkeit in Beziehung nur auf eine

oder für Beleidigungen durch unpassende Scherze.<sup>267)</sup> Aber auch das Mittel der verübten Tat wird hier entscheidend sein können; ob z. B. nur mittels eines Stockes ein Todschatz verübt wurde, oder aber der Trunkene einen Revolver abfeuerte; im ersteren Falle kann der Schuldige weit eher über die Folgen seiner Tat im Unklaren sich befinden, als im letzteren. Endlich aber hört die Fähigkeit, irgend einen wirklichen Entschluß zu fassen auf: es mangelt, wie *Schwartzner* (S. 38) sagt, nicht nur die Willensfreiheit, sondern der Wille selbst, wenngleich eine sinnlose, oft sehr gefährliche Tätigkeit bis zum Eintritt des letzten äußersten Stadiums der Trunkenheit, der Lethargie (Bewußtlosigkeit), noch möglich bleibt. Die Zurechnungsfähigkeit aber erlischt nicht erst in diesem letzten Stadium, denn, wie schon oben ausgeführt, nach rationeller Interpretation des § 51 des StGB. genügt zur Zurechnungsunfähigkeit eine erhebliche Störung, Verfälschung oder Unklarheit des Bewußtseins.<sup>268)</sup> Für das, was nun ohne wirklichen Willensakt geschieht, findet an sich keine Verantwortlichkeit statt, aber dies Geschehene kann in einem früheren Willensakte oder einer früheren Fahrlässigkeit seine Ursache haben,<sup>269)</sup> und dann muß, wie in anderen Fällen der *Actio libera in causa*, Verantwortlichkeit stattfinden. Sollte jemand aber im Zustande der Trunkenheit gerade das aus-

---

bestimmte Tat ausgeschlossen sein könne, während sie in bezug auf andere in demselben Zustande vorgenommene Handlungen fortbestehen würde.

<sup>267)</sup> Oder jemand gibt im trunkenen Zustande eine gefälschte Banknote aus, die er vorher als echte empfangen, aber später als falsche erkannt hat, vgl. *Wharton, On mental unsoundness* § 221. *Thümmel*, GS. 48, S. 414 macht richtigerweise darauf aufmerksam, daß Zurechnung unter Umständen nur für einen Teil des objektiven Tatbestandes anzunehmen sei; z. B. durch den Lärm und was sonst noch vorkommt, vermehrt sich die Aufregung, und so wird der Trunkene im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit Rädelsführer.

<sup>268)</sup> Vgl. in diesem Sinne auch RG. III, 29./1. 94, G. Arch. 42, S. 45. Hier wird Fehlen des Bewußtseins über den Anstand und Schamgefühl verletzenden Charakter der Handlung für genügend erklärt. — Treffende Ausführungen gibt die kleine Schrift von *Höpker*, Die Anwendung des § 51 RStG. auf die in sinnloser Trunkenheit begangenen dolosen Verbrechen. 1899.

<sup>269)</sup> Richtig hat O.T. Berlin, 20./3. 60 G. Arch. 8, S. 408 selbstverschuldete Trunkenheit, welche Bewußtlosigkeit (erheblich gestörtes Bewußtsein) herbeiführt, für einen (unbedingten) Schuldaußschließungsgrund bei Begehung eines Diebstahls und ebenso die Begehung einer Steuerdefraude 13./2. 67 (Rechtsprechung des O.T. in Strafsachen 8, S. 113) in solchem Zustande für ausgeschlossen erklärt, dagegen 9./11. 60, 6, 9, S. 69 ff., Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit in Gemäßheit der Theorie der *Actio libera in causa* als möglich angenommen. *Katzenstein*, S. 132 ff., erblickt hierin (mit Unrecht) eine sich selbst widersprechende Praxis, da durch das Urteil von 1869 das Urteil von 1867 als unrichtig bezeichnet werde.

führen, was er darin zu tun sich vorgenommen hat, so wird das bei jeder irgend komplizierten Tätigkeit ein Beweis sein, daß ein Zustand wirklicher Unzurechnungsfähigkeit nicht eingetreten war.

§ 52. Schwierig ist es allerdings, verschuldete oder unverschuldete Trunkenheit voneinander zu unterscheiden.<sup>270)</sup> An sich richtig ist aber diese Unterscheidung,<sup>271)</sup> und sie darf auch im Interesse der allgemeinen Sicherheit nicht in einem den Schuldigen allzu günstigen Sinne gehandhabt werden.<sup>271a)</sup> Wenn jemand, ohne gehörig auf sich zu achten, im geselligen Kreise<sup>271b)</sup> nach und nach zu viel trinkt, so ist das

<sup>270)</sup> Vgl. darüber *Heinze* S. 111.

<sup>271)</sup> Dies ist auch die durchaus herrschende Ansicht. Vgl. z. B. *Berner*, § 48, 3. *Hälschner* 1 S. 210, 213. *Merkel* S. 93. *v. Liszt* § 47, III. Sie ist ebenso im Auslande anerkannt. Vgl. *Garraud*, 1 n. 266, *Alimena*, 2 S. 216 und die Verhandlungen des *Congrès pénit. internat. de St. Petersbourg*. *Wharton*, 1 § 48ff. Schon *Codex Max. Bavar.* I § 19 sagt: „Trunkenheit, welche aus keinem merklichen Verschulden herrührt und den ganzen Verstand benimmt, entschuldigt von aller Strafe.“

Aber eingerissene Unsitten darf man nicht allzu sehr als Entschuldigungsgründe gelten lassen. Dagegen kann der Hungernde, der aus Not übermäßig Arbeitende oft in mehr entschuldbarer Weise zur Flasche greifen, um den Mangel der Kräfte — freilich auf Kosten der Zukunft — durch die Erregung des Branntweins zu ersetzen.

„Zwischenfälle, welche tagtäglich sich ereigen und in ihrer Wirkung allgemein bekannt sind, können das Trunkensein bis zur hochgradigen Trunkenheit steigern: Temperaturwechsel bei Verlassen des Lokals u. dgl. Derartige Vorgänge und Zufälligkeiten würden die Schuld des Trinkers nicht aufheben.“ *Schwarze*, GS. 33 S. 461.

<sup>271a)</sup> Die zuweilen gegen diese Unterscheidung gerichtete Polemik haftet am Worte, ohne die Sache zu treffen. Allerdings wenn Trunkenheit an sich nicht strafbar ist, so kann es für den Zustand der Trunkenheit als solchen auch auf Verschuldung nicht ankommen. Da aber ein Mensch im Zustande einer das Bewußtsein trübender Trunkenheit leicht Unheil anrichtet, so trägt, wer sich schuldhafterweise in jenen Zustand versetzt, auch die Verantwortung, wenn er als Trunkener Schaden anrichtet. Bei unverschuldeter Trunkenheit fehlt es an der Erfassung der entfernteren für das Recht in Betracht kommenden Folgen. Vgl. *Schwarze* a. a. O. S. 466ff: „Man darf davon ausgehen, daß hochgradige Betrunkenheit stets geeignet ist, auch den besonnensten Mann aus seinen gewohnten Denk- und Handlungsweisen herauszudrängen und ihn zu Handlungen hinzureißen, die er ernüchert nicht versteht, und über die er von Scham und Reue ergriffen ist.“

<sup>271b)</sup> Dagegen ist es verkehrt, gewohnheitsmäßige Trunkenheit als einen Strafschärfungsgrund für im Zustande der Trunkenheit begangene Delikte zu behandeln. Hat jemand sich schon sehr oft betrunken, ohne etwas Schlimmes anzurichten, so ist es ein unerwarteter Erfolg, wenn der Trunkene sich vergeht. Die *Culpa* ist also geringer! Gewohnheitsmäßige Trunkenheit als solche kann nur Sicherungsmaßregeln rechtfertigen. So *Brusa, Dottr. del reato* § 173. — Anders allerdings, wenn unter gewohnheitsmäßiger Trunkenheit der Fall verstanden wird, daß der Schuldige schon früher verschiedentlich in trunkenem Zustande sich vergangen hatte. (Das liegt aber nicht in dem Ausdrucke „gewohnheitsmäßige Trunkenheit“, *ubriachessa abituale*.) Vgl. *Haus* I n. 685, *Tuossi* 1 S. 264.

kaum unverschuldete Trunkenheit, falls ihm die Wirkung des Getränkes auf seinen Organismus bekannt war. Anders, wenn besondere Umstände, z. B. vorhergehende Aufregung, Ermüdung, Unwohlsein, die gewöhnliche Wirkung des Getränkes steigern. Einigermäßen wahr ist aber auch das Sprichwort: „*In vino veritas*“; insofern Menschen ohne schlimme Neigungen auch in stark angetrunkenem Zustande meist keine schlimmen Exzesse begehen, und bei Beachtung der angegebenen Unterscheidungen, z. B. wenn bloße Reden<sup>272)</sup> nicht auf die Goldwage gelegt werden, lassen Härten sich leicht vermeiden. Andererseits können auch krankhafte Anlagen, was oft nicht genügend beachtet wird, bei geringem Alkoholgenusse ohne Schuld des Individuums Wutanfälle in völlig unzurechnungsfähigem Zustande herbeiführen,<sup>272a)</sup> und selbst wenn eine krankhafte Anlage nicht nachweisbar ist, können, ohne daß irgend Bewußtlosigkeit oder auch nur Störung des Bewußtseins eintritt, Handlungen vorkommen, die nach Charakter und Sinnesart des Trunkenen unerklärlich erscheinen, aber dadurch veranlaßt werden, daß der Trunkene unter die Herrschaft einer Wahnvorstellung gerät, bei welcher von einem freien Willen keine Rede ist; denn in der Tat ist Trunkenheit physiologisch und pathologisch betrachtet nichts anderes, als eine transitorische, geistige Erkrankung, verursacht durch Alkoholvergiftung.<sup>273)</sup> Die Schuld steigert sich andererseits, wenn der Trinkende aus Erfahrung weiß, daß er durch den Genuß des berausenden Getränkes leicht in den Zustand übermäßiger Wut versetzt wird. Betrinkt sich jemand in Kenntnis dieser Erfahrung, und nimmt er im Zustande der Trunkenheit Handlungen vor, die seinen Neigungen, seinen im übrigen schon öfter dargelegten Leidenschaften

<sup>272)</sup> Vgl. oben Anm. 262a und richtig schon *Fichardus, Consilia cons.* 58.

<sup>272a)</sup> So bei Epileptikern und bei Personen, die Schädelverletzungen erlitten haben. *Skrzeczka* in *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 264. In zweifelhaften oder auffallenden Fällen ist daher Begutachtung durch einen Psychiater erforderlich.

<sup>273)</sup> Wenn auch die den Motiven zum StGB. beigefügte Denkschrift der königl. wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen die Trunkenheit zwar als einen abnormen, keineswegs aber als einen krankhaften Zustand bezeichnete, so kann diese Auffassung jetzt die medizinisch richtige Subsumtion unter die zweite Alternative des § 51 „Ausschließung der freien Willensbestimmung durch krankhafte Störung der Geistestätigkeit“ nicht hindern. Vgl. *Schwarze*, GS. 33 S. 442, *Höpker* S. 11 ff. — A. M. *Olshausen*, Anm. 7b zu § 51.

entsprechen,<sup>274)</sup> so verdient er auch nicht einmal irgend eine Strafminderung wegen Trunkenheit: was an Stärke der Überlegung, an Intensität des Dolus im Zustande der Trunkenheit selbst fehlt, wird ersetzt durch die vorherige Berechnung, welche die geminderte Überlegung im Zustande der Trunkenheit benutzt.<sup>275)</sup> Dies hat man seit langer Zeit richtig erkannt; und so insbesondere denjenigen, der sich zur Begehung eines Verbrechens Mut angetrunken hat (*Ebrietas affectata*), von der vollen Strenge des Gesetzes treffen lassen.<sup>276)</sup> Ja *in abstracto* läßt sich die Möglichkeit nicht abstreiten, daß jemand im Zustande sinnloser Trunkenheit wirklich dasjenige tut,<sup>277)</sup> was er darin zu tun vorher sich vorgenommen hatte; bei irgend komplizierter Tätigkeit ist dies jedoch nur Zufall. Allgemein aber — ausgenommen von *Katzenstein* — werden gerade bei der Trunkenheit die oben erwähnten Regeln über die *Actio libera in causa* anerkannt und bestätigt.<sup>278)</sup>

§ 53. Das bürgerliche Gesetzbuch § 827 enthält eine Bestimmung über Ersatzpflicht wegen eines im Zustande der

<sup>274)</sup> Insofern man bei Abmessung der Strafe auch deren erziehenden Charakter mit berücksichtigen will, wird auch aus diesem Grunde die Strafe des Gewohnheitstrinkers nicht gemindert werden dürfen.

<sup>275)</sup> Vgl. schon *Guill, Pr. obs.* 111 n. 29, *Carpsow* qu. 146, n. 46. Anders, wenn während eines zufälligen Rausches plötzlich eine gute Gelegenheit sich findet, ein Verbrechen auszuführen, mit dem der Schuldliche sich freilich schon längere Zeit in Gedanken beschäftigte. Hier ist nach richtiger Ansicht Prämeditation nicht vorhanden. Vgl. *Schwartz* S. 86.

<sup>276)</sup> *Carpsow* qu. 146 n. 47. *Damhouder*, cap. 84 n. 16ff.

<sup>277)</sup> Vgl. *Schwarze*, a. a. O. S. 454, *Heinze* S. 101, 102, der aber bemerkt, daß nur in den seltensten Fällen Trunkenheit des höheren Grades zur Ausführung eines Verbrechens werde benutzt werden. — In weiterem Umfange nimmt *Geyer*, *Zeitschr.* 4 S. 194ff. solche Fälle als möglich an. Der Streit darüber ist so wie *Geyer* die Fälle gestellt hat, nutzlos, da die Verurteilung an der Insuffizienz des Beweises scheitern wird. Nur wenn der Täter im zurechnungsfähigen Zustande besondere Maßnahmen getroffen hat, vermöge deren selbst ein leicht möglicher Zufall den Erfolg herbeizuführen geeignet ist, kann ebenso wie ein anderer Zufall auch eine im Zustande völliger Trunkenheit leicht mögliche Körperbewegung die Haftung für das vollendete dolose Delikt begründen (z. B. die Mutter nimmt das Kind zu sich in ihr Bett, während es sonst in der Wiege schläft). So *Höpker* S. 30.

<sup>278)</sup> Vgl. die auf *Tagantzeus* Vorschlag gefaßten Beschlüsse des *Congrès de St. Petersbourg* (*Actes du Congrès* 1 S. 114, 796): «L'état d'ivresse complète exclus la responsabilité en principe à l'exception des cas suivants:

a) quand l'ivresse par elle même constitue une infraction pénale et  
 b) des cas des actions liberae in causa quand l'auteur s'enivre sachant qu'en état d'ébriété il doit ou peut commettre une infraction criminelle; dans le premier cas, il se rend responsable d'un délit commis avec préméditation, dans le second d'un délit commis par négligence.»

Trunkenheit angerichteten Schadens. Hier sind Trunkenheit und ähnliche Zustände richtig aufgefaßt als „krankhafte“ Zustände,<sup>279)</sup> und es ist für den Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit auch richtigerweise nicht — nicht einmal dem Wortlaut nach — Bewußtlosigkeit erfordert. Es wird sodann auch eine richtige Anwendung der kriminalistischen Lehre von der *Actio libera in causa* gemacht: wer sich in fahrlässiger Weise in einen krankhaften geistigen Zustand, der die freie Willensbestimmung ausschließt, versetzt, haftet für den in diesem Zustande verursachten Schaden, insoweit sonst eine Haftung wegen Fahrlässigkeit stattfindet. Er haftet, wie der Kommentar *Plancks* zu § 827 ausführt, nicht für einen Schaden, insofern (vgl. BGB. § 826) vorsätzliche Zufügung eines Schadens erfordert wird. Damit dürfte aber nicht gesagt sein, wie *v. Liszt*<sup>280)</sup> und *Katzenstein* (S. 265 ff.) annehmen — nur letzterer freilich, um damit seinen Angriff gegen die im Strafrecht herrschende Lehre von der *Actio libera in causa* zu verstärken — daß Haftung nach § 826 dann ausgeschlossen sei, wenn jemand vorsätzlich in einen Zustand der Zurechnungsunfähigkeit sich versetzt und dann, während eine bestimmte Tätigkeit seine Pflicht war, durch Untätigkeit einem anderen Schaden zufügt; vielmehr hat man auch im Sinne des Zivilrechts es als selbstverständlich angesehen, daß, wenn die entscheidende Handlung in den Zustand der Zurechnungsfähigkeit fällt, § 827 schon dem Wortlaute nach Anwendung finden müsse.<sup>281)</sup> Vielleicht hätte man § 827, da er nur eine konsequente Anwendung des Schuldprinzips enthält, fortlassen können, wenn nicht das BGB. auch andere weiter gehende Prinzipien der Haftung in anderen Fällen zur Geltung gebracht hätte, so daß immerhin Zweifel über die Haftung wegen eines im Zustande der Trunkenheit verursachten Schadens möglich blieben.

§ 54. Es kann die Frage aufgeworfen werden, ob die Gesetzgebung gut tun würde, besondere Bestimmungen über die strafrechtliche Verantwortlichkeit für im Zustande der Trunkenheit geschehene Tätigkeiten und Unterlassungen aufzustellen.

<sup>279)</sup> Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit, herbeigeführt durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel.

<sup>280)</sup> Die Deliktobligationen im System des BGB. 1898 S. 49 ff.

<sup>281)</sup> *Planck*, a. a. O.

Die Erfahrung spricht gegen solche besondere Vorschriften; Redaktionsfehler und einseitige Berücksichtigung besonderer Fälle kommen dabei zu leicht vor, während Doktrin und Praxis, wie die Erfahrung im Deutschen Reiche und in Frankreich z. B. gezeigt hat, bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze über Zurechnung, Vorsatz, Fahrlässigkeit und Kausalzusammenhang — ganz seltene Fälle abgerechnet — hier das Richtige zu finden wissen.

Freilich, wären Spezialbestimmungen notwendig, wenn die Ansicht richtig wäre, welche nach der Rechtskonsequenz die absolute Straflosigkeit der *Actio libera in causa* für gegeben erachtet. Gerade in der Gegenwart, welche so mannigfache Naturkräfte von ungeheurer Stärke im Dienste des gewöhnlichen Lebens wie der Industrie verwendet, ist sehr oft die einfache pflichtwidrige Untätigkeit, der mit der Beaufsichtigung der Maschinen und Apparate betrauten Personen geeignet, Unglücksfälle von entsetzlicher Tragweite zu bewirken, und z. B. Anarchisten, die es verständen, sich als Beamte, Angestellte oder Arbeiter einzuführen, könnten sehr leicht, indem sie sich vollständig betränken, sich dabei Straflosigkeit sichern. Aber auch die Fahrlässigkeit fordert hier oft strenge Strafe. Dem natürlichen Gefühle wird es schwerlich einleuchten, denjenigen straffrei zu lassen, der, in leichtfertiger Weise sich betrinkend, z. B. einen furchtbaren Zusammenstoß von Eisenbahnzügen durch Pflichtversäumnis verursacht, dann aber sich darauf berufen will, daß er, während das Unglück geschah, seinen Rausch ausgeschlafen habe! Daß den Verfassern der deutschen Strafgesetzbücher und so auch des deutschen StGB. selbst, wenn gleich Naturkräfte damals noch nicht in der jetzigen umfassenden Weise benutzt wurden, diese Erwägung entgangen sein soll, ist einfach unglaublich. Was hier und da in anderem Sinne vorkommt, bezieht sich auf den Fall positiver Tätigkeit, für den eine Verantwortlichkeit wegen *Dolus* — allerdings nur höchst selten — konstatiert werden kann.

Ganz irrationell ist vom Standpunkte des Strafrechts die Unterscheidung zwischen gewohnheitsmäßiger und nur zufälliger, wenn auch kulpos von dem Trunkenen herbeigeführter Trunkenheit. Die Theorie vom Gewohnheitsverbrecher kann hier nicht



herangezogen werden; denn wer gewohnheitsmäßig sich bis zum Zustande der Zurechnungsunfähigkeit betrinkt, begeht deshalb doch nicht gewohnheitsmäßig in diesem Zustande Verbrechen. Aber rationell und empfehlenswert wäre m. E. die folgende Bestimmung:

Spricht das Gericht einen Angeklagten wegen völliger Trunkenheit frei, so kann es, falls die Tat, im Zustande der vollen Zurechnungsfähigkeit verübt, mit einer Strafe von mindestens . . . . . bedroht und der Angeklagte ein gewohnheitsmäßiger Trinker ist, die Überweisung des Angeklagten an eine geeignete Heilanstalt<sup>282)</sup> verfügen. In dieser Anstalt ist der Freigesprochene ein Jahr lang zu behandeln. Er ist früher zu entlassen, wenn die Heilung früher erfolgt ist. . . .

Die gleiche Verfügung kann das Gericht treffen, wenn der Angeklagte ein gewohnheitsmäßiger Trinker ist und wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger in Trunkenheit begangener Tötung, schwerer Körperverletzung, Herbeiführung einer gemeingefährlichen Brandstiftung, Strandung, Überschwemmung oder Gefährdung von Eisenbahntransporten verurteilt wird. Der zwangsweise Aufenthalt in der Anstalt beginnt nach Verbüßung der erkannten Strafe. Das Gericht kann auch verordnen, daß statt der sonst zu erkennenden Strafe ein Aufenthalt von gleich langer Dauer in einer Heilanstalt für Trinker trete. Dieser Aufenthalt kann auf Antrag des Vorstandes der Anstalt durch Gerichtsbeschluß um ein Jahr verlängert werden, falls die Heilung nicht früher bewirkt wird.<sup>283)</sup>

Durchaus verfehlt und nicht einmal ihren Zweck erreichend sind aber solche Vorschriften, bei denen man absichtlich aus Nützlichkeitsgründen die richtigen Prinzipien der Zurechnung verläßt.

**§ 55.** Eine Bestätigung meiner Ansicht, daß besondere Vorschriften über die Verantwortlichkeit im Zustande der Trunkenheit nicht zu empfehlen sind, erblicke ich in den

<sup>282)</sup> Es braucht keine staatliche, vielmehr nur eine staatlich beaufsichtigte, mit den nötigen Sicherheitsmaßregeln versehene (vielleicht vom Staat subventionierte) Anstalt zu sein.

<sup>283)</sup> Vgl. den dem Deutschen Reichstage 1881 vorgelegten Gesetzentwurf.

wenig gelungenen Bestimmungen des italienischen StGB. Art. 48. Hier wird unterschieden freiwillige und nicht freiwillige Trunkenheit. Bei nicht freiwilliger (nicht einmal fahrlässig von dem Betrunknen herbeigeführter) Trunkenheit<sup>284</sup>) kommen einfach die Vorschriften zur Anwendung, welche bei anderen Zuständen völliger Zurechnungsunfähigkeit oder geminderter Zurechnungsfähigkeit gelten, d. h. im ersteren Falle findet keine, im zweiten gemilderte Strafe statt. Bei Delikten, die in freiwilliger und zugleich gewohnheitsmäßiger Trunkenheit verübt sind, werden die Strafen in bestimmter Weise gemildert. Bei kulposer und nicht gewohnheitsmäßiger Trunkenheit soll nach *Impallomeni* Verantwortlichkeit wegen *Culpa* Platz greifen. Dabei ist übersehen, daß die große Mehrzahl der strafbaren Handlungen, wenigstens derjenigen, die zu den Verbrechen und Vergehen im eigentlichen Sinne gehören, *Dolus* des Täters erfordern; ohne solchen *Dolus* wird aber entweder die Tat bedeutungslos, oder sie wird zu einer ganz anderen. Genau betrachtet schreibt eine solche Bestimmung etwas in sich Widersprechendes, Unmögliches vor; denn wie kann man sagen, ein völlig Zurechnungsunfähiger begehe einen Mord oder auch nur Totschlag, oder Hausfriedensbruch, oder gar eine Beleidigung oder Majestätsbeleidigung, wenn der angeblich Schuldige den Sinn seiner Worte gar nicht mehr versteht.<sup>285</sup>)

Man kann es daher nicht bedauern, daß ein im Jahre 1881 dem Deutschen Reichstage vorgelegter Entwurf,<sup>286</sup>) der

<sup>284</sup>) So versteht *Impallomeni* n. 112 Anm. das Gesetz, welches m. E. auch deshalb hier wenig klar gefaßt ist, weil es im ersten Absatz von *Ubbriachessa volontaria* handelnd, gleichwohl Vorschriften über *Ubbriachessa abituale* aufstellt, während beides nach *Impallomeni* keineswegs gleichbedeutend ist. *Tuoszi* I S. 263 betrachtet denn auch als *Ubbriachessa volontaria* nur den Fall, daß jemand absichtlich seinen trunkenen Zustand herbeigeführt hat. Dann sind aber die Bestimmungen des Art. 48 nur höchst selten anwendbar, und es fragt sich, was dann hinsichtlich der *Ubbriachessa accidentale* gelten soll, die im Gesetze gar nicht erwähnt wird. Vgl. auch *Alimena* 2 S. 260 ff.

<sup>285</sup>) Es liegt nur der Schein eines Verbrechens vor; sagt doch schon *Joh. Heinr. Berger*, *Electa jurisprudentiae criminalis* 2 Obs. 4: „*Blasphemia linguae ut, non mentis, quae fit ab ebrioso*“, d. h. von dem im höheren Grade Trunkenen.

<sup>286</sup>) Aktenstücke des D. Reichstags, 4. Periode, 4. Session, 1880/81. Bd. 1, Nr. 70. Siehe darüber und dagegen *Schwarze* GS. 33, S. 466 ff. und Stenographische Berichte 80/81, Bd. 1, S. 780 ff. Der an eine Kommission verwiesene Entwurf ist nicht zur zweiten Beratung im Plenum gelangt. Bei einer die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Trunkenheit kann — jedenfalls wenn der Trunkene nicht vorher beabsichtigte, die Tat in der Trunkenheit auszuführen (vgl. darüber oben) — nur von einer indirekt herbeigeführten Fahrlässigkeit die Rede

Bestimmungen enthielt, die der erwähnten Vorschrift im italienischen StGB. zum Teil entsprachen, gescheitert ist, und wenn *v. Rohland*<sup>287)</sup> in seinem dem *Congrès pénitentiaire international* erstatteten Gutachten ähnliche Vorschläge machte, so hat er damit in den Verhandlungen und Beschlüssen des Kongresses Zustimmung nicht gefunden;<sup>287a)</sup> der Maßstab zur Bestrafung sinnloser Trunkenheit ist nicht zu entnehmen denjenigen Delikten, mit denen das Benehmen des Trunkenen im einzelnen Falle äußerlich einige Ähnlichkeit haben kann. Übrigens werden in der Praxis solche Bestimmungen leicht den Erfolg haben, daß man die Frage der Zurechnungsfähigkeit nicht genau untersucht und viele Personen, die vollständige Trunkenheit nur simulieren, mit einer allzu gelinden Strafe abkommen läßt. Der richtige Weg, die Schäden und Gefahren habitueller Trunksucht zu mindern, ist vielmehr Entmündigung und nötigenfalls zwangsweise Unterbringung des Trinker in ein Trinkerasyll, nicht zur Strafe, sondern zur Heilung.

§ 56. Ein Kennzeichen wirklicher Zurechnungsunfähigkeit im Zustande der Trunkenheit ist, daß die mangelnde Erinnerung an das, was während der Trunkenheit geschehen ist fehlt (Amnesie); indes eine verschwommene Erinnerung schließt vorherige Zurechnungsunfähigkeit nicht aus, und andererseits kann mangelnde Erinnerung auch simuliert sein. Ein anderes Kennzeichen ist, daß die Handlung, die während der Trunkenheit vorgenommen wurde, den Interessen und dem sonst gezeigten Benehmen des Trunkenen widerspricht. Aber auch wenn dies nicht der Fall ist, kann die Inkohärenz der Reden und des Benehmens die Annahme der Zurechnungsunfähigkeit begründen. Diese Frage gehört indes mehr dem Beweisrechte, also dem Prozeßrechte an, ist aber oft nicht so einfach zu entscheiden, wie man glauben möchte; in schwierigen Fällen ist daher die Zuziehung psychiatrischer Sachverständiger angezeigt.

---

sein. Nun widerstrebt fahrlässige Begehung bei vielen Delikten dem Charakter dieser Delikte völlig; bei anderen ist es offenbare Ungerechtigkeit, die Fahrlässigkeit bei den Zurechnungsfähigen nicht, wohl aber bei den trunkenen Nichtzurechnungsfähigen zu strafen; z. B. wenn das deutsche StGB. fahrlässige Sachbeschädigung überhaupt nicht straft, wie könnte man sie gerechterweise strafen, falls der Schuldige die Beschädigung durch Trunkenheit fahrlässig herbeigeführt hat?

<sup>287)</sup> *Actes du Congrès 2*, S. 421, 427. Die Beweisführung *Rohlands* paßt für zivile Ersatzpflicht, nicht aber für Bestrafung.

<sup>287a)</sup> *Actes du Congrès 1*, S. 114, 115.

Was übrigens von der Trunkenheit infolge des Genusses alkoholhaltiger Getränke gilt, muß auch gelten von Fällen der Berausung durch andere Mittel, z. B. durch Genuß von Äther, Opium, durch Rauchen usw.

§ 57. Keinem Zweifel unterliegt es — und auch in England ist man darüber einig —, daß, wenn aus dem gewohnheitsmäßigen Trinken sich eine wirkliche Geisteskrankheit<sup>288)</sup> entwickelt hat, die Zurechnungsfähigkeit ausgeschlossen ist. Darauf, daß das Individuum sich diese Geisteskrankheit durch eigene Schuld zugezogen hat, kann es ebensowenig wie in anderen Fällen ankommen, in welchen Leidenschaft und unordentlicher Lebenswandel eine Geisteskrankheit mitveranlaßt haben. Die letzten und völlig entfernten Ursachen und Veranlassungen der Vorgänge des menschlichen Lebens entziehen sich der richterlichen Beurteilung.<sup>288a)</sup>

§ 58. Die Hypnose<sup>289)</sup> ist nichts anderes als ein traumartiger, durch fortgesetztes Fixieren eines glänzenden Gegenstandes und nachfolgendes leichtes Streichen der Stirn oder auch durch fortwährendes Zureden, oder auch durch beides hervorgerufener Zustand, in welchem eine Hemmung sonst stattfindender Wahrnehmungen den Träumenden der Suggestion besonders zugänglich macht. Der Träumende nimmt halluzinatorisch dasjenige wahr, dessen Vorstellung ihm durch die zugerufenen Worte des Hypnotisierenden erregt wird, und fügt sich, da widerstrebende Gegenvorstellungen zur Zeit nicht existieren, dessen erklärten, eine bestimmte Vorstellung hervorruhenden Worten, und diese Vorstellung wird nun in der Art die herrschende, daß sie automatisch die Bewegungsnerven dasjenige auch ausführen läßt, was in der Macht des Individuums zu stehen scheint, um jener Vorstellung Realität zu geben.<sup>289a)</sup>

<sup>288)</sup> Dahin gehört namentlich das sog. *Delirium tremens*, das wie zu Selbstmordversuchen, so auch zu sehr gefährlichen Angriffen gegen Andere Anlaß geben kann. Vgl. über Eifersuchtswahn des Trinkers, die Säufer-Epilepsie, Alkohol-Paralyse. Darüber namentlich *Cramer*, Gerichtliche Psychiatrie S. 352.

<sup>288a)</sup> *Wharton* 1 § 48.

<sup>289)</sup> Die Literatur über den sog. Hypnotismus ist eine sehr umfangreiche, vgl. namentlich *Wundt*. Philosophische Studien Bd. 8 (1892), S. 1—85 und Grundriß der Psychologie S. 320 ff.; *Volkmann-Cornelius* 1 S. 427 ff.

<sup>289a)</sup> Beispiel: „Sie befinden sich im Restaurant Edel, nicht wahr?“ Antwort: „Gewiß“. „Sie sind nicht allein, Herr und Frau X. sitzen neben Ihnen.“ Antwort „Ja.“ „Sie haben soeben ein Glas Rheinwein eingeschenkt; Sie halten es in der rechten Hand; Sie präsentieren es Frau X.“ Der Hypnotisierte macht

Die strafrechtliche Beurteilung des Hypnotisierten und des Hypnotisierenden oder die Hypnose eines Anderen zur Begehung strafbarer Handlungen Benutzenden ist danach einfach.<sup>290)</sup> Nur die Beweisfrage ist schwierig, wie *Prins* richtig bemerkt, da sehr leicht Simulation möglich ist. Der im vollen hypnotischen Traum Befindliche ist willenloses Instrument des die Hypnose Benutzenden; der letztere ist daher als Täter verantwortlich; der Hypnotisierte kann aber wegen Fahrlässigkeit verantwortlich sein, wenn er vermuten konnte, daß der Hypnotisierende oder andere Personen ihn im hypnotischen Zustande zur Begehung strafbarer Handlungen benutzen<sup>291)</sup> würden. Wollte er eine solche Benutzung, so würde er sogar in Gemäßheit des über der *Actio libera in causa* Entwickelten wegen Dolus verantwortlich sein, und der Hypnotisierte und der den Hypnotismus des Anderen Benutzende würden Mittäter sein, wie es der Fall wäre, wenn jemand mit Zustimmung eines Anderen die Hand oder den Arm dieses Anderen führen würde, damit ein verbrecherischer Erfolg erreicht werde.<sup>292)</sup> Ob die sog. Termin-Eingebung möglich ist, d. h. die Suggestion, eine Tätigkeit zu einem bestimmten Termine auszuführen, nachdem bereits längere Zeit nach dem Aufhören des hypnotischen Schlummers verflossen ist, ohne daß eine krankhafte Disposition des Hypnotisierten dabei mitwirkt, ist eine Frage der medizinischen Psychologie, nicht der Jurisprudenz.<sup>292)</sup> Doch spricht vieles gegen das Gelingen eines solchen Experimentes<sup>293)</sup> an wirklich

die entsprechende Handbewegung, ohne irgend etwas in der Hand zu halten. (Dies Beispiel ist fingiert, um kein besonders auffallendes Beispiel zu wählen.)

<sup>290)</sup> v. *Lilienthal*, Zeitschr. 7, S. 281—394; *Naville* GS. 39, S. 597—613; *Prins*, *Science pénale et droit positif Bruxelles* 1899, §§ 426 ff.

<sup>291)</sup> In der Regel wird jemand doch nur von einer Vertrauensperson sich hypnotisieren lassen. Dann fällt diese Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit fort. — Würde jemand einen Anderen wider dessen Willen hypnotisieren — dies ist aber nicht der Fall, wenn dieser Andere an sich das Experiment machen läßt, ob er hypnotisiert werden könne —, so würde er auch nach § 239 des StGB. wegen Beraubung der persönlichen Freiheit (nach röm. Rechte wegen *Injuria*) verantwortlich sein.

<sup>292)</sup> Ein Fall der letzteren wird kaum vorkommen. Denkbar ist er allerdings, z. B. in folgender Weise. A und B haben sich verabredet, den X zu ermorden. A hat einen so furchtbaren Haß gegen den X, daß er durchaus, ob schon ein schlechter Schütze, den tödlichen Schuß auf X mit eigener Hand abfeuern will. B, der sehr gut sieht und schießt, richtet dem A das Gewehr und bewegt im richtigen Augenblick den Finger des A am Drücker des Gewehres.

<sup>292)</sup> Vgl. darüber *Forel*, Zeitschr. 9, S. 184 ff.

<sup>293)</sup> *Wundt* hält in solchem Falle den Wiedereintritt der Hypnose für den wahrscheinlichen Grund der Vornahme der suggerierten Tätigkeit. Eine be-

gesunde Personen, und wenn *Forel* bemerkt, daß an Geisteskranken, die an festgewurzelten Ideen leiden, gerade die Hypnose besonders schwer gelinge,<sup>294)</sup> so sind die Versuchsobjekte, an denen jenes schwierige Experiment gelang, doch anscheinend hysterische Frauen gewesen, bei denen ohnehin die Einbildungskraft mit wechselnden Bildern und Empfindungen eine Rolle spielt. Außerdem waren wohl Experimente vorangegangen, welche den hypnotisierten Personen die Empfindung beibrachten, daß es sich wiederum um harmlose Dinge handle, so daß von einem instinktiven Widerstande gegen die Begehung von strafbaren Handlungen nicht zu reden war.<sup>295)</sup>

Auch ist es, wie *Forel* selbst bemerkt, doch etwas anderes, eine Person in solcher Weise zu einer gleichgültigen Handlung als zu einer verbrecherischen Handlung zu bewegen, bei deren Vorstellung die gewohnten, die Handlung hindernden Gegenvorstellungen sich stark geltend machen; bei stark kontrastierenden Vorstellungen versagt, wie *Cramer* (S. 51) bemerkt, die Suggestion.<sup>295a)</sup> Die Gefahr der Begehung von Verbrechen durch Terminsuggestion ist also, wegen der Möglichkeit solcher Gegenvorstellungen und des Verrats des Vorganges in solchem Falle durch den Hypnotisierten selbst, nicht sehr groß.

Besondere gesetzliche Bestimmungen über Verantwortlichkeit für strafbare, mittels Hypnose begangene Handlungen scheinen nicht erforderlich; bis jetzt existieren sie meines Wissens auch anderwärts nicht.

---

stimmte Wahrnehmung, von welcher die Suggestierende die Vornahme der Tätigkeit abhängig gemacht hat und welche nun die früher Hypnotisierte machte, läßt die Hypnose für eine kurze Zeit wieder entstehen.

<sup>294)</sup> *Forel* selbst a. a. O. S. 177. Unleugbar scheint zu sein, daß öfters Hypnotisiertwerden die Widerstandskraft verringert. Vielleicht kann so ein eigentümlich krankhafter Zustand hervorgebracht werden. *Ringer* (Irrenarzt) Zeitschr. 8, S. 317—324 meint, eine völlige Hypnose sei regelmäßig nur bei neuropathischen Personen, bei anderen nur unter ganz besonderen Umständen zu erreichen. In der *Salpêtrière* in Paris und in Nancy habe man eine Art hypnotischer Epidemie künstlich hergerichtet. — Auch *Zichen* und *Wundt* scheinen anzunehmen, daß bei gewissen Individuen automatisch vollzogene Suggestionen gelingen. — Übrigens ist die Hypnotisierung auch gesundheitlich für den Hypnotisierten oft nicht unbedenklich. Daher, und um anderweiten Mißbräuchen vorzubeugen, sind in Belgien durch Gesetz v. 30./5. 1892 öffentliche Schausstellungen der Hypnose seitens nichtautorisierter Personen verboten, und wer in betrügerischer Absicht eine hypnotisierte Person Urkunden unterzeichnen läßt, wird mit Einschließung bestraft. Vgl. *Prins* a. O. § 430.

<sup>295)</sup> Vgl. *Aschaffenburg* in *Hoches* Hdb. S. 26.

<sup>295a)</sup> Selbst bei in Hypnose Dressierten, während andererseits leicht bestimmbare Menschen durch überlegene Persönlichkeiten oft völlig beherrscht werden.

§ 59. Falls eine starke Gemütsbewegung, Affekt,<sup>295b)</sup> zeitweilige Bewußtlosigkeit<sup>296)</sup> herbeiführt, begründet sie auch Zurechnungsunfähigkeit;<sup>297)</sup> bei übrigens gesunden Personen wird das selten anders vorkommen, als im Falle eines plötzlichen Schreckens, ein Affekt, bei dem auch eine Verschuldung ausgeschlossen ist.<sup>297a)</sup> Im übrigen muß das Recht die Forderung festhalten, daß der Mensch die Affekte ebenso wie die Leidenschaften beherrschen soll: die Strafsanktion hat gerade auch bei Affekten ihre Wirkung auszuüben.<sup>297b)</sup> Sofern<sup>298)</sup> also nicht sonstige Zustände von Geisteskrankheit<sup>299)</sup> nachgewiesen werden (sog. pathologischer Affekt), kann der im Affekte, z. B. im Zorn, das Strafgesetz Verletzende auf völlige Entschuldigung Anspruch nicht erheben. Würde ein nichtpathologischer Affekt die Strafe völlig ausschließen können, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch — was doch allgemein perhorresziert wird — eine eingewurzelte Leidenschaft diese Wirkung auszuüben vermöchte; denn häufig erwächst der Affekt, der Ausbruch des Zornes, möglicherweise auch der Ausbruch sinnlicher Begierde,

<sup>295b)</sup> Über Affekte vgl. *Hoche*, Hdb. S. 450ff.

<sup>296)</sup> Die sonst permanente Vorstellungsgruppe des Selbstbewußtseins wird nicht aktiv; so werden lebhaftere Impulse zur Tat, ohne daß überhaupt ein Auftreten von Gegenmotiven möglich ist.

<sup>297)</sup> Völliger Mangel an Erinnerung an das im Zustande des Affekts Getane erlaubt den Schluß, daß die seelischen Vorgänge bei der Tat nicht mit dem Selbstbewußtsein in Verbindung getreten sind. So *Hoche* a. a. O.

<sup>297a)</sup> Es gibt aber eine pathologische Schreckhaftigkeit, die sich häufig bei Alkoholikern findet. Vgl. *Cramer*, Gerichtliche Psychiatrie S. 340.

<sup>297b)</sup> Auch zunächst rein somatische Vorgänge können eine erhebliche Reizbarkeit bewirken (vgl. *Maudsley*, S. 242). Indes muß auch dabei, solange diese Reizbarkeit nicht zu anerkannten geistigen Krankheiten geführt hat, die Forderung gelten, daß jeder solche Reizbarkeit beherrschen muß. Warum sollten somatische Reize gegenüber anderen Motiven privilegiert sein? Und wie würde es um die allgemeine Sicherheit stehen, wenn z. B. rein körperliches Mißbehagen die Strafe bei schwerer Körperverletzung oder Totschlag ausschließen sollte? Man muß hier wieder sich daran erinnern, daß menschliche Gerechtigkeit nicht göttliche Gerechtigkeit ist.

<sup>298)</sup> Der Affekt des Schreckens, der Angst und Bestürzung ist nach StGB. a. E. privilegiert bei einer in Notwehr befindlichen Person. Analoge Ausdehnung dieser Bestimmung muß als unzulässig angesehen werden.

<sup>299)</sup> Vgl. darüber namentlich *Schwartz* S. 64ff. „Bei manchen durchaus nicht bössartigen Menschen treten, und zwar mitunter aus ganz geringfügigen Veranlassungen, so furchtbar exzessive . . . . Affekte auf, daß man sich eine so anormale, exorbitante Gemütsbewegung nicht anders zu erklären vermag, als durch die Existenz körperlicher, organischer Momente.“ Hier findet die Gemütsbewegung vegetative Störungen vor; das bewirkt eine vorübergehende krankhafte Seelentätigkeit. Daß der fragile Zustand aber schon früher vorhanden war, muß nachgewiesen werden.

nur auf dem Boden einer Leidenschaft, welcher der Schuldige längere Zeit schon nachgegeben hat, z. B. der Zornausbruch auf dem Boden eingewurzelten Hasses, die ungezügelte, sinnliche Begierde auf dem Boden früherer Exzesse.

Daß innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens der Affekt eine verhältnismäßig milde Beurteilung begründen kann, ist allgemein anerkannt und wird noch in einem anderen Zusammenhange erörtert werden. Auch das römische Recht erblickt im Affekte keinen Strafausschließungsgrund,<sup>300)</sup> ebensowenig die ältere, noch der Tradition der Italiener<sup>301)</sup> folgende deutsche Jurisprudenz. Eine Zeitlang haben freilich auch angesehenen Autoren den Fall eines hochgradigen, sog. gerechten Affektes als Strafausschließungsgrund angesehen.<sup>302)</sup> Dies ist aber falsch.<sup>303)</sup> Die Frage der größeren oder geringeren moralischen Rechtfertigung oder Entschuldigung ist von der Frage der Zurechnungsfähigkeit durchaus zu trennen. Gerecht ist nie ein Affekt, der im Zustande des Bewußtseins zu einer strafbaren Handlung hinreißt; und wenn andererseits ein Affekt wirklich einmal zeitweise das Selbstbewußtsein auslöscht, wie kann da noch von einer dolosen Handlung gesprochen werden? Hier könnte nur Fahrlässigkeit angenommen werden, ebenso wie

<sup>300)</sup> Die straflose Tötung der auf der Tat ertappten, die Ehe brechenden Tochter und des Ehebrechers durch den Vater oder Ehemann der schuldigen Frau im römischen Rechte war ein Überrest der alten Privatrache (L. 21—25 D. 48, 5; vgl. *Mommson* S. 624), wengleich der regelmäßig stattfindende Affekt des gerechten Zornes der Erhaltung dieses Restes der Privatrache förderlich sein mußte. Eine Ausdehnung dieser Bestimmungen auf alle Fälle gerechten und plötzlich erwachenden Zornes war daher auch nach dem früheren gemeinen Recht unrichtig. CCC. 150 führt die Straflosigkeit in den genannten Fällen auch nicht auf Zorn und Übereilung zurück, wie freilich von der *Bambergensis* 145 anscheinend („vnd schlecht jn aus hitzigem gemüt darob zu tod“) geschieht.

<sup>301)</sup> *Arestinus, Rubr. et Dictus Titius se defendendo* § 29.

<sup>302)</sup> So insbes. *Boehmer* in CCC. art. 179 § 8, bei dem schon ein unrichtiger Begriff der Freiheit des Willens durchschimmert, da *B.* nur dann den Strafausschließungsgrund nicht anerkennt, wenn der Verletzende selbst seinen Zorn veranlaßt habe. (Wann hat der Zornige seinen Zorn selbst veranlaßt, und wann nicht?) Ferner *Grolmann* § 54 a. E.; *Feuerbach*, Lehrb. § 90 zu Anm. 8; *Wächter*, Lehrb. § 72. Unklar *Köselin* § 52 Anm. 1, auch der Revision S. 173. Daher wollte man in gewissem Sinne konsequent (so *Tittmann* 1 § 87) auch im Falle ungerechten Zornes, die Zurechnung ausschließen, weil die Tat ohne Bewußtsein geschehen ist. Aber Handlungen ohne genügendes Bewußtsein sind nur bei geistig Kranken möglich.

Die wirkliche *Communis opinio* war dies aber nicht; siehe z. B. *Meister*, *Principia juris crim.* § 138 der „*justissimum dolorem*“ nur als strafmildernd betrachtet.

<sup>303)</sup> *Carpsow* qu. 147, n. 43 ff.; *Kress* in CCC. 137 § 2 n. 4.



bei verschuldeter Trunkenheit. Mit Recht bemerkt schon *Farcke* 1 S. 176, die Annahme der Straflosigkeit bei dem höchsten Grade gerechten Zornes komme auf Anerkennung eines Racherechts hinaus. Die irrige Meinung, daß ein besonders hoher Grad eines beliebigen Affektes auch ohne andere Voraussetzungen für Annahme der Zurechnungsunfähigkeit die Zurechnung ausschließe, ist aber in der deutschen Doktrin auch heutzutage nicht mit genügender Bestimmtheit zurückgewiesen.<sup>304</sup>) Die betreffenden Äußerungen sind oft mehrdeutig. Die früheren partikularen Strafgesetzbücher erwähnen des Affektes nur als Strafmilderungs- oder Strafminderungsgrund.

In der Bestimmung des StGB. § 213, welche Reizung zum Zorn durch Mißhandlung oder schwere Beleidigung bei Totschlag nur als mildernden Umstand anerkennt, wird in Verbindung mit § 51, welcher wirkliche Störung des Bewußtseins oder einen krankhaften Zustand für Annahme der Zurechnungsunfähigkeit fordert, die prinzipiell richtige Ansicht als positiv rezipiert zu betrachten sein.

<sup>304</sup>) Vgl. z. B. *Merkel* in *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 566 „(der Affekt) kann in höchster Steigerung (bedeutet dies Bewußtlosigkeit?) alle Strafbarkeit ausschließen. Es geschieht dies jedoch nicht überall, sondern nur da, wo er in starken äußeren Einflüssen oder in krankhaften Dispositionen seine Erklärung findet, falls nicht ausgesprochen geistige Krankheit vorliegt. Insofern er dagegen auf eine sittlich mangelhafte Organisation hinweist, hat er nichts Entschuldigendes.“ *Berner* S. 88 (d. 18. Aufl.); *Binding*, Normen 2 S. 71; *H. Meyer* § 23 zu Anm. 15. — Dagegen richtig und scharf: *Hülschner* 1 S. 514; vgl. namentlich auch *Skrzeska* in *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 266, der mit Recht Leberleiden, sog. Stockungen im Blutumlauf des Unterleibs nicht als Gründe für Annahme der Zurechnungsunfähigkeit anerkennt, wohl aber Zurechnungsunfähigkeit annehmen will, wenn hereditäre Disposition für Geisteskrankheiten, früher bei dem Täter selbst vorhanden gewesene geistige Störung und vor allem Epilepsie (*Iracundia morbosus* der Epileptiker) als Ursache krankhafter Gemütsreizbarkeit und verminderter Widerstandsfähigkeit gegen Affekte nachgewiesen werden kann.

## Anhang.

### Deliktsfähigkeit juristischer Personen?

*Gundling-Stoll, De universitate delinquente*, Halae-Magdeb. 1724. *Mal-blanc, Observations quaedam ad delicta universitatum spectantes* (in *M.s Opus-cula ad jus crim. spect.* S. 3 ff.) 1792. *Hepp*, Versuche über einzelne Teile der Rechtswissenschaft 1827, S. 79—109. *Gesterding*, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien 2 1827, S. 399—404. *v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts 2 1840, S. 310—323. *Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht 3 1881, S. 168, 234 ff., 402—410, 491—497, 738—744. *Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887 (zitiert *Gierke*). *Kirchenheim*, GS. 40 S. 251—256 (auch GS. 37 S. 421), bes. S. 742 bis 784. *Berendes*, Delikt und Haftung der juristischen Personen nach gemeinem Recht (Erlanger Diss.) 1891. *Rhomberg*, Körperschaftliches Verschulden 1899. *Hafer*, Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände 1903 (daselbst S. IX ff. reichhaltiges Literaturverzeichnis). *Zürcher*, Zeitschr. für schweiz. Strafrecht 16 S. 311—331 (Kritik der Ausführungen *Hafer's*).

§ 60. Es kann kein Zweifel darüber obwalten, daß das römische Recht eine Bestrafung nur der physischen, nicht auch der im Staate bestehenden juristischen Personen kennt.<sup>1)</sup> Ein anderes ist selbstverständlich die Verpflichtung, einen Vorteil wieder herauszugeben, welcher einer Korporation durch eine rechtswidrige Handlung ihres Vorstandes oder irgend eines anderen Korporationsmitgliedes zugekommen ist, und von dieser rein zivilrechtlichen, irgend welche Deliktsfähigkeit nicht voraussetzenden Haftung ist allein die Rede in denjenigen Stellen der römischen Quellen, die man früher wohl für die Deliktsfähigkeit von Korporationen als solcher angeführt hat.<sup>2)</sup> Insofern allerdings eine Stadt in einem nur völkerrechtlichen Verhältnisse zum römischen Staate stand, war die Stadt als

<sup>1)</sup> Auch die zivilrechtliche *Actio de dolo* findet nicht statt L. 15 § 1, D. 4, 3. Ausdrücklich verboten werden in der *Nov. Major. VII § 11* Bestrafungen der städtischen *Curiae* als solcher, und zwar mit der Bemerkung, daß dies ein von alters her bestehender Rechtssatz sei. „*Numquam curiae a provinciarum rectoribus generali condemnatione mulctentur, quum utique hoc et aequitas suadeat et regula juris antiqui, ut noxa tantum caput sequatur, ne propter unius fortasse delictum alii dispendiis adfligentur.*“ *Savigny* S. 319 ff. *Gierke*, Genossenschaftsrecht 3 S. 168 ff. *Mommsen* S. 73.

<sup>2)</sup> L. 9 §§ 1, 3, D. *quod metus* 4, 2, L. 15 § 1 a. E. D. 4, 3.

solche für Bündnisbruch und andere Verletzungen des Völkerrechts verantwortlich.<sup>3)</sup> Man kann das im uneigentlichen Sinne als Bestrafung bezeichnen; aber die Analogie mit dem wirklichen Strafrechte ist eine recht schwache und entfernte. Die politische Maßregel trifft Unschuldige wie Schuldige, und ganz besonders auch die künftigen Generationen der Stadt, welche ihre Rechte ganz oder teilweise einbüßen, und zwar ist diese letztere Folge, wohl zu bemerken, nicht etwas Unbeabsichtigtes, wie in der Regel die nachteiligen Folgen, die für die Kinder eines Verbrechers aus dessen Verurteilung sich ergeben; vielmehr will man gerade, indem man die Selbständigkeit der Stadt aufhebt, in solcher Weise auch die zukünftigen Generationen mittreffen.

§ 61. Anders allerdings lauten Aussprüche mittelalterlicher Quellen und Autoren. Die römisch-deutschen Kaiser<sup>4)</sup> drohen Strafe und vollziehen sie gegen Städte als solche,<sup>5)</sup> und die

3) Über die Zerstörung von Capua z. B. vgl. *Livius* 26, 16. Andere Fälle, sind angeführt von *Geib* 2 S. 199, *Mommsen* S. 74.

4) Vgl. z. B. *Auth. Friderici I. Item nulla (Constit. de statutis et consuet. contra libert. eccles. edit) Friderici II const.* 1235 § 13, ganz besonders aber *Henr. VII. const. a.* 1312; auch z. B. *Aurea Bulla* c. 15 § 4. Die Münzordnungen des Reiches enthalten ebenfalls Strafdrohungen gegen Obrigkeiten im allgemeinen (also auch städtische), die ihren Verpflichtungen in Ansehung der Münzordnung nicht nachkommen. So wird unter anderem nach der Münzordnung von 1559 §§ 174, 175 das Verleihen oder Verkaufen der Münzgerechtigkeit mit dem Verluste dieser Gerechtigkeit geahndet. Andere reichsgesetzliche Stellen noch bei *Savigny* S. 322. — Über Bestrafung einer Dorfgemeinde mit Geldbußen vgl. *Sächs. Landr.* III 86 § 2 und *Maurer*, Geschichte der Dorfverfassung in Deutschland 2 S. 95. Das kanonische Recht anlangend, so mußte die Kirche zwar prinzipiell dem römischen Grundsatz folgen, daß juristische Personen einer Bestrafung nicht unterliegen können. Aber das kirchliche Strafrecht ist seinem Kerne nach ein Disziplinar-Strafrecht; und dieselben Verhältnisse, welche im Mittelalter die höchsten weltlichen Obrigkeiten vielfach zur Verhängung von Strafen gegen Korporationen veranlaßten, mußten auch die Päpste zur Ausübung einer Strafgewalt gegen kirchliche Korporationen bewegen; ja hier war sogar noch weit mehr Anlaß zu Zwangs- und Disziplinarstrafen, und so erklärt sich, daß die kanonistische Doktrin mit dieser Frage sich eingehend beschäftigte, während die höchste kirchliche Autorität durch gesetzliche Bestimmungen kaum, und eigentlich nur durch Dekrete in den einzelnen Fällen, eingriff; behielt man doch auf diese Weise freiere Hand. Prinzipiell sollten wohl unschuldige Einzelpersonen nicht durch Strafen getroffen werden, welche gegen Korporationen und Gemeinden verhängt werden. Aber im einzelnen Falle ging man darüber hinaus, und wenn *Innocens IV.* (c. 5 in VI, 5, 11) die Exkommunikation ganzer Gemeinden verbot, so ließen politische Gründe *Bonifas VIII.* das Interdikt gegen Korporationen doch wieder als zulässig erscheinen (c. 4 in VI, 3, 20). Vgl. *Gierke*, Genossenschaftsrecht 3 S. 352 ff., *Hinschius*, Kirchenrecht 5 S. 916 ff.

5) Vgl. über solche Fälle *Fischer*, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens I S. 191 ff. Zerstörung der Stadt erscheint da als Surrogat der gegen einzelne zu verhängenden Todesstrafe; häufig wurden zur Strafe nur

Juristen untersuchen genauer, unter welchen Voraussetzungen ein Delikt, insbesondere Hochverrat und Aufruhr, auch von Korporationen als solchen begangen werden könne; meist wird eine Strafverantwortlichkeit angenommen, wenn entweder alle der Korporation angehörende Mitglieder an der Begehung des Deliktes teilgenommen haben (z. B. bei Nichtauslieferung und Hausung eines Verbrechers oder in die Acht Erklärten [Bannitus]), oder aber die Ausführung auf einem förmlichen Beschlusse beruht; im letzteren Falle aber nicht immer, und keineswegs erscheint es völlig zweifellos, daß eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Korporation für alle Deliktsarten möglich sei.<sup>5a)</sup> Und wenn in dem italienischen Statutarrecht auch die Strafbarkeit der Gemeinden und *Universitates* allgemein als Prinzip aufgestellt wird,<sup>6)</sup> so zeigen zahlreiche Sonderbestimmungen doch, daß „schließlich die Strafhaftung des Ganzen in eine Strafhaftung der Mitglieder übergeht und die Haftung des Ganzen nur eine Form ist, welche die Haftung der einzelnen zum Ausdruck bringt — nur mit der Eigenheit, daß der einzelne mitgestraft wird, wenn ihn auch nur *in thesi* eine Nachlässigkeit trifft“.<sup>6a)</sup>

§ 62. Aus dem Mittelalter ist die Theorie der Deliktsfähigkeit der juristischen Personen in die gemeinrechtliche Theorie übergegangen. Man darf dabei auf gedankenlose

---

die Mauern der Befestigungswerke zerstört, die städtischen Güter konfisziert. Genaue Nachweisungen aus den italienischen Statuten bei *Kohler*, Das Strafrecht der italien. Statuten vom 12.—16. Jahrhundert (in den „Studien“ *Kohlers*, Heft 2—6) S. 188 ff.

5a) *Gandinus*, *Rubr. de homicidiariis* n. 14, 15 will eigentlich nur Bestrafung der Korporation, wenn alle Mitglieder derselben an der Begehung des Verbrechens teilgenommen haben, und diejenigen, die nur einem Befehle der Obrigkeit gehorcht haben, sollen sogar entschuldigt sein. — *Bartolus* in *L. nonnumquam D. de poenis* will nur Bestrafung bei Omissiv-Delikten und bei solchen Delikten, die nur eine *Universitas* begehen kann. Vollstreckung der Strafe gegen eine *Universitas* soll nur soweit eintreten, als auch nach anderen Rechtssätzen Söhne — also eigentlich Unschuldige — für ein Verbrechen ihres Vaters mitbestraft werden können (Fall des *Crimen majestatis* und der Häresie), oder die Strafe in die Güter der *Universitas* vollstreckt werden kann, oder aber es sich um eine Geldstrafe handelt, zu der dann doch die Unschuldigen nicht mitsteuern sollen. — Für die Existenz eines Korporativdeliktes wird dabei die Beobachtung der für die Beschlüsse der Korporation erforderlichen Formen verlangt: es muß z. B. *ad sonum tubae vel campanae* gehandelt sein. Vgl. *Gandinus*, *Bartolus* a. a. O. n. 9, 10; *Bonifacius de Vitalinis*, *Rubr. quid si accusator* n. 107; *Decianus*, *Practica* 37 n. 42 und später *Clarus*, § fin. qu. 16 n. 8.

6) Vgl. die Nachweisungen bei *Kohler*, Studien 3 S. 188 ff.

6a) So *Kohler* a. a. O. S. 192.

Behauptung der Deliktsfähigkeit juristischer Personen, wie sie später im Anschluß an scheinbar allgemein lautende Aussprüche älterer Schriftsteller in manchen Kompendien des XVIII. Jahrhunderts vorkommt,<sup>7)</sup> nicht allzu viel Gewicht legen. Bei genauerer Betrachtung derjenigen Schriftsteller, die ihre Worte genauer abwägen oder eingehender mit der Frage sich beschäftigen, zeigt sich, daß sie die Deliktsfähigkeit im praktischen Ergebnisse nahezu<sup>8)</sup> oder selbst völlig<sup>9)</sup> verwerfen, und bemerkenswert ist, daß schon der *Codex Max. Bavaricus* I § 42 die ausdrückliche Bestimmung enthält, daß „in Verbrechen ganzer Communitäten nur jene allein, welche *in dolo vel culpa versiren*, zu bestrafen, ohne daß die Communität *in corpore* . . . etwas hierunter zu entgelten hat“. Schriftsteller aber, welche die Sache wesentlich nur vom völkerrechtlichen Gesichtspunkte betrachten<sup>10)</sup> und völkerrechtlich die Zerstörung oder Unterwerfung (Vernichtung der Selbständigkeit einer *Communitas*) für eine mögliche Strafe erklären, darf man da, wo es auf wirkliches Strafrecht ankommt, nicht mitzählen.

§ 63. Als daher ein übrigens nicht sehr eingehender und der früheren Dissertation von *Gundling-Stoll*<sup>11)</sup> an Wissenschaftlichkeit nicht gleichkommender Aufsatz *Malblancs* die Deliktsfähigkeit der juristischen Personen unbedingt verwarf, schlossen sich dieser Ansicht alsbald gerade die angesehensten Kriminalisten wie *Klein* (§§ 136, 137), *Feuerbach* (§ 36, in späteren Auflagen § 28), *Grolmann* (§§ 30, 57, 143)<sup>11a)</sup> an, und der Widerspruch *Tittmanns* (I § 39) und *Hepps* kam dagegen nicht

7) So z. B. *Engau*, *Elem. jur. crim.* §§ 42, 43. *Meister*, *Principia jur. crim.* 34.

8) So schon *Carpsov*, I qu. 41 n. 1: „*Quamvis universitas regulariter non puniatur, ne innocentes damnentur, attamen in crimine laesae majestatis puniatur criminaliter et desolatur ad aratum usque.*“ *Damhouder*, *Praxis* c. 24 n. 2: „*in ipsa (sc. universitate) judiciales censurae, veluti in privatas personas non cadunt.*“ — *Mynsinger*, *Pr. Observ.* IV, 78, hat dagegen gedankenlos *Bartolus'* Äußerungen auszugsweise abgeschrieben.

9) Wer die Wirksamkeit eines Mehrheitsbeschlusses hier prinzipiell verneint, leugnet damit die Möglichkeit eines Deliktes der Korporation als solcher.

10) So *Grotius*, *De jure belli ac pacis* II. c. 21 § 2ff.

11) *Gierke*, S. 744 Anm., beruft sich z. B., die Deliktsfähigkeit der *Universitas* namentlich vertretend, auf die auch anderwärts häufiger zitierte Dissertation *Gundlings*. Aber hier wird gerade ausgeführt, daß Mehrheitsbeschlüsse die Nichtzustimmenden nicht straffällig machen.

11a) Daß zuweilen Geldstrafen und Verweise gegen Kollegien erkannt werden, erklärt *Grolmann* für eine Bequemlichkeitsmaßregel, gegen welche die unschuldigen Mitglieder remonstrieren können.

auf.<sup>11b)</sup> Die Gesetzbücher für Bayern (1813) Art. 71, Hannover Art. 56, Hessen Art. 44, Österreich<sup>12)</sup> erklärten sich ausdrücklich gegen die Möglichkeit einer Bestrafung juristischer Personen. Das Schweigen anderer Gesetzbücher wurde in gleichem Sinne gedeutet, und da *Savigny* mit dem vollen Gewichte seiner Autorität rückhaltlos die Möglichkeit einer Bestrafung juristischer Personen verneint und die vorgekommenen Fälle anscheinender Bestrafung als „politische Akte“ charakterisiert hatte, hielt man bei Abfassung des preußischen StGB. es nicht mehr der Mühe wert,<sup>13)</sup> die entgegengesetzte Ansicht genauer zu prüfen und ausdrücklich zurückzuweisen. Es besteht denn auch kein Zweifel darüber,<sup>14)</sup> daß das gegenwärtig geltende RStGB. eine Bestrafung juristischer Personen nicht kennt. In einem Urteile vom 29. Mai 1874 bezeichnete der erste Senat des deutschen Reichsoberhandelsgerichts es zugleich als einen „aus der inneren Natur des Strafrechts sich ergebenden Grundsatz“, daß nur physische Personen, soweit die Verhängung der gesetzlichen Strafübel in Frage komme, sich einer strafbaren Handlung schuldig machen und deshalb bestraft werden können,<sup>15)</sup> und von dem gleichen prinzipiellen Standpunkte<sup>16)</sup> geht auch ein Erkenntnis des RG. III vom 26. Mai 1887 aus.

§ 64. In neuester Zeit ist dagegen wieder die Deliktsfähigkeit juristischer Personen bejaht worden, allerdings wesentlich nur,

<sup>11b)</sup> *Bauer*, Lehrb. § 42 und Abhandlungen 1 S. 453, kann kaum als Vertreter der Deliktsfähigkeit bezeichnet werden. Denn einerseits verlangt er zur Bestrafung der moralischen Person eine durch Stimmeneinhelligkeit beschlossene und diesem Beschlusse gemäß ausgeführte Übertretung des Strafgesetzes, und sodann legt er dar, daß vom Standpunkte der Kriminalpolitik aus es wohl richtiger erscheine, lediglich die einzelnen Schuldigen zu bestrafen. Diese Gründe der Kriminalpolitik sind aber in Wahrheit Gründe, die aus den Prinzipien des Strafrechts sich ergeben. Man wird überhaupt gut tun, sich die zuweilen für die Deliktsfähigkeit juristischer Personen beigebrachten Zitate etwas genauer anzusehen. So meint *Gesterding* zwar, daß eine juristische Person einen deliktischen Willen haben könne, aber er leugnet ihre Straffähigkeit. Im praktischen Ergebnisse kommt seine Ansicht also auch darauf hinaus, die Möglichkeit der Bestrafung zu verneinen. Vgl. auch *Abegg* § 71; *Heffter* § 46 Anm. 1 und später *Berner*, Lehre von der Teilnahme am Verbrechen S. 174 ff.; *Köstlin* 1 S. 120; *Hülschner*, Preussisches Strafr. 1 S. 112; *Geib* 2 S. 260.

<sup>12)</sup> Allerdings ausdrücklich nur für einen besonderen Fall § 486 Abs. 3.

<sup>13)</sup> *Goldammer*, Materialien 1 S. 332.

<sup>14)</sup> Dies wird auch von *Gierke* S. 776 und *Liszt* S. 121 zugestanden.

<sup>15)</sup> Entscheidungen des ROH. 13 S. 291. — Vgl. auch die Entscheidung 8 S. 204.

<sup>16)</sup> E. 16 Nr. 31, bes. S. 123. Das Urteil des Senats III v. 6./12. 94. E. 26 Nr. 118 S. 300 erklärt, wovon unten zu reden ist, allerdings eine Bestrafung juristischer Personen nach Landesstrafrecht für zulässig.

soweit es sich um zivile Ersatzansprüche handelt, aus Delikten oder deliktsähnlichen Handlungen, die von Organen, Bediensteten oder Beauftragten juristischer Personen in deren Dienste begangen sind, und deshalb auch wesentlich, allerdings insoweit häufig in sehr umfassender Weise, nur in der zivilistischen Praxis und Literatur.<sup>17)</sup> Die Theorie des Strafrechts steht der Übertragung dieser Ansicht auf das Strafrecht noch überwiegend abweisend gegenüber.<sup>18)</sup>

Der reale Grund der Anerkennung der Deliktsfähigkeit juristischer Personen (Genossenschaften), welche unter Heranziehung eines umfassenden, insbesondere auch historischen Materials<sup>18a)</sup> geistreich und eingehend besonders von *Gierke* vertreten ist, liegt wohl darin, daß man die bezeichnete zivilrechtliche, praktisch kaum zu entbehrende, Haftung nicht anders als durch Annahme einer wirklichen Deliktsfähigkeit juristischer Personen glaubte begründen zu können. Die weitere, vom RG. allerdings abgelehnte, Konsequenz ist dann, wie *Gierke* und *Hafter* annehmen, die wirkliche Bestrafung der Verbands-*persönlichkeit* als solcher (ihre Straffähigkeit); denn eine wirkliche Deliktsfähigkeit scheint gleichmäßig für Straf- wie für Zivilrecht gelten zu müssen.

§ 65. Die prinzipielle Begründung aber geht aus von der Bekämpfung der Ansicht, welche in der juristischen Person nur

<sup>17)</sup> Reichhaltige Nachweisungen bei *Gierke* S. 761 ff.

<sup>18)</sup> Für die prinzipielle Zulässigkeit einer Bestrafung juristischer Personen: *Adolf Merkel* Lehrb. S. 50; *v. Liszt* § 27; *Kirchenheim* GS. 37 S. 421 und 40 S. 251 ff.; *Leverkühn* G. Arch. 38 S. 304 ff. — *Makarzeniss*, Das Wesen des Verbrechens (1896) S. 88, besonders aber *Hafter*. (Über *Isaac* und *Jellinek* vgl. unten.)

Vgl. dagegen z. B. *Wächter*, Vorlesungen S. 132; *H. Meyer*, Lehrb. § 21; *Berner* § 40; *Binding* I S. 484; *Olshausen* zu StGB. I Abschnitt 4 Anm. 6; *Finger* I S. 206; *Wachensfeld* in *Holtzendorff-Kohler*, Enzyklopädie 2 S. 262; *Zürcher* (gegen die Ausführungen und Vorschläge *Hafters*) besonders S. 324 ff.; *Lammasch*, Grundriß S. 19.

<sup>18a)</sup> Hierzu indes folgende Bemerkung. Die von *Gierke*, Genossenschaftsrecht § 3 S. 740, angeführten Entscheidungen, welche annehmen, daß auch eine *Universitas* jemanden einen *Metus* antun könne, beweisen m. E. für die Deliktsfähigkeit nicht. *Metus* oder *Zwang* kommt, wenn sich jemand *excipiendo* oder klagend darauf beruft, nur als Tatsache in Betracht, wie denn *Metus* oder *Zwang* auch von einem Wahnsinnigen ausgehen könnte und um nichts weniger den Benachteiligten zur *Exceptio* oder *Actio* berechtigen würde. In den Fällen der Rati-*habition* kann die *Universitas* einen — wenngleich oft nur in einem Besitze bestehenden — Vorteil aus einem von anderen begangenen Delikte erlangen, und diesen Vorteil muß sie herausgeben. Auch dies ist kein Beweis ihrer Deliktsfähigkeit.

eine Fiktion erblickt. Die juristische Person ist *Gierke* und anderen vielmehr Reales, nach *Gierke* und *Haftler* fast in demselben Sinne etwas Reales,<sup>19)</sup> wie es physische Personen sind. Man wird nun zugestehen müssen, daß juristische Personen nicht bloße Fiktionen sind, und in der tieferen Begründung dieses Satzes besteht in der Tat ein Verdienst *Gierkes*, der *Beselers* Lehren hier fortgebildet hat. Aber die Realität der juristischen Personen ist eine andere als die der physischen Personen. Sie stellen Verhältnisse dar von Personen zu Personen und von Personen zu Sachen, die auch den Willen bestimmter Personen in gewisser Dauer derartig beeinflussen, daß diese Personen einen Teil ihrer Tätigkeit nicht sowohl für sich als im Dienste bestimmter Zwecke vornehmen oder gestalten; Verhältnisse, die man als Gesamtheit sich am besten vorstellt, wenn man sie konzentriert denkt in einer Persönlichkeit, deren handelnde Organe (oder Diener) jene physischen Personen sind: die Verhältnisse sind real,<sup>20)</sup> aber die Vorstellung ihrer zusammengefaßten Wirksamkeit als die einer Person ist nicht real, ist nur eine bequeme und naheliegende Fiktion. So ist der Staat zunächst ein Verhältnis unter Personen, und um die diesem Verhältnisse gestellten Aufgaben zu erfüllen, bedürfen z. B. gewisse den Staat repräsentierende Personen der Verfügung über Vermögensobjekte, nicht unbeschränkt, wie sie Verfügung haben würden als Privatpersonen, sondern nur innerhalb der Zwecke des Verhältnisses, wie denn überhaupt der in den Gesetzen des Staates zum Ausdruck kommende und genauere Gestalt gewinnende Zweck des Staates den Willen der für das Verhältnis tätig sein sollenden Personen begrenzt. Genau betrachtet gibt es also keinen für die sog. juristische Person geltenden Willen, der über die gesetzmäßige Grenze hinausgeht. Damit ist schon die Möglichkeit abgeschnitten, daß eine juristische Person Delikte begehe, denn das Delikt geht über den Rahmen des Gesetzmäßigen hinaus.

<sup>19)</sup> Vorsichtiger und richtiger für die Realität der juristischen Personen: *Regelsberger*, Pandekten I § 76 Anm. 1.

<sup>20)</sup> Verhältnisse, Beziehungen von Personen zu Personen oder Sachen kann man nicht strafen, wohl aber Personen, die sich durch Verhältnisse beeinflussen lassen, oder da, wo das Gegenteil erfordert wird, nicht beeinflussen lassen (ihre Pflicht nicht erfüllen).



Etwas anders steht es um völkerrechtliche Beziehungen. Die Schranken, welche der einzelne Staat der Geltung seines Willens auferlegt, haben nur für ihn und die seinem Willen unterworfenen Personen und Verhältnisse unbedingte Wirksamkeit; ein anderer Staat braucht sie nicht anzuerkennen; er kann jede von einem Repräsentanten des Staates, ja von irgendwelchen Volksgenossen begangene, ihn verletzende Handlung dem Staate voll als Unrecht anrechnen. Dafür liefert die Geschichte genugsam Beispiele, und wenn das Herkommen auch dieser völkerrechtlichen Haftung Grenzen und Bedingungen gesetzt hat, so besteht sie doch im Prinzip fort: völkerrechtlich betrachtet kann der Staat Delikte begehen. Nur steht nach moderner Auffassung dem einen Staate gegen den anderen ein Strafrecht nicht zu; die Ausgleichung des Unrechts ist vielmehr in Parallele zu setzen mit der zivilen Verfolgung von Ansprüchen, obwohl der Anspruch auf Garantie gegen fernere Verletzung bis zur Inkorporation, also bis zur Vernichtung des fremden selbständigen Staatslebens gesteigert werden kann.

§ 66. So erklärt sich auch leicht, wie das Mittelalter zur Aufstellung eines Strafrechtes gegen Korporationen, insbesondere gegen Städte gelangen konnte. Alle Korporationen hatten im Mittelalter die Tendenz, einen Staat im Staate zu bilden, und schwer ist es insbesondere oft zu sagen, wo hier ein wirklicher Staat nur unter Oberherrschaft eines umfassenderen Gemeinwesens begann. Waren viele Reichs- und selbst sog. Landstädte mit eigener Wehrkraft und weitgehender Autonomie versehen, nicht solche untergeordnete Staaten? Hatten sie nicht häufig eine tatsächlich größere Selbständigkeit als die Bundesstaaten im neuen Deutschen Reiche? Noch bei *Grotius*<sup>20a)</sup> aber erscheint der Krieg unter dem Gesichtspunkte der Strafverfolgung; was Wunder also, daß Zwang oder Garantieverlangen oder Schadensersatzforderung auch gegen Korporationen als Strafverhängung aufgefaßt wurden, zumal äußersten Falles, wie die Vernichtung des Staates, so auch die Zerstörung einer rebellischen Stadt ins Auge gefaßt und diese Zerstörung, wie oft von den Theoretikern geschehen, als eine gegen die *Universitas* vollzogene Todesstrafe angesehen werden konnte.

<sup>20a)</sup> *De juri belli ac pacis* I c. 2.

Ferner kann der Staat sich veranlaßt sehen, Korporationen aus Gründen des Gemeinwohls aufzulösen. Das ist eine polizeiliche Maßregel. Man kann sie indes in die Formen eines Prozesses, möglicherweise eines Strafprozesses einkleiden, und das Mittelalter hatte bekanntlich die Neigung, Verwaltungsmaßregeln in solcher Einkleidung vorzunehmen, ein weiterer Grund für die mittelalterliche Lehre, daß *Universitates* als solche Delikte begehen und sich straffällig machen können.

Endlich aber trat die Strafandrohung nicht selten als Zwangsmaßregel auf. Der Oberherr verhandelte im Mittelalter dabei als verwaltende Obrigkeit mit einzelnen Personen, die wiederum obrigkeitliche Rechte besaßen — so der römisch-deutsche Kaiser mit den Reichsunmittelbaren — und den *Universitates* mit ebenfalls obrigkeitlichen Befugnissen. Wenn er jenen Zwangsstrafen androhte, so war es von selbst gegeben, daß die *Universitates* als solche auch von der Androhung der Zwangsstrafe getroffen wurden; er hielt sich an die Obrigkeiten; mit deren einzelnen Untertanen hatte er verwaltend nichts zu schaffen; die Haftung dieser hätte ihm auch den Umständen nach wenig genutzt, und bei solchen Zwangsstrafen kann man absehen von der Frage eines persönlichen ungehorsamen Willens, absehen von wirklicher Schuld. Die sog. Polizeistrafe ist in gewissem Umfange, insofern sie ein positives Tun erzwingen soll, nichts anderes, als eine allgemein angedrohte Ungehorsamsstrafe.

§ 67. Anders als mit dem Strafrechte steht es mit der zivilen Haftung für Schadensersatz. Wenn die juristische Person Verträge schließen und deren Erfüllung verlangen kann, muß sie auch haften für Nichterfüllung und mangelhafte Erfüllung, wie eine Privatperson; das verlangt die im Interesse selbst der Gesamtheit der juristischen Personen liegende Sicherung der anderen Kontrahenten, und man muß, damit diese Sicherung auch genüge, annehmen, daß insoweit die Handlungen derjenigen Personen, welche die Verwaltung durch Willenserklärungen statutarisch führen, und gleichfalls die rein tatsächlich im Dienste der Korporation vorgenommenen Tätigkeiten irgendwelcher Organe der Korporation,<sup>20b)</sup> ebenso anzusehen sind,

<sup>20b)</sup> Vgl. die neuere von *Rhomberg* S. 81 ff. mitgeteilte deutsche Rechtsprechung.

als wären sie Handlungen der juristischen Person, nicht nur Handlungen bestellter Stellvertreter. Im Interesse der Sicherung des allgemeinen Verkehrs wird man aber weitergehen können. Wenn das Gesetz demjenigen, der zu einer Sache in einem bestimmten Verhältnisse steht, z. B. als Eigentümer, Mieter, gewisse Verpflichtungen ohne Rücksicht auf Existenz oder Nichtexistenz eines Verschuldens auferlegt im Interesse der allgemeinen Sicherheit, so muß diese Verpflichtung, und bei Nichterfüllung die Verpflichtung zum Schadensersatz, auch die juristische Person treffen; die Annahme des Gegenteils wäre ein durch nichts gerechtfertigtes Privileg der juristischen Person, eine unerträgliche Beeinträchtigung der allgemeinen Rechtssicherheit, da einerseits bei den oft komplizierten Verhältnissen der juristischen Person — man denke hier z. B. an die Abgrenzung der Dienstpflichten eines großen Verwaltungsorganismus — es dem Beschädigten nicht selten schwer, zuweilen unmöglich sein wird, den individuell Schuldigen herauszufinden, der zugleich oft zahlungsunfähig sein würde, andererseits die Erlaubnis zu besonders gefährlichen Gewerbsbetrieben oft nur dann gegeben wird, wenn der die Erlaubnis Nachsuchende durch Vermögensbesitz eine gewisse Garantie zu bieten vermag, was bei Beamten oder Bediensteten einer juristischen Person nicht zuzutreffen braucht. Von dem in unserer neuesten Gesetzgebung mehrfach angenommenen Prinzip der Haftung wegen schuldloser Veranlassung eines Schadens ist es auch nur ein geringer Schritt zu dem Satze, daß auch da, wo ein Verschulden zur Haftung erfordert wird, das Verschulden der verwaltenden Organe und Bediensteten der juristischen Person diese ebenso verpflichtet, wie das Verschulden physischer Personen und ihrer Bevollmächtigten und Bediensteten die physischen Personen verpflichtet. Man kann, wenn einmal das Veranlassungsprinzip anerkannt ist, in solchen Fällen nur eine Milderung des Veranlassungsprinzips erblicken, falls Nachweis der Schuldlosigkeit den nach jenem allgemeinen Prinzip Haftenden von der Haftung befreien soll; handelt es sich doch in allen diesen Fällen nur um die Frage, wer billiger und zweckmäßigerweise einen eingetretenen Schaden tragen soll. Wenn sodann für manche Fälle der Entschädigungspflicht bei physischen Personen eine nachzuweisende Schuld — sei es

*Dolus* oder *Culpa* — gefordert wird, so kann man auch leicht dahin gelangen, die Schuld eines Organs der juristischen Person für solche Fälle zu fordern, ohne deshalb eine wirkliche Deliktsfähigkeit der juristischen Person voraussetzen zu müssen. Die Haftung der juristischen Person in solchen Fällen durchaus abzulehnen, wäre eine starke Unbilligkeit gegenüber dem Verletzten; sie aber bei juristischen Personen ohne irgendwelche Schuld eines Organs der Verbandspersönlichkeit zu sanktionieren, wäre andererseits eine Ungerechtigkeit, ein Hinausgehen über das Prinzip der einzelnen zum Schadensersatz verpflichtenden Gesetzesbestimmung. So erscheint es billig und angemessen, die Verbandsperson zum Schadensersatz zu verpflichten, wenn ein Organ der Verbandsperson, indem es für letztere tätig ist, fahrlässig oder dolos gehandelt hat. Endlich aber kann gesagt werden, daß da, wo der Staat die einzelnen zur Benutzung gewisser Einrichtungen, z. B. der Hypothekenbehörden, der Vormundschaftsbehörden, zwingt, er auch allgemeinen Rechts- und Billigkeitsprinzipien zufolge die Garantie für ordnungsmäßige Besorgung der betreffenden Angelegenheiten durch seine Beamten übernehme. Wenn also die moderne deutsche Rechtsprechung in umfangreicher Weise die Haftung für Schadensersatz bei juristischen Personen da angenommen hat, wo bei physischen Personen ein zurechenbares Unrecht, eine Deliktsobligation angenommen wird, so beweist dies für eine wirkliche Deliktsfähigkeit juristischer Personen nichts,<sup>21)</sup> um so weniger aber etwas, als die Motivierung solcher Entscheidungen wohl fast durchgängig auf ganz anderen Gründen, als auf der Annahme einer Deliktsfähigkeit beruht, in der Tat ziemlich ausschließlich auf Gründen, die den oben dargelegten identisch sind oder ihnen nahe stehen.

Aus der zivilrechtlichen Haftung juristischer Personen für Handlungen ihrer Organe ist also ein Schluß auf eine strafrechtliche Verantwortlichkeit zu ziehen durchaus unzulässig, wie denn auch das RG. hier zivilrechtliche Haftung, die es mehrfach angenommen hat, von der

<sup>21)</sup> Vgl. z. B. E. C. RG. I 5./2. 86; E. C. 15 Nr. 26, bes. S. 130. — Dagegen (strafrechtlich) III 26./5. 87; E. 16 Nr. 31, bes. S. 123. — Die Diskrepanz der Zivil- und der Strafsentscheidungen ist also keineswegs merkwürdig (A. M. Hafter S. 33 Anm.).

strafrechtlichen Verantwortlichkeit, die es verwirft, streng unterscheidet. Auch die von *Gierke* S. 745 herangezogenen zahlreichen Urteile anderer deutscher Gerichte betreffen ausschließlich die zivilrechtliche Haftung.

Im BGB. § 31 ist eine wirkliche Deliktsfähigkeit der Vereine nicht ausgesprochen. Für Handlungen des Vorstandes, der Vorstandsmitglieder und anderer verfassungsmäßiger Vertreter haftet der Verein nur, wenn die Handlungen in Ausübung der jenen Personen zustehenden Verrichtungen begangen sind. Sollte eine wirkliche Deliktsfähigkeit der Vereine anerkannt sein, so müßten auch alle auf Grund irgendwelcher Beschlüsse des Vorstandes oder des Vereins selbst begangenen, zum Schadensersatz an sich verpflichtenden Handlungen den Verein verpflichten. Das ist aber nicht gesagt. Zu den dem Vorstände zustehenden Verrichtungen, d. h. rechtlich zustehenden Verrichtungen, gehören Delikte nicht.

§ 68. Durchführung der Annahme der Deliktsfähigkeit? Gegen die Annahme einer wirklichen Deliktsfähigkeit auch auf strafrechtlichem Gebiete spricht zunächst die Unmöglichkeit, die wichtigsten Strafen an einer juristischen Person zu vollziehen. Man müßte, um die Bestrafung in umfangreicher Weise zu ermöglichen, abgesehen von der doch nur in selteneren Fällen anzuwendenden Vernichtungs- (Auflösungs-) Strafe, stets eine besondere Geldstrafe für juristische Personen androhen, wenn die physische Person Freiheitsstrafe trifft. Im späteren Mittelalter, wo das gemeine, alle umfassende Recht so sehr zurücktrat, und die Stellung der Korporationen so ganz auf besondere Privilegien zurückgeführt wurde, die weniger im Interesse des allgemeinen Wohles als vielmehr zum Nutzen der einzelnen Korporationen zu bestehen schienen,<sup>22)</sup> konnte ein ausgiebiger Gebrauch von der Entziehung solcher Privilegien gemacht werden. In unserer Zeit aber bilden besondere Privilegien eine seltene Ausnahme;<sup>23)</sup> die Befugnisse, welche die Korporationen ausüben, sind von der Gesetzgebung als notwendige, auch der Gesamtheit nützliche den Korpora-

<sup>22)</sup> Z. B. konnte das Münzregal vielen Korporationen, denen dasselbe zukam, ohne Schaden für die Gesamtheit entzogen werden.

<sup>23)</sup> Ein derartiger Fall ist allerdings die Entziehung des sog. Notenprivilegs einer Privatbank nach § 49, 50 des Reichs-Bankgesetzes v. 14. März 1875.

tionen beigelegt; die Entziehung würde bei Aktiengesellschaften deren Geschäftsunfähigkeit, also Vernichtung, und bei öffentlich-rechtlichen Korporationen das Chaos bedeuten: der Staat würde sich selbst damit strafen; oder wäre es denkbar, einer Großstadt die Rechte einer Stadt zu entziehen und sie etwa nach dem Muster einer kleinen Dorfgemeinde verwalten zu lassen? Sodann trifft die über eine juristische Person verhängte Strafe, sofern nicht auch alle einzelnen beteiligten Personen mitschuldig sind, notwendigerweise unschuldige Personen. *Hepp*<sup>24)</sup> hat gemeint, das sei kein Argument gegen die Bestrafung juristischer Personen, weil indirekt auch viele andere Bestrafungen für nichtschuldige Personen nachteilige Folgen mit sich bringen, — so habe die Bestrafung des Vaters meist nachteilige Folgen für die Kinder — und *Gierke* ist *Hepp* hierin wie hinsichtlich anderer Gründe beigetreten. Aber während jenes Leiden der Kinder nur eine Folge der Bestrafung des Vaters ist, die der Gesetzgeber in gewissem Umfange unter Bedauern mit in den Kauf nehmen muß, aber soviel als möglich abwendet, ist die Mitleidenschaft auch der unschuldigen Mitglieder einer Korporation gerade das, was das Wesen der Bestrafung der Korporation als solcher ausmacht, während die Schuldigen weniger leiden, als wenn sie einzeln bestraft werden.

§ 69. Der Hauptpunkt<sup>25)</sup> aber ist, daß die innerhalb der Rechtsordnung eines bestimmten Staates stehende juristische Person Beschlüsse, die außerhalb des gesetzlichen Rahmens fallen, gar nicht rechtswirksam fassen kann; der Beschluß, ein Delikt zu begehen, ist *eo ipso* ungültig, und nie und nimmer hat der Vorstand einer juristischen Person die Vollmacht, ein Delikt zu begehen.<sup>26)</sup> *Hepp* entgegnet freilich, wenn dies so

<sup>24)</sup> S. 85 ff.

<sup>25)</sup> Auch *Mommsen* S. 73 erklärt sich nicht nur vom spezifisch römischen Standpunkte aus gegen die Deliktsfähigkeit juristischer Personen. Der von *Mommsen* angeführte Grund, daß der Begriff der Sittlichkeit auf Korporationen keine Anwendung finde, ist aber m. E. nicht zutreffend.

<sup>26)</sup> In diesem Sinne auch *Feuerbach*, Lehrb. § 28. *Geib* 2 S. 200 erklärt den Willen der juristischen Personen lediglich für einen fingierten. Sehr richtig bemerkt *Zürcher* S. 318 ff., daß der sog. Wille des Personenverbandes nur durch die Willenserklärungen der einzelnen zustande komme; diese werden nach dem Statut zusammengezählt und danach zum Beschluß des Verbandes erklärt. Sodann gelte es, den Beschluß auszuführen. Auch dann haben wieder einzelne zu handeln, und für den Willen dieser sei der Beschluß nur Motiv. Man könne also die einzelnen keineswegs ausschalten. Eine Gesamtseele, ein Gesamtbewußtseinszentrum daher auch ein wirklicher Verbandswille existiere nicht. Wenn das Zivilrecht

wäre, dann könnten auch ungerechte Richtersprüche niemals rechtskräftig werden. In der Tat aber ist ein Richterspruch, der als Beugung des Rechts sich darstellt, nichtig; nur kann in diesem Falle das Verbrechen nicht immer nachgewiesen werden, und muß aus Gründen der Rechtssicherheit auch dieser Nachweis in einer bestimmten Frist durch Erhebung einer Klage begonnen werden. *Gierke* (Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung S. 764, 765) meint, wer es leugne, daß ein rechtswidriges Verhalten jemals in der Kompetenz eines Korporations-Organes liege, verwechsle das Können und das Dürfen. Aber in der Tat ist beides in solchem Falle identisch;<sup>27)</sup> nur ist es möglich, daß aus Zweckmäßigkeitsgründen das, was das Organ oder der Vertreter nicht darf und also in Wahrheit rechtlich nicht können soll, doch in gewisser Richtung als verpflichtend angesehen wird: so, wenn ein gesetzwidriger Befehl einstweilen für verpflichtend, oder eine Korporation wegen eines Deliktes, das ein Korporationsorgan in Ausübung seiner Funktionen begeht, für zivilrechtlich haftbar erachtet wird. Es ist nicht richtig, wie *Gierke* freilich meint, daß, wenn der Vorstand einer Aktiengesellschaft, der unbeschränkt Verträge im Namen der Gesellschaft schließen kann, diese Befugnis zu einem betrügerischen Vertragsschlusse mißbraucht, er innerhalb seiner Kompetenz delinquiere. Aber allerdings der betrügerische Vertrag gilt zivilrechtlich als Vertrag der Gesellschaft, und wenn der Betrogene Schadensersatz fordert, so fordert er eigentlich nur das, was ihm in Wahrheit zukommt, oder was er gehabt haben würde, wenn er über die Sachlage, über die er getäuscht wurde, unterrichtet gewesen wäre. Das Zivilrecht

---

nach Maßgabe wirtschaftlicher Bedürfnisse einen solchen Willen annehme, so sei dies für das Strafrecht, das an der psychologischen Grundlage des Willensbegriffs bis jetzt festgehalten habe, doch unmöglich.

<sup>27)</sup> Beispiel: Der Beamte, der ein ihm vom Gesetze gegebenes weitgehendes Ermessen lediglich aus Privathaß anwendet, um eine Person zu verhaften, begeht eine strafbare Freiheitsberaubung; man wird beim Mangel eines Geständnisses diesen den Amtsgebrauch ausschließenden Dolus freilich oft nicht nachweisen können. Der Beamte darf nicht aus Privathaß verhaften und soll es auch nicht können, nur ist das Motiv, welches der Handlung den Charakter der Amtshandlung verleiht, äußerlich nicht erkennbar. Würde der Beamte erklären: „Die Gesetze gestatten mir Verhaftung nach einem weitgehenden Ermessen; ich würde davon in anderen gleichartigen Fällen aber nicht Gebrauch machen und verhafte dich nur aus Privathaß“, so würde m. E. der Beamte nicht mehr als Beamter handeln, ebenso der Richter, der erklären würde: ich verurteile dich, weil ich dein Feind bin!

geht aber, indem es aus Gründen der Rechtssicherheit die Gesellschaft haften läßt, über die reine Rechtskonsequenz hinaus. Das Strafrecht dagegen kann diesen Schritt, da es sich bei ihm nicht um Bewahrung vor einem Schaden, sondern um strenge Gerechtigkeit handelt, nicht mitmachen. Wie sollte das auch wohl gerecht sein? Sollen die Aktionäre, die durch betrügerische Handlungen des Vorstandes etwa einen großen Teil des Wertbetrages ihrer Aktien einbüßen, ohne von diesen Handlungen etwas zu wissen, daneben noch in anderer Weise Strafe erleiden, z. B. dadurch, daß die Aktiengesellschaft als solche auch eine hohe Geldstrafe zu zahlen hätte, wodurch dann der letzte Rest des Aktienkapitals aufgezehrt werden könnte?

§ 70. Indes *Gierke* (S. 774) fügt noch ein Weiteres hinzu:<sup>28)</sup> er erklärt es sogar für ungerecht, — d. h. nach den Prinzipien des Strafrechts selbst für ungerecht — lediglich einzelne dafür zu strafen, was sie als Organe der juristischen Person verbrochen haben. Nur zum Teil sei es doch ihre eigene Tat, zum Teil ein Produkt des Gemeingeistes; es widerfahre ihnen also ein Unrecht, wenn sie als Individuen voll verbüßen sollen, was nur zum Teil ihre eigene Tat war. *Gierke* hat hier die mittelalterlichen Verhältnisse halbsoveräner Städte vor Augen; Auflehnung und Verrat gegen den Oberherrn konnten da in der Tat oft Produkt eines Gemeingeistes, eines Lokalpatriotismus sein. Heutzutage aber haben Verbrechen von Vorständen juristischer Personen nur selten mit Aufopferung für die juristische Person, mit Gemeingeist etwas zu tun. Der Direktor einer Aktiengesellschaft, der Bürgermeister einer Stadt, der Vorstand einer Genossenschaft, der betrügt oder unterschlägt, weiß umgekehrt meist sehr wohl, daß er jedenfalls die Interessen der juristischen Person mitschädigt. Ereignet sich aber auch der gewiß seltene Fall, daß ein Vorstand einer juristischen Person nur im Interesse dieser Unterschlagung, Diebstahl oder Betrug beginge — wahrscheinlich soll in solchen Fällen dem Betreffenden doch eine hübsche Quote des rechtswidrigen Gewinns zufallen, — wäre das wirklich ein Entschuldigungsgrund, wenn auch nur in beschränktem Grade?

<sup>28)</sup> Übereinstimmend *Rhomberg* S. 106.



Entschieden nicht! Es müßte ja dann auch ein solcher Entschuldigungsgrund Platz greifen, wenn jemand als Mitglied einer Familie,<sup>29)</sup> eines Sportklubs, eines Antisemitenbundes usw. Körperverletzung oder Totschlag beginge. Das Strafrecht hat vielmehr demgegenüber an der Anschauung festzuhalten, daß solcher irregeleiteter und irreleitender Genossenschaftsgeist nur eine Versuchung ist, wie andere Versuchungen zur Begehung von Delikten auch. Das Strafrecht muß die Forderung aufstellen, daß der Mensch solchen Versuchungen gegenüber standhaft bleibe.<sup>30)</sup>

Zuletzt macht *Gierke* zur Rechtfertigung der Theorie einer wirklichen Straffähigkeit juristischer Personen darauf aufmerksam, daß selbst nach neueren Gesetzen wegen „rechtswidriger Handlungen“ Genossenschaften durch die Gerichte aufgelöst werden können, ein Argument, das in ähnlicher Weise ja schon von älteren Schriftstellern verwendet ist. Es handelt sich aber auch da nicht um Strafe, sondern um Beseitigung eines im einzelnen Falle für gemeinschädlich zu erachtenden Instituts, und wenn statt der Polizei der Richter diese Maßregel vorzunehmen hat, so hat das allein den Grund, die Hand-

<sup>29)</sup> Alle Familienväter, die im Interesse ihrer Kinder betrüglich Geld zusammenscharren, wären danach teilweise entschuldigt.

<sup>30)</sup> Ein solcher Fall scheint allerdings der von *Gierke* S. 728 Anm. besprochenen und angegriffenen Entscheidung des RG. I 15./9. 1880 (E. 5 S. 4 ff. Nr. 12) unterlegen zu haben (vgl. E. 3 S. 35 ff.). Der Angeklagte hatte als Vorsteher einer Genossenschaftsbank, um letztere aus finanziellen Verlegenheiten zu befreien, sog. Depotwechsel, welche bei der Genossenschaftsbank zur Sicherung etwa künftig entstehender Forderungen der Bank gegen den Aussteller der Wechsel hinterlegt und auf die Bank als Remittenten ausgestellt waren, rechtswidrig und ohne daß solche Forderungen existierten, weiter begeben. Das RG. hat die Verurteilung des Vorstehers wegen Unterschlagung für richtig erklärt: *Gierke* erachtet dies für unrichtig, weil nur die Bank, nicht aber der Vorsteher den Gewahrsam gehabt habe, während das RG. von der Ansicht ausgeht, daß der Angeklagte den Gewahrsam für die Gesellschaft ausgeübt habe, für den Begriff des Gewahrsams aber die (frühere gemeinrechtliche) Unterscheidung zwischen sog. juristischem Besitz und Detention nicht in Betracht komme. *Gierke* bemerkt, nach dieser Ausführung würde ja eine juristische Person nie Gewahrsam haben. Das ist richtig und die Deduktion des RG. insoweit m. E. fehlerhaft. Im Ergebnisse aber hat das Erkenntnis des RG. Recht; denn in dem Augenblicke, wo der Vorsteher die deliktische Verfügung über den Wechsel vornahm, ging der Gewahrsam von der Genossenschaftsbank auf den Vorsteher als Privatmann über, und daß demungeachtet die Bank zivilrechtlich dem Aussteller für den Schaden haftete, daß gleichwohl das Giro des Vorstehers als Giro der Bank galt, hat mit der strafrechtlichen Frage, wie oben ausgeführt, nichts zu schaffen. Es liegt aber Unterschlagung und nicht etwa Diebstahl vor, weil der Gewahrsam nicht durch Wegnahme, sondern *ipso jure* kraft der rechtswidrigen Begehung der Wechsel (Indossierung) überging.

habung solcher schwerwiegender und meist nach einem weitgehenden arbiträren Ermessen erfolgender Maßregel nur einem möglichst unabhängigen Organe anzuvertrauen. Die Genossenschaft handelt aber im Sinne solcher Auflösungsbestimmungen „rechtswidrig“, wenn Handlungen vorliegen, die äußerlich als Handlungen der Genossenschaft erscheinen, vom Publikum als solche, wenn auch nur dem faktischen Eindrucke nach, angenommen werden können: z. B. eine Erwerbsgenossenschaft erläßt politische Erklärungen. Die Wirkung der Maßregel auf einzelne unschuldige Mitglieder ist hier nicht bezweckt, wohl aber oft unvermeidlich, und die Unvermeidlichkeit der Maßregel selbst wiegt für das Gemeinwohl schwerer als etwaige — meist nur geringfügige — Nachteile einzelner.<sup>31)</sup>

§ 71. *Liszt*, der ebenso wie *Gierke*, *Merkel*<sup>32)</sup> (S. 50) — *Merkel* freilich nur mit erheblichem Vorbehalt — und *v. Kirchheim* sich für die Deliktsfähigkeit juristischer Personen ausspricht (Lehrb. § 27 Anm. 1), führt außer hier schon betrachteten Argumenten noch den Nützlichkeitsgrund an, daß die Handlung, hinter welcher nicht der einzelne oder mehrere, sondern eine Korporation stehe, dadurch eine andere und erhöhte Bedeutung gewinne. Es zeigt sich aber bei genauerer Betrachtung, daß die Bestrafung der einzelnen Personen, welche namens der Gesellschaft delinquirieren, meist viel schärfer und wirksamer sein wird, als eine Bestrafung der juristischen Person. Ist letztere die Strafschuldige, so ist eine Geldstrafe für juristische Personen mit großem Vermögen kaum fühlbar, jedenfalls kaum fühlbar für die schuldigen Vorstandsmitglieder. Vielleicht könnte

<sup>31)</sup> Gegen die Annahme der Deliktsfähigkeit auch *Brusa*, *Dottrina del reato* S. 33, 34; *Berendes* S. 7; *Bünger*, *Zeitschr.* 8 S. 573; *Finger*, *österreich. Strafr.* 1 S. 106; *Preuß. OT.* 30/11. 72 (Handelsfirmen als solche nicht zu verurteilen); *GArch.* 20 S. 569; 12/5. 75 *Stengleins* *Zeitschr.* 5 S. 3: auch Geldstrafen wegen unterlassener Steueranmeldung nur gegen physische Personen möglich

<sup>32)</sup> *Merkels* (Lehrb. S. 50) Argument für die Annahme der Deliktsfähigkeit ist folgendes: Der in dem Verhalten der Korporation sich äußernde Kollektivwille könne rechtlich geschützte Interessen schädigen oder gefährden; daher sei es nichts Unvernünftiges, wenn die rechtlichen Gegenwirkungen, auch diejenigen, welche den Charakter der Strafe tragen, sich gegen den Faktor richten, von dem jene Wirkung ausgehe. Gegenwirkungen der Rechtsordnung gegen eine gemeinschädliche Wirksamkeit von Korporationen können und müssen selbstverständlich stattfinden. Es fragt sich aber, ob eine Maßregel, die wir sonst mit Recht Strafe nennen, gegen Korporationen angewendet, nicht dadurch gerade ein wesentliches Merkmal der Strafe verliert. Übrigens erklärt *Merkel*, im allgemeinen sei die Bestrafung der einzelnen Schuldigen richtiger.

die juristische Person den Regreß nehmen; aber das werden die schuldigen Personen, namentlich in der Genossenschaft-Aktiengesellschaft oft faktisch allmächtige Vorstandsmitglieder, meist zu verhindern wissen, und es gehört dazu immer ein positiver Beschluß. Ganz anders, wenn die unmittelbar schuldigen Einzelnen strafrechtlich verfolgt werden. Es ist also Illusion, daß die Bedeutung mancher juristischer Personen die Bestrafung der letzteren als Gesamtheiten verlange. In manchen Fällen endlich kann, wie bemerkt, neben Bestrafung der Einzelnen Auflösung der juristischen Person eintreten. Diese Auflösung und ebenso die mildere Maßregel einer zeitweiligen Suspension der Tätigkeit der juristischen Person oder Gesellschaft oder die in einzelnen Fällen mögliche Entziehung eines Privilegs ist allerdings eine Schutzmaßregel und Schutzmaßregeln können auch gegen Verhältnisse wie gegen Sachen angewendet werden. Aber nicht jede dem Rechtsgebiete (dem öffentlichen Rechte) angehörende Schutzmaßregel kann als Strafe bezeichnet werden, wengleich der modernsten Theorie des Strafrechts diese Verwechslung recht nahe liegt und *Hafter* (S. 136, 137) insbesondere zur Rechtfertigung der von ihm vorgeschlagenen Strafbestimmungen gegen Vorstandspersönlichkeiten dient, aber auch in *Merkels* Ausführungen zutage tritt und anscheinend auch *Lisszts* Ansicht beeinflusst hat.<sup>32a)</sup> Daraus, daß, wie es vorkommt, ein und dasselbe Gesetz in einigen Fällen die Auflösung einer Aktiengesellschaft (Genossenschaft) durch die Verwaltungsbehörde, in anderen durch das Gericht beschließen läßt, ist keineswegs zu folgern, daß das Gesetz die Auflösung in den letzteren Fällen als Strafe betrachtet.<sup>32b)</sup> Jene Unterscheidung kann sehr wohl — und meiner Ansicht nach ist dies der Fall — darin ihren Grund haben, daß man zwar im allgemeinen der Verwaltungsbehörde die Befugnis zur Auflösung geben, aber in einigen Fällen der Gesellschaft die Garantie unabhängiger gerichtlicher Entscheidung gewähren wollte, oder daß man umgekehrt, von dem letzteren Prinzip ausgehend, die Auflösung z. B. wegen politischer Ausschreitun-

<sup>32a)</sup> *Zürcher*, S. 321, vermag es sich nicht zu erklären, wie *Liszt* nach Maßgabe des prinzipiell von ihm eingenommenen psychologischen Standpunktes zur Bestrafung juristischer Personen gelangen könne.

<sup>32b)</sup> A. M.: *Gierke* S. 778 Anm. 2.

gen oder aus unbestimmten Gründen, das Gemeinwohl in die Hand der Verwaltung (bzw. der höchsten Staatsgewalt) legen wollte.

§ 72. *Hafter* (S. 139ff.) hat unter Berufung auf das StGB. für New-York, dessen einschlagende Bestimmungen noch unten berücksichtigt werden sollen, versucht, die Bestrafung juristischer Personen und Vereine als solcher mit den Grundsätzen strafrechtlicher Gerechtigkeit in Einklang zu bringen. Erstens sollen andere Strafen als Geldstrafen in Geldstrafen verwandelt werden; denn selbstverständlich kann der Verein, die juristische Person usw., wenn nicht einzelne Personen statt derselben leiden sollen, nicht zu Freiheitsstrafe verurteilt werden. Nach dem von *Hafter* einmal eingenommenen Standpunkte muß dies als richtig bezeichnet werden; die Strafe wird aber für vermögende Vereine und Aktiengesellschaften wenig eindrucksvoll sein, wenn nicht für solche Fälle besondere und komplizierte Maßstäbe der Verwandlung aufgestellt werden. Dann aber sollen die unschuldigen Mitglieder des Verbandes von der Strafe nicht getroffen, ja sogar noch vom Staate entschädigt werden, wenn sie durch Exekution der gegen den Verband verhängten Strafe mitgetroffen werden. Wenn aber, wie es häufig der Fall ist, die allein schuldigen Personen nur wenige Mitglieder des Vorstandes sind, die Gesellschaft aber hunderte von Mitgliedern zählt, was bliebe dann schließlich von der Geldstrafe übrig? Oder sollten wieder besondere Strafsätze aufgestellt werden für Verbände von wenigen und andererseits von zahlreichen Mitgliedern? Und müßten die Schadenersatzfordernden Mitglieder ihre Unschuld beweisen oder müßte ihnen ihre Mitschuld nachgewiesen werden? Würden nicht so aus einer an sich einfachen Sache wahre Monsterprozesse sich entwickeln können?

Man braucht diese Fragen nur aufzuwerfen, um zu dem Schlusse zu gelangen, daß schwerlich eine Gesetzgebung zu dergleichen Bestimmungen sich entschließen wird.

*Gierke* (S. 775), der hierin von *Hafter* (S. 135) bekämpft wird, schneidet denn auch solche Erörterungen und Weiterungen durch die Bemerkung ab, daß die (unschuldigen) Mitglieder oder Genossen „in dem, was ihnen zu eigen ist, gar nicht berührt werden; sie verlieren nur, was sie ohnehin bloß durch

das Ganze und in Abhängigkeit von dessen Schicksalen und Handlungen besitzen“. Wenn aber eine Aktiengesellschaft durch eine enorm hohe Geldstrafe zum Konkurse getrieben würde, und A, B, C usw. ihr halbes in den Aktien der Gesellschaft angelegtes Vermögen im Konkurse einbüßen, kann man sie wirklich mit dem Hinweise tröstlich abfertigen, daß sie in dem, was ihnen gehöre, gar nicht berührt werden? Ist das nicht eine starke Fiktion, die von denjenigen, welche die Realität der Verhältnisse und Dinge betonen, ganz besonders zurückgewiesen werden mußte? Freilich macht auch, wer Aktien kauft, sein Vermögen für den Betrag des Kaufpreises von dem Schicksale und den Handlungen der Gesellschaft abhängig, aber rationellerweise doch nur soweit, als dies für die Schadloshaltung anderer notwendig ist, weil ohne diese Garantie der Gesellschaft selbst der notwendige Kredit im bürgerlichen Verkehr, genau betrachtet, verloren gehen mußte. Die staatliche Strafe aber soll nur die wirklich Schuldigen treffen, und sie ist als Strafe gegen die Gesamtpersönlichkeit auch deshalb nicht notwendig, weil sie in Wirklichkeit gegen die einzelnen Schuldigen gerichtet, tatsächlich in den meisten und gewiß in schweren Fällen viel wirksamer und einschneidender ist, als eine gegen die Gesellschaft oder die juristische Person als solche erkannte Strafe. Denn kommen die einzelnen physischen Personen als Organe der Gesamtpersönlichkeit in Betracht, so können sie, ohne daß man sich einer Inkonsequenz schuldig macht, nicht gleichzeitig als selbständige Persönlichkeiten gelten.<sup>33)</sup> Wie es scheint, hat daran auch die mittelalterliche Theorie nicht gedacht. Man kann die Hand, welche das Verbrechen unmittelbar ausführte, nicht noch besonders strafen, wenn man den Menschen bestraft. Es ist daher folgerichtig unerheblich, ob viele oder wenige Mitglieder, Bedienstete oder Organe beteiligt sind, und die einheitliche Strafe kann, wenn die juristische Person eine große Anzahl von Mitgliedern aufweist, tatsächlich wenig fühlbar sein. Die Theorie, welche nur die einzelnen Individuen als straffällig betrachtet, kann dagegen eine Mehrzahl mit der Strafe der Mittäter, Gehil-

---

<sup>33)</sup> A. M. freilich *Gierke* S. 771. Vgl. über die nordamerikanische Praxis unten S. 75.

fen usw. belegen und so die Repression weit energischer gestalten.

§ 73. Vorzuziehen ist die Bestrafung der juristischen Person, Genossenschaft oder Gesellschaft aus praktischen Gründen<sup>34)</sup> einer Bestrafung der einzelnen Individuen nur in folgenden Fällen. Erstens da, wo die Ermittlung dieser einzelnen Individuen meist besonders schwierig ist, und andererseits nicht gerade die strengste Gerechtigkeit gefordert wird. Sodann da, wo es sich um obrigkeitliche Zwangsstrafen<sup>35)</sup> handelt, bei welchen es darauf ankommt, einen Widerstand schnell und energisch zu brechen, was bei dem Erfordernis der Ermittlung einzelner Schuldiger oft nicht erreicht werden wird; und im Grunde sind Strafen wegen Unterlassung von Handlungen, die in allgemeinen Polizeigesetzen gefordert werden, doch nur Zwangsstrafen, wenngleich darüber gegenwärtig in einem förmlichen Strafverfahren erkannt wird. Ferner gibt es Fälle, in denen die individuelle Schuld deshalb fast oder völlig verschwindet, weil das einzelne Organ, der einzelne Bedienstete tatsächlich nicht anders kann, als der einmal aufgestellten Regel oder Vorschrift einer überlieferten Praxis der organisierten Gesellschaft Gehorsam leisten. Es wird dies nicht selten zutreffen, wenn die Gesamtpersönlichkeit vermöge Gewerbebetriebes oder Grundbesitzes in Betracht kommt. Man hat hier oft nur die Wahl zwischen großer Härte gegen einzelne Personen oder tatsächlichem Verzicht auf jede Strafe — also Preisgabe des öffentlichen Interesses — oder einer gegen die juristische Person als solche zu erkennenden Strafe, und daß letztere Maßregel vorzuziehen ist, kann nicht zweifelhaft sein. Endlich pflegen Geldstrafen, die gegen Verletzung von Abgaben-

---

<sup>34)</sup> Nicht selten treffen die nachbezeichneten Gründe kombiniert bei einzelnen Gesetzesverletzungen zu.

<sup>35)</sup> Vgl. *Isaac*, Zeitschr. 21 S. 649. — Auch *Jellinek*, erblickt in der Entwicklung der Rechtsbildung die Tendenz, die Deliktsfähigkeit juristischer Personen zu eliminieren, und hält Bestrafung juristischer Personen nur soweit für zulässig, als es sich darum handelt, den reinen Ungehorsam zu brechen. *Preuß*, Gemeinde, Staat und Reich als Körperschaften 1889, S. 158 ff., vertritt die Deliktsfähigkeit der Körperschaften im Gebiete des öffentlichen Rechtes, hierin *Gierke* folgend. — Die zivilprozessuale Zwangsstrafe (besonders Verbotsstrafe) nach ZPO. § 890 (früher § 775) ist vom RG. Zivilsenat I 8/2. 99 (E. C. 43 Nr. 100 S. 405) für anwendbar erklärt gegen juristische Personen selbst; dies folge aus deren *Parteifähigkeit*. M. E. folgt es aus der im Zivilprozeß notwendigen gleichen *Behandlung* der Parteien.

gesetzen gerichtet sind,<sup>36)</sup> in Beziehung zu stehen zu der Größe eines Vermögens, eines Gewerbebetriebes oder Unternehmens. Hier die einzelnen Organe oder Bediensteten — und zwar oft mehrere Personen jede für die ganze Strafe — haften zu lassen im Verhältnis zu dem Vermögen oder Gewerbebetriebe der juristischen Person — erscheint ungerecht. Es empfiehlt sich daher auch hier der Ausweg einer einheitlichen, gegen die juristische Person, Gesellschaft oder Genossenschaft zu erکنnenden Strafe. Übrigens wird hier auch der dritte der vorbezeichneten Gründe zutreffen.

Will man also von einer — aus rein praktischen Gründen zu rechtfertigenden, ein anomales Recht darstellenden — beschränkten Deliktsfähigkeit der juristischen Personen (Gesamtpersönlichkeiten) reden, so wird sich gegen diesen Sprachgebrauch wenig einwenden lassen, sofern daraus keine allgemeinen Schlüsse gezogen werden. Das Wesentliche ist, die Deliktsfähigkeit richtig zu begrenzen, und daran haben es, wie mir scheint, die Vertreter prinzipieller strafrechtlicher Deliktsfähigkeit der Verbandspersönlichkeiten meist fehlen lassen. Man kommt zu einem praktisch befriedigenden Ergebnisse eher, wenn man prinzipiell jene Deliktsfähigkeit verneint und sie nur als anomales Recht aus besonderen Gründen zuläßt.

Eine im Strafverfahren zugunsten des Verletzten zu erکنnende Buße würde, da sie wesentlich eine arbiträre Entschädigung enthält, dieses ihres Charakters wegen, gegen eine Verbandspersönlichkeit zulässig erscheinen.

§ 74. Das deutsche Strafrecht betreffend, so wird es jedenfalls positiver Bestimmungen zur Bestrafung von Verbandspersönlichkeiten bedürfen.<sup>37)</sup> Es ist hierbei ein zwiefacher Weg der Gesetzgebung möglich.

<sup>36)</sup> Das preußische Stempelsteuergesetz vom 31/7. 95 § 17 erkennt auch an, daß die betreffenden Strafen bei Genossenschaften und Aktiengesellschaften nur im einmaligen Betrage — also in Wahrheit gegen die Genossenschaften und Aktiengesellschaften selbst — festzusetzen sind, wengleich die Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer persönlich oder solidarisch zur Zahlung verurteilt werden. Anders noch nach dem Reichs-Wechselstempelsteuer-Gesetze von 1869 § 15.

<sup>37)</sup> Aus Bestimmungen, wie sie § 155 des Vereinszollgesetzes vom 1/7. 69 enthält, wird sich schwerlich die gesetzliche Anerkennung einer Deliktsfähigkeit juristischer Personen ableiten lassen. (So freilich *Merkel* und *Leverhükn.*) Zoll- und Steuergesetze operieren herkömmlich mit Willkürlichkeiten, um den Fiskus

Entweder man bestimmt, daß die Verbandsperson als Einheit straffällig sein soll, jedesmal nur in dem einzelnen Spezialgesetze, wo man dies zweckmäßig findet. Dies ist selbstverständlich der vorsichtiger Weg. Sofern das Spezialgesetz ein Reichsgesetz wäre, würde eine hierauf sich beziehende Vorschrift in dem allgemeinen Strafgesetzbuche überflüssig sein. Es läßt sich aber nicht bestreiten, daß auch eine Landesgesetzgebung in dem ihr zukommenden Bereiche, z. B. bei Konventionen gegen Gesetze über Landesabgaben, es angemessen finden kann, die juristische Person oder Gesellschaft als solche zu strafen. Geht man daher von der (richtigen) Ansicht aus, daß die Landesgesetzgebung in dem ihr verbliebenen Bereiche keineswegs über alle und jede allgemeine Prinzipien des Reichsstrafrechts sich hinwegsetzen könne, so erscheint für das künftige Strafgesetzbuch eine allgemeine Bestimmung etwa dahin gehend:

„Inwiefern eine juristische Person, Körperschaft, Genossenschaft oder Gesellschaft als solche von einer Strafe getroffen werden soll, bestimmt das Gesetz besonders.“

keineswegs überflüssig.<sup>38)</sup>

Schwieriger zu formulieren ist ein allgemeiner, gleichwohl in den erforderlichen Grenzen sich haltender Paragraph.

Vielleicht<sup>38a)</sup> könnte man ihn folgendermaßen fassen:

---

vor Schaden zu bewahren und andererseits schwierige Schuldbeweise zu vermeiden. Es ist daher unzulässig, aus besonderen Bestimmungen von Zoll- und Steuergesetzen allgemeine Rechtsprinzipien zu folgern und solche für andere Rechtsgebiete geltend zu machen. Mit der zitierten Bestimmung des Vereinszollgesetzes dürfte es sich einfach folgendermaßen verhalten. Untergeordnete Beamte von Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsgesellschaften sind in der Lage, leicht Zolldefrauden auszuführen. Zum Zwecke möglichst wirksamer Beaufsichtigung und für ein einfaches Verfahren empfiehlt sich die Haftung der Gesellschaften für die von ihren Angestellten und Arbeitern begangenen Zollkonventionen. Andererseits erscheint aber eine unbedingte Haftung unbillig. So ergibt sich der Ausschluß der Haftung, wenn die Gesellschaften (d. h. deren Zentralverwaltungen) ihre Schuldlosigkeit nachweisen.

<sup>38)</sup> In diesem Sinne auch *Binding* I S. 310. Das RG. I 6/8. Dez. 94 E. 26 Nr. 118 bes. S. 301 hat freilich auf Grund seiner allgemeinen Ansicht über die Bedeutung des § 2 Abs. 2 des EG. zum StGB. beiläufig angenommen, daß auch gegenwärtig die Landesgesetzgebung juristische Personen bestrafen könne. Derselben Ansicht ist *Gierke* S. 776. Daß juristische Personen nicht Subjekte strafbarer Handlungen sein können, gehört aber m. E. zu den als selbstverständlich angenommenen Prinzipien des StGB., über welche die Landesgesetzgebung auch in dem ihr im übrigen verbliebenen Bereiche sich nicht hinwegzusetzen vermag.

<sup>38a)</sup> Es scheint mir geratener, um Erfahrungen zu sammeln, die Bestrafung von Korporationen usw. zunächst nur in einzelnen Spezialgesetzen vorzusehen.



Gegen eine juristische Person, Körperschaft, Genossenschaft oder Gesellschaft oder einen Verein (Verbandspersönlichkeit) ist auf Geldstrafe und bzw. Einziehung einzelner Gegenstände zu erkennen,<sup>38b)</sup> wenn es sich handelt um eine im einzelnen Falle angedrohte Zwangsstrafe oder um Nichterfüllung einer der Verbandspersönlichkeit vermöge Gewerbebetriebes oder Grundbesitzes obliegenden gesetzlichen Verpflichtung oder um Belästigung oder Gefährdung des Publikums durch Anlagen oder Einrichtungen, welche der Verbandspersönlichkeit gehören, oder um Verletzung von Steuer- oder Zollgesetzen.

Verfolgung einzelner Personen ist in Beziehung auf eine Tatsache, welche dem Vorstehenden zufolge die Strafverfolgung einer Verbandspersönlichkeit begründen kann, nur zulässig, wenn zuvor die Verbandspersönlichkeit in bezug auf jene Tatsache rechtskräftig freigesprochen oder die erkannte Geldstrafe nicht beizutreiben ist.

In dem gegen eine Verbandspersönlichkeit eröffneten Strafverfahren ist unter den gesetzlichen Voraussetzungen auf eine dem Verletzten zufallende Buße zu erkennen.

§ 75. Über die Grenzen dieses Vorschlags geht auch in Wahrheit das praktische englisch-nordamerikanische Recht der Neuzeit, auf welches man sich jetzt öfter beruft, kaum hinaus. "*Corporations*" werden tatsächlich nur bestraft wegen Nichterfüllung gesetzlicher (oder polizeigesetzlicher) Verbindlichkeiten (*Breach of duty* — z. B. wegen Nichtinstandhalten von Wegen — wegen *Misfeasance* — z. B. wegen nicht durch die betreffenden Parlamentsakte erlaubter Durchquerung einer Landstraße beim Bau einer Eisenbahn, endlich wegen *Nuisance* — strafbarer Belästigung oder Gesundheitsgefährdung des Publikums<sup>39)</sup> — und wenn neuerdings nach der sog. *Interpretation Act* von 1889 (52 et 53 Vict. c. 63) s. 2 der Ausdruck "*person*" in England auch auf Korporationen als straffällige Personen zu beziehen ist, so ist doch durch den beschränkenden Zusatz "*unless a contrary*

<sup>38b)</sup> Man könnte vielleicht der Staatsanwaltschaft die Wahl gestatten zwischen Strafverfolgung der Korporation und Strafverfolgung des oder der einzelnen. Dies ist jedoch nicht unbedenklich, wenn, wie nach der gegenwärtigen deutschen Gerichtsverfassung der Fall ist, die Staatsanwaltschaft richterliche Unabhängigkeit nicht besitzt.

<sup>39)</sup> Über den Begriff "*Nuisance*" vgl. *Archbold* S. 1180ff.

*intention appears*“ dafür gesorgt, daß die Bestrafung von Korporationen sich in bestimmten, der Natur der Sache angemessenen Grenzen hält.<sup>40)</sup> Es wird z. B. angenommen, daß ein Strafgesetz, welches lediglich Freiheits- oder körperliche Strafe androht oder von persönlicher Gewalttätigkeit redet, auf Korporationen als deliktsfähige Subjekte nicht bezogen werden dürfe, weil hier die gegenteilige Meinung des Gesetzes klar sei.<sup>41)</sup> Man darf also nicht, wie von *Haftler* S. 40 geschieht, einen scheinbar sehr weit gehenden Ausspruch *Bishops* (I § 423) wörtlich nehmen, da die von ihm selbst angeführten Beispiele keineswegs eine so allgemeine Deliktsfähigkeit juristischer Personen nach englisch-nordamerikanischem Rechte beweisen, und zumal da *Bishop* den beschränkenden Zusatz macht, daß die Deliktsfähigkeit abhängt von der Beschaffenheit der einzelnen Korporation und von dem Umfange ihrer Befugnisse. Der *Penal code* New Yorks, auf den *Haftler* (S. 40 und 163ff.) sich zugunsten seiner Theorie besonders beruft, enthält zwar in § 718 Nr. 13 die Bestimmung, daß unter „Person“ auch eine Korporation oder Gesellschaft zu verstehen sei; aber wenn die Strafe gegen Korporationen und Gesellschaften, welche an Stelle von Freiheitsstrafen tritt, nicht über 5000 Dollars hinausgehen soll, so ist dies gegenüber den großen amerikanischen Aktiengesellschaften keineswegs eine sehr energische Repression, welche die übrigens auch zulässige Bestrafung der schuldigen einzelnen Direktoren und Beamten ersetzen könnte.<sup>42)</sup>

Das französisch-belgische Recht erkennt eine Deliktsfähigkeit juristischer Personen nicht an; nur in Ausnahmefällen wird von einigen. Autoren die Möglichkeit einer Bestrafung von Handelsgesellschaften behauptet, während die zivilrechtliche Haftung für Delikte, welche von Verwaltern (Organen) der juristischen Person in Ausübung ihrer Funktionen begangen werden, feststeht.<sup>43)</sup> Diese Haftung ist aber, wie *Haus* in Übereinstimmung mit der oben gegebenen Ausführung bemerkt, nicht zu gründen auf die Annahme einer wirklichen Schuld der

<sup>40)</sup> Zahlreiche Fälle aus der Praxis zitiert bei *Wharton* 1 S. 91.

<sup>41)</sup> *Archbold* S. 11.

<sup>42)</sup> Über die Zulässigkeit einer Bestrafung der schuldigen Vorstandsmitglieder neben Bestrafung der Gesellschaft selbst scheinen in Nordamerika Zweifel zu bestehen. *Bishop* 2 §§ 1272, 1282.

<sup>43)</sup> Vgl. *Haus* 1 n. 266, 267; *Garraud* 1 n.

juristischen Person; sie trägt vielmehr, wie er sagt, den Charakter eines «*Cautionnement légal*», und daraus folgt, was ich ebenfalls für richtig, ja im Interesse selbst der allgemeinen Rechtssicherheit für geboten erachte, daß die juristische Person gegen den schuldigen Beamten Regreß nehmen kann, der ausgeschlossen wäre, wenn sie selbst an dem Delikte in Wahrheit die Schuld trüge. Ein Versuch eines ausgedehnteren Strafsystems gegen juristische Personen, der in einem früheren von *Silvela* verfaßten Entwürfe eines spanischen Strafgesetzbuches gemacht war, scheint nach *Hafters* (Mitteilungen S. 150) mißglückt zu sein.

---

# Der Kausalzusammenhang.



*Luden*, Abhandlungen 2 S. 262—395. *Krug*, Abhandlungen S. 46—72. *Friedrich Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht 2, 1855, S. 137—251. *v. Buri*, GA. 14 S. 608—616 und 717—726. *Bar*, Die Lehre vom Kausalzusammenhange im Recht, besonders im Strafrecht 1871. *v. Buri*, Über Kausalität und Verantwortung, 1873. *Wharton*, *A treatise on the law of negligence*, Philadelphia 1874, §§ 73—149, §§ 300—407. *Wharton*, *Cr. law* I §§ 152—169. (Bei *Wharton* sehr reiche Kasuistik aus der englisch-nordamerikanischen Praxis.) *Bar*, in *Grünhuts* Zeitschr. 4 S. 21—90. *Ortmann*, GA. 24 S. 94—103. *v. Buri*, Zeitschr. 2 S. 232 ff. *Birkmeyer*, Über Ursachenbegriff im Strafrecht, Rektoratsrede, abgedruckt GS. 37 S. 257—357 (1885). *v. Buri*, Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, GS. 37 Beilageheft. *J. v. Kries*, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen derselben (Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie 12 (1888) S. 181 bis 240, 287—323, 393—428). *Perroni Ferranti*, *Del nesso causale e della sua imputazione*, Palermo 1888. *Kohler*, Studien I (1890) S. 83 ff. *R. Horn*, Der Kausalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht, 1893. *Huther*, Der Kausalzusammenhang als Voraussetzung des Strafrechts, 1893 (auch Zeitschr. 17 S. 175 bis 249). *Thon*, Über den Begriff der Verursachung, Jenaer Festschrift, 1894. *Thyren*, Abhandlungen aus dem Strafrecht I (Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien, Lund 1894). *Hess*, Über Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate, 1895. *Helmer*, Über den Begriff der fahrlässigen Täterschaft, Straßburger Diss. 1895. *v. Brünneck*, Die herrschenden Kausalitätstheorien und ihre Stellung zum Rechtsstrafgesetzbuch, Hallische Diss. 1895. *Haß* in *Jherings* Jahrbüchern für Dogmatik des Privatrechts fortges. von *Regelsberger* 37 S. 327—484. *A. Horn*, GS. 54 S. 321—385. *v. Liss*, Die Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuchs, 1898. *M. E. Mayer*, Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg, 1899. *M. Rümelin*, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht, 1900, Separatabdruck aus dem Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 90 S. 171—344, hier zitiert nach dem Separatabdruck. *Hartmann*, Das Kausalproblem im Strafrecht, 1900. *Radbruch*, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902 (in den Abhandlungen des Berliner kriminalistischen Seminars, Bd. 1). *Heß*, Das Märchen vom Kausalzusammenhange 1902. *v. Rohland*, Die Kausallehre des Strafrechts, 1903. *Rumpf*, Die Teilnahme an unerlaubten Handlungen, Göttinger Diss. 1904). *Wiechowski*, Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges, 1904 (in den strafrechtl. Abhandl. herausgeb. von *Beling*, H. 55). *Träger*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904 (mit eingehender Kritik der bis dahin erschienenen Literatur). *Berolzheimer*, System der Rechts- und Wissenschaftsphilosophie I (1904) S. 233 ff. *Litten*, Die Ersatzpflicht des Tierhalters, 1905. *Rumpf* in *Jherings* Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen Rechts Bd. 49 S. 333—406. *Kohler*, GA. 51 S. 327 bis 339. *Schmoller*, Über den Kausalzusammenhang beim Tierschaden, im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 98 S. 1—65. *Resnack*, Über den Ursachenbegriff im geltenden Strafrecht, 1906. *Liepmann*, GA. 52 S. 326—363 (noch nicht beendeter Aufsatz).

(Die französische Literatur beschäftigt sich, wie mir scheint, kaum mit dem Kausalproblem.)

§ 76. Ohne Zweifel ist für jede Verantwortlichkeit die Frage zu beantworten: unter welchen Voraussetzungen kann das Verhalten eines Menschen, oder verallgemeinert ein Ereignis, als Ursache eines folgenden Ereignisses angesehen werden? Gleichwohl hat man lange Zeit diese Frage, die Frage des Kausalzusammenhanges, der Kausalität, in der Rechtswissenschaft nicht als besondere Frage behandelt, sie vielmehr, obschon oft eine *Imputatio facti* als Gegensatz zur *Imputatio juris*, der Zurechnung zur Schuld, hervorgehoben wurde, kaum anders als gelegentlich der Erörterung von *Dolus* und *Culpa* gestreift, so insbesondere zur Beantwortung der Frage, ob die Verantwortlichkeit wegen vollendeter doloser Tötung nur dann besteht, wenn der Tod des Verletzten als notwendige (oder richtiger ausgedrückt) unausbleibliche Folge der Verletzung gelten muß<sup>1)</sup> und für die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen wurde auch wohl der alte, schon in der mittelalterlichen Jurisprudenz vorkommende Satz „*Causa causae est causa causati*“<sup>1a)</sup> benutzt zur Rechtfertigung der Annahme einer mittelbaren Urheberschaft des Teilnehmers.

*Ludens* Abhandlungen enthielten zwar einen längeren Abschnitt „von dem Kausalzusammenhange zwischen der Handlung und der verbrecherischen Erscheinung“. Aber obgleich hier mit Bestimmtheit die Kausalfrage als Vorfrage jeder Verantwortlichkeit bezeichnet wird, fehlt es doch an prinzipieller Feststellung der Voraussetzungen des Kausalzusammenhanges; im wesentlichen wird nur die Schuldfrage erörtert, der Kausalzusammenhang mancher treffend behandelten Einzelheiten ungeachtet als eine „faktische“, der rechtlichen Erörterung sich entziehende Frage bezeichnet (S. 318): d. h. die Erörterung verläuft ins Unbestimmte.

Auch *Köstlin*<sup>3)</sup> kam, ungeachtet der Anerkennung einer besonderen Frage des Kausalzusammenhanges, über einzelne mehr negative, d. h. Fehler, die von anderen gemacht waren,

<sup>1)</sup> Vgl. über diese Frage *Carpsov* I qu. 26 n. 3, die Literaturangaben in *Wächters* Lehrbuch 2 S. 121 ff., *Stübel*, Tatbestand d. Verbr. §§ 68 ff. Gegen das Erfordernis des sog. *Lethalitas absoluta* aber schon *Leyser* Sp. 597 n. 10.

<sup>1a)</sup> *Baldus*, *Consilia* 1, Cons. 52, n. 1.

<sup>2)</sup> Vgl. *Grolmann* S. 33; *Feuerbach* S. 44.

<sup>3)</sup> Revision S. 453.

rügende Bemerkungen kaum hinaus. *Berner*<sup>4)</sup> aber erklärte (1847) sogar die Frage des Kausalzusammenhanges zwischen Handlung und ihren Folgen für unphilosophisch: d. h. die Kausalfrage erschien ihm neben der Schuldfrage überflüssig, da die Handlung die Folgen mit umfasse, wogegen freilich *Krug*<sup>5)</sup> einerseits die Bedenken hervorhob, welche die Vernachlässigung der Kausalitätsfrage erregen mußte, andererseits aber die Notwendigkeit der Erörterung dieser Frage geltend machte, wenn das Strafgesetz (wie z. B. Art. 38 des sächsischen GB.)<sup>6)</sup> von einem „Verursachen eines Erfolges einer Wirkung einer Handlung“ rede.

Erst *Glaser*<sup>7)</sup> gelangte, indem er die Verantwortlichkeit für Unterlassungen untersuchte, ohne weitere Begründung zu derjenigen Ansicht, welche sodann von *Buri* tiefer erfaßt und in ihren Konsequenzen behufs der Entscheidung wichtiger Einzelfragen ausgebildet wurde.

Später ist die Frage oft und eingehend behandelt, nachdem meine Schrift über den Kausalzusammenhang es versucht hatte, einerseits eine tiefere, philosophisch-psychologische Grundlage zu gewinnen, andererseits die Theorie des Kausalzusammenhanges zusammengefaßt für das Zivil-<sup>8)</sup> und für das Strafrecht zu verwerten und in Einzelanwendungen sowohl im Anschluß an die römischen Quellen (besonders an die im Titel der Pandekten *ad legem Aquiliam* erörterten Fälle) wie an neuere gerichtliche Entscheidungen zu verwerten und zu prüfen. Und besonderen Anstoß hat hier das bürgerliche GB. gegeben. Hatte schon das sog. Haftpflichtgesetz 1871 eine Haftung ohne Voraussetzung einer Verschuldung in einigen besonders wichtigen Fällen anerkannt, so hat nunmehr das BGB. solcher Haftung ein weit größeres Anwendungsgebiet eingeräumt.

Da es aber mehr und mehr als unerträglich empfunden

4) Lehre von der Teilnahme S. 122.

5) Abhandlungen aus dem Strafr. (1855) S. 46—72.

6) Vgl. z. B. auch hannoversches KGB. Art. 241 Abs. 3 (Körperverletzung). „Soweit die Größe der Beschädigung auf die Strafe von Einfluß ist, entscheiden die wirklich eingetretenen Folgen derselben.“

7) Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht I (1858) S. 298.

8) *Friedrich Mommsens* Abhandlungen enthalten übrigens auch eine eingehende Erörterung über Kausalnexus im Zivilrecht. Bei Feststellung des zivilrechtlichen Interesses können die Grundsätze des Kausalzusammenhanges aber nur modifiziert zur Anwendung kommen.



wird, die Haftung bis ins Unendliche auch für die unwahrscheinlichsten, ja für die vom Beschädigten selbst veranlaßten, wenn auch nicht gerade verschuldeten Folgen auszudehnen, so begreift sich der Eifer, mit welchem die Kausalfrage neuestens von der zivilistischen Literatur erörtert wird.

§ 77. Der in strafrechtlichen Erörterungen von *Glaser* aufgestellte, von *Buri* vielfach und energisch vertretene und weiter verwertete Satz lautet nun einfach folgendermaßen:

„Man denke sich die Tat des Menschen, welche eine Verantwortlichkeit für ein späteres Ereignis begründen soll, als nicht geschehen. Zeigt sich dann, daß dies Ereignis nicht eingetreten wäre, so ist jene Tat als Ursache zu betrachten.“

Er beruht auf der Erwägung, daß unter den unendlich vielen Voraussetzungen (oder Bedingungen), von denen der Eintritt eines Ereignisses (eines Erfolges), einer Wirkung abhängt, kein Unterschied in Ansehung ihrer Unentbehrlichkeit zu machen sei, daß also allein die Alternative besteht,<sup>9)</sup> entweder nur den allgemeinen Verlauf der Dinge, oder auch jede einzelne unentbehrliche Voraussetzung — *Conditio sine qua non* — als Ursache zu behandeln. Die Annahme der ersten Alternative würde, da dann niemals eine einzelne Bedingung, also auch nicht die Willensbeteiligung eines Menschen als Ursache gelten dürfte, jede Verantwortlichkeit ausschließen, mithin die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung unmöglich machen. Es bleibt also nur die zweite Alternative:

„Jede menschliche Tätigkeit, ohne welche ein Erfolg nicht eingetreten sein würde, ist Ursache.“

Dabei genügt einerseits die geringste Kraftäußerung, und andererseits ist das Eingreifen völlig unerwarteter, außergewöhnlicher Ereignisse unerheblich. Eine *Conditio sine qua non*, also auch eine menschliche Tätigkeit, ohne welche das als Erfolg geltende Ereignis nicht eingetreten sein würde, hört nicht auf Ursache zu sein, weil ein unerwartetes, außergewöhnliches Ereignis eingriff. Es gibt keine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges im rechtlichen Sinne, so wenig wie im Sinne der

<sup>9)</sup> Jeder einzelne ein Gefäß füllende Wassertropfen, der erste wie der letzte, ist gleichmäßig Ursache, wenn das Gefäß gefüllt wird oder schließlich das Wasser überläuft.

Naturphilosophie, welche das Weltganze als Objekt der Untersuchung betrachtet, und es besteht keine Schwierigkeit, mehrere menschliche Tätigkeiten gleichmäßig als Ursachen eines Ereignisses zu behandeln.<sup>10)</sup>

Die hiernach sich ergebende unendlich weit reichende Verantwortlichkeit — wer einen Andern auf einem bestimmten Wege fährt, zu einem Spaziergange, zu einer Reise veranlaßt, ist Ursache des Todes dieses Anderen, wenn letzterer auf dem Wege von einem Blitzstrahl getroffen, durch einen Eisenbahnunfall getötet wird, und ebenso Ursache des Todes eines Anderen, wenn er diesem eine unbedeutende Verletzung beigebracht hat, welche letztere infolge völlig unsinniger Behandlung und bei einer völlig außerordentlichen Komplikation von Umständen einen tödlichen Charakter annimmt — wird auf ein erträgliches Maß beschränkt durch die nach *Buri* von der Kausalitätsfrage absolut zu trennende Beantwortung der Schuldfrage. Denn Schuld trägt an einem Ereignis nur, wer dasselbe voraussah oder voraussehen konnte, und jene außerordentlichen Komplikationen lassen sich nicht vorhersehen.

§ 78. Gegen diese sich durch ihre Einfachheit empfehlende und anscheinend völlig konsequente Theorie, welche dann auch in der Praxis der Strafsenate<sup>11)</sup> des RG. die allein herrschende geworden ist und in der Strafrechtstheorie ebenfalls vielleicht noch

<sup>10)</sup> Ganz so einfach, wie es scheint, ist allerdings zuweilen die Entscheidung nicht, ob ein bestimmtes Tun als nicht wegzudenkende Bedingung eines Erfolges anzusehen sei. Es kommt auf den juristisch entscheidenden Erfolg an. Wenn A dem B einen voraussichtlich tödlichen Hieb auf den Kopf zu versetzen im Begriffe steht, und C, der den B schützen will, bewirkt, daß der Hieb des A den Arm des B trifft und verletzt, so ist für diese Verletzung, wenn von dem schweren von A beabsichtigten Erfolge abgesehen wird, C die Ursache. Gleichwohl wird eine unbefangene Auffassung nur den Hieb des A als die Ursache der Verletzung des Armes des B ansehen. Der Erfolg, den C mitverursachte, erscheint als reines Minus gegenüber dem von A erstrebten. C hat diesen letzteren Erfolg in seiner realen Bedeutung vermindert, und was übrig bleibt ist allein dem A zuzurechnen. Es entscheidet also oft das Werturteil über das, was als Erfolg in Betracht kommt. *Rümelin* S. 113; *Trüger* S. 140; vgl. auch unten.

<sup>11)</sup> Vgl. z. B. I. 12./4. 80 E. 1 Nr. 174 bes. S. 375. Auch ein außergewöhnlicher Verlauf der eigenen Kausalität und der Hinzutritt von Zufälligkeiten beseitigt keineswegs die Ursächlichkeit. III. 28./9. 81 E. 5 Nr. 9 bes. S. 31. „Nach richtigen strafrechtlichen Grundsätzen kann nur verlangt werden, daß die Handlung des Täters sich unter denjenigen Faktoren befunden habe, auf welche der Erfolg als Ursache zurückzuführen ist.“ II. 25./10. 81 RS. 3 S. 641. „Es genügt, daß ohne die Handlung der eingetretene Erfolg nicht in Wirksamkeit getreten sein würde.“

überwiegt,<sup>12)</sup> kann nicht, wie freilich von *Birkmeyer* geschehen ist, eingewendet werden, daß, wenn die Gesamtheit der Bedingungen  $m + n + o = p$  (Erfolg) ist, weder  $m$  noch  $n$  noch  $o = p$  sei. Denn *Buri* behauptet nicht, daß jede einzelne Bedingung allein den Erfolg herbeiführe; er behauptet vielmehr nur ihre Gleichwertigkeit vom Gesichtspunkte des Kausalzusammenhanges aus. Aber die Theorie ist zivilrechtlich<sup>13)</sup> nicht verwendbar: sie versagt in vielen Fällen, wo eine Schuld für die Haftung oft gar nicht erfordert wird, Korrektur durch das Erfordernis der Schuld also unanbringlich ist, während doch die ins Unendliche reichende, auch durch die merkwürdigsten tatsächlichen Komplikationen nicht ausgeschlossene Haftung praktisch unannehmbar ist, ein Grund, der die Zivilsenate unseres höchsten Gerichtes bestimmen mußte und bestimmt hat, der Theorie der *Conditio sine qua non* nicht beizutreten, und in beschränktem Umfange sind selbst die Ergebnisse strafrechtlich widersinnig in den Fällen, in welchen das Gesetz, ohne Schuld zu fordern, eine Verantwortlichkeit für einen nur „verursachten“ besonders schweren Erfolg begründen läßt.

Will man auch Bestimmungen der letzteren Art zu den Fehlern der Gesetzgebung rechnen, welche in Zukunft auszuscheiden sind, darauf also wenig Gewicht legen, so leuchtet doch nicht ein, daß der Begriff des Kausalzusammenhanges zivilrechtlich prinzipiell völlig anders zu fassen sei, als im Strafrecht.<sup>13a)</sup> Das „Vorhersehenkönnen“, welches man strafrechtlich als jedenfalls zu fordernde Voraussetzung der Schuld und also der strafrechtlichen Verantwortlichkeit allgemein bezeichnet, aber ist eine sehr leicht zu verschiebende Beschränkung. Was kann man nicht alles als möglich vorhersehen? Z. B.: A

<sup>12)</sup> *H. Meyer* § 28 und Anm. 16; *Liszt* § 29 und „Die Deliktobligationen im System des BGB.“ S. 68. *Hülschner* 1 S. 227. v. *Lilienthal* S. 28. *Olschhausen* 1 S. 162. *Frank* S. 14 ff., der aber doch nicht alle Bedingungen für gleichwertig erachtet, vielmehr einige Ausnahmen anerkennt. *Finger* § 57. Doch nimmt die Zahl der Gegner dieser Ansicht anscheinend zu (*Lammasch* wird nach den Ausführungen in der 2. Aufl. seines Grundrisses des Strafrechtes S. 27 kaum noch zu den Anhängern der Theorie *Buris* gerechnet werden können).

<sup>13)</sup> *Buri* GS. 29 S. 277 ist freilich der Ansicht, daß das Strafrecht sich um das Zivilrecht nicht zu kümmern brauche. Die neuere Literatur ist aber darin einig, daß jede strafrechtliche Untersuchung über Kausalzusammenhang das Zivilrecht nicht unberücksichtigt lassen dürfe. Vgl. insbesondere *Träger* S. 3.

<sup>13a)</sup> Vgl. unten.

hat den B fahrlässigerweise ganz unbedeutend am Körper verletzt; er schickt ihm vorsichtigerweise noch den Arzt. Aber B ist ein eigensinniger Mensch; er weist die ärztliche Hilfe zurück, ungeachtet sie ihm kaum Unbequemlichkeit bereitet haben würde, und behandelt die Wunde selbst in der unsinnigsten Weise; es tritt Blutvergiftung ein, und B stirbt. Wer den Charakter des B kannte, konnte vorhersehen, daß B so wie geschehen verfahren würde. Also müssen wir nach der Theorie der *Conditio sine qua non* — denn ohne die Verwundung wäre B nicht gestorben — A wegen fahrlässiger Tötung verurteilen. Es ist denn auch, falls Vorhersehbarkeit des Enderfolges anzunehmen ist, nach der konstanten Praxis des RG. stets unerheblich, daß der Schaden nur infolge eingreifender (nachfolgender) und schuldhafter Tätigkeit eines Andern eintrat. Der Theaterbesucher, der in der Garderobe einen Überzieher abgibt, in welchem, wie er weiß oder wissen muß, ein geladener Revolver sich befindet, wird wegen fahrlässiger Tötung bestraft, wenn der Logenschließer den Revolver nimmt und damit spielend fahrlässigerweise eine dritte Person erschießt.<sup>14)</sup> Ebenso soll der fahrlässige Brandstifter auch für den Tod desjenigen haften, der zunächst bei dem Brande vollständig gerettet wird, dann aber in der Brandstätte umkommt, indem er sich ein Paar Stiefel herausholt.<sup>15)</sup>

<sup>14)</sup> IV 11./1. 1901 E. 34 Nr. 29 S. 97. Das RG. hat hier, wie in manchen anderen Fragen, die Praxis des preußischen OT. fortgesetzt. Letzteres hielt Verurteilungen wegen Fahrlässigkeit in folgendem Falle für gerechtfertigt. Der Angeklagte hatte ein geladenes Gewehr eine kurze Zeit unbewacht auf seinem Hofe stehen lassen. Eine völlig zurechnungsfähige Person nahm das Gewehr unbefugterweise und tötete unvorsichtig eine dritte. OT. Berlin 18./1. 66 GArch. 14 S. 299; noch weitergehend die Entscheidung desselben Gerichtshofes v. 7./11. 66 GArch. 15 S. 15). Vgl. dagegen *Goldammer* a. a. O. bes. 15 S. 18 ff. *Wharton* I § 160 ist der von mir (Kausalzusammenhang S. 53 ff.) gegebenen Kritik dieser Entscheidungen beigetreten.

<sup>15)</sup> IV 11./1. 1901 E. 34 Nr. 29 S. 97. III 3./12. 81 Rs. 3 S. 765.

<sup>15a)</sup> Vgl. die Entscheidungsgründe in RG. II 2./5. 82 E. 6 Nr. 88 S. 249. III 4./6. 83 Rs. 5 S. 403 und Entscheidung und Gründe in II 13./10. 91 E. 22 Nr. 52 bes. S. 174, 175. Damit setzt sich diese moderne Praxis in Gegensatz zu der durch Jahrhunderte festgehaltenen gesunden Ansicht, daß, wer verwundet hat, für den Tod des Verwundeten nicht haftet, wenn der Verwundete durch unvernünftiges Verhalten, auch z. B. durch Nichtbeachtung ärztlicher Anordnungen, Verschlimmerung seines Zustandes herbeiführt. (*Gandinus, tit. de homicidiariis* n. 24, der hier als paradigmatisch den öfter benutzten Fall anführt, daß ein Bauer (*Rusticus*), der am Kopfe verletzt wurde, dessenungeachtet mit seinen Ochsen auf das Feld zieht, und dabei die Wunde der schädlichen Wirkung der heißen Sonnenstrahlen aussetzt, *Aretinus, Rubr. Et ex intervallo dictus Titius*

Ebenso soll für den strafrechtlich zu betrachtenden Kausalzusammenhang die eigene *Culpa* des Beschädigten nichts verschlagen, also der alte Satz des *Pomponius* (L. 203 D. 50, 17) nicht gelten: „*Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.*“ Ja, fast scheint die schon von *Leyser*<sup>16)</sup> verspottete Konsequenz solcher Ausdehnung des Urheberbegriffes gezogen werden zu müssen, daß dann der Gastgeber verantwortlich gemacht werden müsse, wenn ein Gast zuviel von den gebotenen Delikatessen genießt und an den Folgen seiner Unmäßigkeit stirbt. Ferner muß man der Konsequenz nach auch mindestens eine psychische kulpose Beihilfe als möglich erachten, ja, sofern eine psychische Kausalität, eine Einwirkung auf den Willen eines Menschen für möglich erachtet wird, auch eine fahrlässige Anstiftung; denn weshalb soll die nachfolgende dolose Handlung eines Andern, der eine fahrlässig außer acht gelassene Waffe oder Veranstaltung, ein fahrlässig hingestelltes Gift benutzt, nicht in den Kausalzusammenhang mit eingerechnet werden, wenn diese Einrechnung bei jeder beliebigen Zufälligkeit richtig ist?<sup>17)</sup> Ebenso würde man nach der Konsequenz der reinen Bedingungstheorie, ohne sich eventuell strafrechtlich verantwortlich zu machen, niemanden zur Verrichtung einer gefährlichen Arbeit benutzen, insbesondere mieten dürfen, auch wenn man ihm die Gefährlich-

---

n. 12; *Clarus* § *Homicidium* n. 42; *Damhouder* c. 77 n. 19. Übereinstimmend die nordamerikanische Jurisprudenz: *Wharion* 1 § 163. Noch unter dem 22./10. 74 erkannte das preußische OT., daß Angeklagter für den Tod des von ihm Mißhandelten nicht hafte, wenn zu der zugefügten Verletzung die Einwirkung einer anstrengenden Reise und mangelhafte Pflege hinzugetreten sei (GArch. 22 S. 314).

<sup>16)</sup> *Med. ad Pand. Spec.* 602 Nr. 9. Hier wird *Occasio* und *Causa* unterschieden. — RG. III 31./2. 88, Rs. 10 S. 187 erklärt es für richtig, wegen fahrlässiger Körperverletzung einen Drogisten zu verurteilen, der Morphium ohne ärztliche Anordnung an erwachsene Personen verkauft, wenn diese davon einen ihrer Gesundheit schadenden Gebrauch machen. Warum erklärt man nicht auch den Waffenhändler für verantwortlich, wenn er jedem Beliebigen z. B. Teschings verkauft, und diese, wie es bei jungen Leuten jetzt so oft vorkommt, Unheil damit anrichten? Auch ohne das bei Morphiumverkauf freilich bestehende polizeiliche Verbot weiß man doch, daß viele Dinge, namentlich Schußwaffen, in der Hand Unerfahrener gefährlich sind. Das Vorhersehenkönnen ist also in dem einen wie in dem anderen Falle anzunehmen.

<sup>17)</sup> *Liszt* § 29 II nimmt von dem Kausalzusammenhange das Eingreifen einer freien und vorsätzlichen Handlung eines Zurechnungsfähigen aus — aber nur, weil wie er m. E. irrtümlich (vgl. unten die Lehre von der Teilnahme) annimmt, daß die positiven Bestimmungen unseres StGB. die Annahme einer psychischen Kausalität ausschließen.

keit des Unternehmens haarklein auseinandersetzt, da ja die eigene Mitwirkung des Beschädigten an der Verantwortlichkeit nichts ändert und häufig die Möglichkeit eines schlechten Ausgangs nahe liegt.<sup>18)</sup>

§ 79. Solche Erwägungen und die Ansicht, daß das Zivilrecht vielleicht mehr noch als das Strafrecht einer anderen und engeren Begrenzung der Kausabilität bedürfe, führten mich 1871 zur Aufstellung des Prinzips, daß der Kausalzusammenhang im rechtlichen Sinne nur auf die regelmäßig eintretenden Folgen sich erstrecke. Da indes diese Ansicht anfangs einer meist abfälligen und scheinbar zutreffenden Kritik begegnete, andererseits aber mit einer neuerdings mehr und mehr Boden gewinnenden Auffassung, in einem, wie ich glauben möchte, nahen verwandtschaftlichen Verhältnis steht, vielleicht genau angesehen mit ihr identisch ist, so scheint es mir richtiger, erst später eingehend von jener meiner Ansicht zu reden und zunächst stark abweichende Ansichten zu erwähnen, die ebenfalls durch die Empfindung veranlaßt wurden, daß *Conditio sine qua non* und Ursache im Recht jedenfalls nicht als völlig identische Begriffe zu nehmen und anzuwenden seien. Ebenso wie ich hielt auch andere irgend eine Einschränkung für den Ursachenbegriff den Kausalzusammenhang für unumgänglich. Einige freilich erachteten den Streit über den Kausalzusammenhang für wissenschaftlich unfruchtbar und unnütz: man war so lange ohne dies eigentümliche Problem ausgekommen und hatte meist nach dem unmittelbar durch ungezählte Jahrhunderte überkommenen oder nach und nach unmerklich sich modifizierenden Bewußtsein entschieden, oder man hatte sich nur in besonderen Fällen damit beschäftigt — z. B. ob im Falle einer Tötung nur *Lethalitas in abstracto* erfordert werde, oder *Lethalitas in concreto* zur Verurteilung genüge —, warum sollte es jetzt anders sein? Solch negative Ansicht bedarf indes eingehender Widerlegung nicht.<sup>19)</sup> Die Existenz eines

<sup>18)</sup> Vgl. Kohler, Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 84 S. 1 ff. bes. S. 28.

<sup>19)</sup> In diesem Sinne: Schütze § 22 Anm. 2. Ausführlich und wissenschaftlich: Lammasch, Handlung und Erfolg in *Grünhuts* Zeitschr. 9 S. 222 ff., bes. S. 289, auch noch Berner § 62 Anm. Da Lammasch seine 1882 gegebene Kritik meiner Ansicht nach den in seinem Grundriß des (österreichischen) Strafrechts, 2. Aufl. S. 27, 30 enthaltenen Ausführungen zu urteilen, vielleicht nicht oder nicht vollständig wird aufrecht erhalten wollen, darf ich von einer eingehenden, sonst nicht zu umgehenden Berücksichtigung Abstand nehmen.

umfassenden wissenschaftlichen Problems kann nicht deshalb ge-  
leugnet, die Beschäftigung mit demselben nicht deshalb ab-  
gelehnt werden, weil man früher diese umfassende Bedeutung  
nicht erkannt hat, und daß dabei auch unnötige und schola-  
stische Gelehrsamkeit, der *Berner* mit Recht abgeneigt ist, zu-  
tage treten kann, muß mit in den Kauf genommen werden.

§ 80. *Binding*<sup>20)</sup> erklärt als Verursachung einer Veränderung  
(eines Erfolges) die Änderung des Gleichgewichtes zwischen den  
anhaltenden und den auf eine Änderung hinwirkenden Bedingungen.  
Ursache ist also diejenige Bedingung, welche das Gleichgewicht  
in letzterer Richtung aufhebt und so das Ereignis herbeiführt.  
Es existiert aber jener Zustand des Gleichgewichtes nie; denn  
solange das Ereignis nicht eintritt, haben die abhaltenden Be-  
dingungen das Übergewicht. Ein Stein fällt entweder, oder er  
fällt nicht. Ein Zustand des Gleichgewichtes zwischen Fallen  
und Nichtfallen ist undenkbar. So kommt die Theorie *Bin-*  
*dings* über ein Bild nicht hinaus,<sup>21)</sup> und um so weniger hinaus,  
als *Binding* es bis jetzt unterlassen hat, seine Theorie durch  
Kasuistik zu erläutern und ihre Haltbarkeit bei Entscheidung  
schwieriger Fälle zu erweisen. Anscheinend hat sie auch wenig  
Zustimmung gefunden, auch nicht bei Anhängern der Normen-  
theorie, mit welcher *Binding* sie in Verbindung zu setzen freilich  
versucht hat. Allerdings war sie, eben weil sie über ein Bild nicht  
hinaus kam, verschiedener Deutung fähig. Am nächsten liegt  
es, die Störung des Gleichgewichtes, welche den Erfolg herbei-  
führt, in der letzten (der zuletzt vor dem Erfolg eingreifenden)  
Bedingung zu erblicken, und in der Tat ist diese Theorie von  
*Ortmann* aufgestellt worden, so freilich, daß nur die letzte mens-  
liche Handlung als Ursache in Betracht kommen soll und nachfol-  
gende bloße Naturereignisse, ebenso wie Handlungen Zurechnungs-  
unfähiger, nicht mitzählen. Danach wäre derjenige, der einem

<sup>20)</sup> Normen 1, 1. Aufl. 1872 S. 42 ff., 2. Aufl. I S. 115 ff.

<sup>21)</sup> Dieser von mir in *Grünhuts* Zeitschr. 4 S. 44 erhobenen Einwendung  
haben insbes. zugestimmt *Hälschner* 1 S. 230 und *Buri* GS. 28 S. 277, ebenso  
*Wahlberg*, Zeitschr. 2 S. 187 erklärte, *Binding* sei damit widerlegt. Vgl. gegen  
*Binding* auch *Thyren* 1 S. 61 ff. und *Träger* S. 81 ff. In einer Anmerkung,  
Normen 2. Aufl. I S. 116, identifiziert *Binding* (m. E. nicht zutreffend) den Zu-  
stand des Gleichgewichtes hindernder und fördernder Bedingung mit „dem  
Zustande der höchsten Gefahr“. Wer diese höchste Gefahr in Wirklichkeit über-  
führt, soll verursachen. Dann hätte nicht der Giftmischer den Tod des Gift-  
nehmenden verursacht, vielmehr wäre nur letzterer die Ursache des eigenen Todes.

Andern, in der Absicht ihn zu töten, eine vergiftete Speise hinstellt, ihm einen Selbstschuß legt, nicht Ursache der Tötung, vielmehr der Getötete selbst. Dieser Konsequenz weicht *Ortmann* nur, wie er selbst erklärt, durch eine Fiktion aus, der zufolge der Irrende, Gefährdete, unter Befehl Handelnde im Banne der Naturnotwendigkeit stehen soll, eine Fiktion, welche die Unhaltbarkeit der Theorie klarstellt, die übrigens, da sie den Handelnden für außerordentlich später eingreifende Naturereignisse mit haftbar macht, denselben Einwendungen ausgesetzt ist wie die reine Bedingungstheorie, nur daß sie Ausnahmen bei eingreifenden menschlichen Handlungen macht.<sup>22)</sup>

§ 81. Nach *Birkmeyers* Theorie<sup>23)</sup> soll die im einzelnen Falle wirksamste Bedingung als Ursache gelten. Dabei wird angenommen, daß die größere Energie der einzelnen Bedingung sich in ihrer Wirkung im Erfolge wieder zeige; zuweilen lasse sich, meint *Birkmeyer*, der Beitrag einer Bedingung für die Wirkung sogar ziffermäßig nachweisen, so, wenn drei Diebe gemeinsam eine Kasse ausplündern, gemeinsam einen schweren Gegenstand forttransportieren. Aber die physikalisch-mathematische Methode, die hier mit Ziffern und Gleichungen von *Birkmeyer* angewendet wird, kann deshalb zu keinen oder nur zu willkürlich suggerierten und irreleitenden Ergebnissen führen, weil der Erfolg, um den es sich hier handelt, spezifisch verschieden von den angewandten Kräften und zugleich unteilbar ist.<sup>23a)</sup> Selbst der gemeinsam von drei Dieben ausgeführte Diebstahl von 3000 M. ist juristisch ein unteilbares Delikt, welches, wie allgemein anerkannt wird, jedem der Diebe ganz auf Rechnung gesetzt wird,<sup>24)</sup> und wie könnte wohl, wenn durch zwei verschieden bemessene Dosen Gift der Tod eines Menschen

<sup>22)</sup> Vgl. gegen *Ortmann* insbes. *Träger* S. 84 ff.

<sup>23)</sup> *Birkmeyer* hat auf seine Theorie der Ursache auch seine Theorie der Teilnahme am Verbrechen gegründet. Vgl. darüber unten die Lehre von der Teilnahme.

<sup>23a)</sup> Vgl. *Haupt*, *Zeitschr.* 15 S. 208.

<sup>24)</sup> *Birkmeyer* (Ursachenbegr. zu Anm. 125) hat zwar in dem Erkenntnis RG. I 17./1. 84 (RS. 6 S. 36) eine Anerkennung seiner Ansicht erblickt, daß ein strafrechtlicher Erfolg teilbar sei. Ich vermag dies aber in den Ausführungen dieses Urteils nicht zu finden. Das Urteil sagt nur, daß, wenn auch einzelne der zugefügten Mißhandlungen eine Lebensgefährdung — StGB. 227, 2. — nicht bewirkten, dies doch durch eine Mehrzahl auf Grund desselben Vorsatzes vorgenommener Mißhandlungen möglich sei. Wird hier wirklich jeder einzelnen Mißhandlung eine Quote der Lebensgefährdung des Mißhandelten zugeschrieben?



herbeigeführt wird,<sup>25)</sup> behauptet werden, daß die geringere Dosis, die B dem X beigebracht hat, weniger den Tod des X bewirkt habe, als die stärkere, die A dem X beigebracht hatte, falls z. B. die stärkere früher gegebene Dosis aller Erfahrung nach den Tod an sich noch nicht bewirkt haben würde?<sup>26)</sup> Wer ist sodann nach dieser Theorie die wirksamste Ursache, wenn Y stirbt, nachdem er von A nicht sehr erheblich verwundet, darauf von einem Kurpfuscher ganz verkehrt behandelt war?<sup>27)</sup> So liefert *Birkmeyers* Theorie in dem exakten Sinne, den er selbst ihr beilegt, entweder keine oder die verkehrtesten Ergebnisse, in dem unbestimmten Sinne aber, in welchem sie gelegentlich von Anderen oder auch von *Birkmeyer* selbst vorgeführt wird, ist sie nichts als Berufung auf ein unbestimmtes Gefühl, also Verzicht auf jede Theorie.<sup>28)</sup> Freilich kann man einerseits von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit und andererseits nach einem freien moralischen Urteil von einer überwiegenden Schuld sprechen, und in beiden Beziehungen ist, wie sich in der Lehre von der Teilnahme zeigen mag, der Gedanke *Birkmeyers* allerdings benutzbar.<sup>29)</sup>

§ 82. *Kohler* findet den Unterschied von Ursache und Bedingung darin, daß erstere die treibende Kraft darstellt, während die Bedingungen gleichsam die Atmosphäre sind, welche der Treibkraft mehr oder weniger förderlich sein können. Der Same ist die Ursache für die Beschaffenheit der entstehenden

<sup>25)</sup> Auch wenn naturwissenschaftlich die Anschauung richtig sein sollte, daß der Mensch nur ein Agglomerat einzelner Zellen sei — eine Anschauung, die neustens auch bei der Reform des Strafrechts scheint geltend gemacht werden zu sollen — und wenn der Tod darin bestehen sollte, daß die einzelnen Zellen nacheinander ihre Tätigkeit einstellen, würde doch der Tod eines Menschen juristisch ein unteilbarer Erfolg sein.

<sup>26)</sup> Nach der Konsequenz würde hier A jedenfalls nicht als Mittäter bestraft werden können, höchstens als Gehilfe, obschon er dem Erfolg die entscheidende Gestalt gegeben hat.

<sup>27)</sup> *Birkmeyer* sagt zwar (Ursachenbegr. S. 20): „Unterbrochen wird der Kausalzusammenhang nur durch solche Ereignisse, welche einer neuen selbständig zum Erfolg wirkenden Kausalkette angehören. Durch solche Ereignisse verlieren die bisher als Bedingungen dieses Erfolges betrachteten Antezedentien jene Eigenschaft, wonach ohne sie der Erfolg wohl eingetreten wäre.“ Aber *B.* versteht, wie das sogleich von ihm gegebene Beispiel zeigt, unter dem Eingreifen einer selbständigen Kausalität nur den Fall, daß die Wirkung der anscheinenden (ersten) Kausalität gar nicht eintritt, vielmehr dadurch unmöglich gemacht wird, daß die Wirkung von einer anderen Kausalität vorweggenommen wird.

<sup>28)</sup> So in Darstellung des Strafrechts in *B.s* Enzyklopädie.

<sup>29)</sup> Gegen die Ansicht *Birkmeyers* vgl. namentlich: *Kries* S. 205 ff.; *Merkel* S. 103 ff.; *Thyren* 1 S. 91 ff.; *Haupt* a. a. O.; *Hartmann* S. 21 ff.; *Träger* S. 94.

Pflanze; Feuchtigkeit und Wärme sind Bedingungen dieser Entstehung. Daher reicht die Kausalität eines Menschen auch nur so weit, wie die von ihm ausgehende Kraftäußerung. Aber der Mensch kann auch Bedingungen setzen und dadurch wird er *Dominus causae*, d. h. dessen, was nun die Bedingungen (diese wohl als treibende Kräfte betrachtet) zustande bringen, und als *Dominus causae*, wird er ebenfalls verantwortlich, jedoch nur, wenn das Setzen der Bedingung schuldhaft erfolgt ist.

Die Unterscheidung von treibender Kraft und Bedingungen ist aber schon vom rein naturwissenschaftlichen Standpunkt nicht haltbar. In allen Stoffen liegen treibende Kräfte, nur daß sie dem Blicke des Laien nicht ohne weiteres erkennbar sind, und Boden und Klima können für die Erhaltung der Art einer Pflanze ebenso wesentlich sein wie der Samen, und wenn, wie gewöhnlich, der Samen als die Ursache der Entstehung der Pflanze betrachtet wird, so beruht dies darauf, daß wir die Existenz von Luft, Feuchtigkeit usw. als selbstverständlich ansehen, während der Samen von uns beschafft und gelegt wird. Zuweilen ist das aber auch anders; so, wenn die Pflanze nur bei Beschaffung besonderer Feuchtigkeit, nur bei Versetzung in einen Boden von besonderer Art sich entwickelt: dann erscheint uns der Umstand, daß der in den Topf mit Erde gelegte Samen in ein feuchtes Warmhaus gebracht, der Erde ein besonderer Stoff beigemischt wird, also die Beschaffung der Feuchtigkeit, des Bodens auch als Ursache. Noch weniger ist jene Unterscheidung aber für das Recht zu verwerten. Das Setzen von Bedingungen kommt hinaus auf das, was die Naturforscher Auslösung von Kräften nennen. Man löst die Kraft des Pulvers aus, indem man das Pulver entzündet. Dennoch ist diese Betrachtung ungenau. Die in dem Funken enthaltene Kraft wirkt bei der Explosion mit, sie erregt einige Pulverteilchen, und diese Erregung teilt sich schnell der ganze Masse mit. Ohne eine die Entzündung erregende Kraft hätte das Pulver auch keine Explosionskraft. Fände Pulver sich überall in beliebigen Massen, und wäre das Feuer schwer zu beschaffen, so würden wir die Kraft der Explosion der Zündmasse und nicht dem Pulver zuschreiben. Im praktischen Leben aber verschwindet die Grenze zwischen treibender Kraft und Auslösung von Bedingungen völlig; höchstens könnte man die unmittelbare Körperbewegung

des Handelnden als Ursache bezeichnen; alles Weitere wäre Bedingungsetzen. Wer einen Schuß abfeuert, eine Zündmasse anzündet, wäre nicht Ursache der Tötung, wenn der Schuß tötet, der Brand entsteht.<sup>29a)</sup>

Treffend erkannt hat aber *Kohler*, daß die Kausalfrage sich nicht völlig, wie eine weit verbreitete,<sup>30)</sup> doch unzutreffende Betrachtung annimmt, von der Schuldfrage trennen läßt, und außerdem scheint die Basis, von der *Kohler* ausgeht, geeignet, die Folgen mancher zivilrechtlichen Bestimmungen, so z. B. der besonderen Bestimmung des BGB. über die Haftung des Tierhalters auf ein erträglicheres Maß zu beschränken, wie denn *Kohler* selbst namentlich Gewicht auf die Bedeutung seiner Ansicht für das Zivilrecht legt.

§ 83. Verwandt mit der Theorie *Kohlers* ist *A. Horns* Auffassung, der ebenfalls zwischen Ursache und Bedingung in der Art unterscheidet, daß Ursache nur in einer „aktuellen Bewegung“ zu suchen sei, Dinge, die im Zustande der Ruhe sich befinden, dagegen nur Bedingungen darstellen. Aber einerseits soll die zur Ruhe gekommene Bewegung doch wieder Ursache werden, wenn eine gleichgeartete Bewegung ihr nachfolgt, und andererseits soll auch durch das disponierende Eingreifen der Psyche (durch den Willen einer Person) eine bloße Bedingung zu einer ursächlich wirkenden werden können. So ist nicht das Tier, welches einem heranbrausenden Eisenbahnzuge entgegenreißt, Ursache seiner Zermalmung (S. 338), wohl aber ein zu rechnungsfähiger Mensch, der sich in selbstmörderischer Absicht hinlegt, und er ist Mörder, wenn er in Mordabsicht einen Andern gebunden auf die Schienen bringt (S. 352); er ist aber

<sup>29a)</sup> GArch. 51 S. 330. „Wer die Entzündung durch Zutritt von Luft auf die glühenden Zündmassen erregt, der setzt die Ursache, nicht die Bedingung des Brandes; die bloße Bedingung setzt er, wenn er einen Gegenstand in die Nähe des zerstörenden Elementes bringt und damit die Kausalität schafft, unter der dies wirken kann.“ Sollte aber nicht jedermann die Dienstmagd als Urheberin eines Brandes ansehen, der dadurch entsteht, daß sie einen leicht brennenden Kleiderstoff in der Nähe eines überheizten Ofens aufhängt? Ist das nicht ebenso zu beurteilen, als wenn sie erst den Kleiderstoff aufhängt und dann den Ofen zum Glühen bringt?

<sup>30)</sup> *Kohler* ist freilich der Ansicht, daß seine Theorie die Schuldfrage nur in die Urheberschaft, nicht in die Kausalität hineinbringe. Man hat aber beides bis jetzt immer als identisch betrachtet, und *Kohler* hätte vielleicht wenig Grund, diese Identität zu bezweifeln, da er sogar (Studien I S. 106) die Anstiftung nach den Regeln des Kausalnexus beurteilt und somit (vgl. S. 114 unten) den Anstifter als Urheber (S. 107) betrachtet.

auch fahrlässiger Urheber, wenn er fahrlässig Gift stehen läßt, von dem ein Anderer, ohne die Eigenschaft des Stoffes zu kennen, genießt. Man bemerkt, daß diese Theorie von einem angeblich richtigen naturwissenschaftlichen und objektiven Standpunkte unvermittelt überspringt auf einen völlig andern Standpunkt, da, wo menschliches Verhalten in Betracht kommt. Es ist noch offener vielleicht als bei *Kohler* das Bekenntnis, daß der eingenommene naturwissenschaftliche Standpunkt nicht ausreichend für die Beurteilung des Kausalzusammenhanges im Recht, und andere Künsteleien verraten,<sup>31)</sup> daß selbst da, wo ein Eingreifen menschlicher Tätigkeit nicht angenommen wird, die unrichtig beschränkte Auffassung der Kausalität unhaltbar ist.<sup>32)</sup>

§ 84. Die Theorie *R. Horns*, die das Wort „Veränderung“ an die Stelle des Wortes Bewegung setzt und als Ursache nur aktiv ändernde Kräfte, als Bedingungen aber nur passive Positionen, mußte ebenso scheitern wie die Theorie *A. Horns*; denn es gibt selbst in der leblosen Natur keine rein passive Positionen. Der dem Eisenbahnzuge im Wege liegende Stein ist nicht rein passiv; er entwickelt Widerstandskraft infolge seiner Schwere und ist deshalb ebenso Ursache einer Zertrümmerung der Lokomotive, wie die bewegende Kraft des Dampfes. Aber (S. 46) für das, wie *Horn* sagt, einem naiven Realismus huldigende Strafrecht, bleibt es sich gleich, ob menschliche Tätigkeit als Ursache oder als Bedingung im philosophischen Sinne anzusehen sei; denn die menschliche Handlung wirkt nie isoliert, sondern findet sich immer unter einem Komplex von zusammentreffenden oder nacheinander mitwirkenden Faktoren. Damit ist *Horn*, wie *Träger* richtig bemerkt, bei der Theorie

<sup>31)</sup> So z. B. (S. 346) wenn gesagt wird, daß eine zur Ruhe gelangte Bewegung — die also als Bewegung nicht mehr existiert — doch Ursache werden könne, wenn ihr eine gleich geartete Bewegung folge: eine Reihe von Windstößen hat die Wurzeln eines Baumes gelockert, ein letzter Windstoß, der mit den früheren nicht in Kausalzusammenhang steht, wirft den Baum um. Die früheren Windstöße sollen hiernach Ursache sein. Dagegen soll nach S. 347, wenn jemand nach einer Vergiftung zwar gerettet ist, indes noch in einem Schwächezustand sich befindet, nun aber infolge einer neuen von einem Andern vorgenommenen Gesundheitsschädigung stirbt, nur dieser letztere den tödlichen Ausweg verursacht haben, weil es sich nicht um eine bloße Summierung zahlreich getrennter Aktionen (wie bei den Windstößen) handelt. Aber eine Summierung, also eine Verantwortlichkeit beider Personen tritt ein, wenn A den C sechs Tage, B aber den C einen Tag hungern läßt, und C durch Hunger stirbt.

<sup>32)</sup> Vgl. gegen *A. Horn*: v. *Buri* GS. 56 S. 449; *Huther* GS. 57 S. 241 ff.; *Träger* S. 102 ff.

*Buris* angelangt. Aber zu dem gesunden Realismus passen nicht alle Konsequenzen dieser letzten Theorie. Da bietet denn *Birkmeyers* Auswahl der wirksamsten Bedingungen die *Horn* als die glänzendste Leistung auf dem schwierigen Gebiete der Kausalität erscheint, eine gute Hilfe. Unvermittelt bekennt sich daher *Horn* zu dieser Theorie (S. 66), und wirklich läßt sich damit in gewissem Umfange, wenn man ein gesundes Rechtsgefühl hat, zu recht einleuchtenden Einzelentscheidungen gelangen, wie mehrere von *Horn* entschiedene Beispiele zeigen. Von einer Theorie kann aber bei solchem Verfahren nicht die Rede sein.<sup>33)</sup>

Mit *Kohlers* und A. *Horns* Auffassung der Kausalität hängt die künstliche Theorie *M. E. Mayers* zusammen. Wer eine existente Kraft benutzt, ist kausal, nicht dagegen, wer einer nichtexistenten Ursache Gelegenheit gibt, einen Erfolg herbeizuführen; im letzten Falle setzt der Handelnde nur eine Bedingung. Aber das Strafrecht berücksichtigt auch das Setzen einer Bedingung, die entweder selbst für den Erfolg kausal ist oder mit der (unmittelbaren) Ursache potentiell oder teleologisch eine Generation bildet (S. 73).<sup>34)</sup> Dagegen macht das Setzen einer Bedingung für eine nicht existente Kraft (vgl. bes. S. 78) nicht verantwortlich.<sup>35)</sup>

33) Vgl. über die Unhaltbarkeit der Theorie *R. Horns* (richtiger die Nichtexistenz irgend einer Theorie dieses Autors): *Finger* GS. 225; *Huther* GS. 52 S. 241 ff.; *Hartmann* S. 34 ff.; *Träger* S. 105 ff. Diese Kritiken machen noch auf andere Unrichtigkeiten der *Hornschen* Ausführungen aufmerksam.

34) 1. Ich sperre einen Menschen in einen Löwenkäfig. Der Mensch wird durch den Biß des Löwen getötet. 2. Ich lasse eine brennende Laterne in leicht zu erschütternder Lage in einer Scheune zurück. Die Laterne wird umgeworfen; die Scheune gerät in Brand. 3. Ich binde einen Menschen auf einem sinkenden Schiff fest, d. h. ich bediene mich der im Wasser wirkenden Schwerkraft, um den Menschen zu töten.“ Diese Beispiele zeigen (vgl. *Mayer* S. 84), daß die Einteilung unhaltbar ist. Die Verantwortlichkeit soll unter 1. und 2. auf einem objektiven Verhältnis der Kräfte beruhen, unter 3. auf der Absicht des Handelnden. Aber bei ungekünstelter Auffassung ist in den angeführten Beispielen ein juristischer Unterschied gar nicht zu finden, um so weniger, als sogar Nr. 3 sich als Fall der Fahrlässigkeit denken läßt, z. B. wenn A den B aus Scherz festbindet, ohne daran zu denken, daß das Schiff zu sinken in Gefahr ist. Im Falle 1 könnte sogar die Verantwortlichkeit ausgeschlossen sein, wenn ich nicht weiß, daß der nachher vom Löwen Getötete sich selbst in den Käfig begeben hat.

35) Wer den Knecht während eines Gewitters aussendet, soll nicht kausal sein dafür, daß der Knecht vom Blitz erschlagen wird (S. 76 ff.). S. 84 heißt es dann wieder, dagegen werde das Setzen einer Bedingung des Erfolges nicht berücksichtigt, wenn die Bedingung einzig die Bedeutung hat, daß sie das Wesen, auf das gewirkt werden soll, zeitlich und räumlich der wirkenden Kraft ausliefert. (Das wird auf den Blitz bezogen, kann aber ebensogut, wie *Appellius* bemerkt, auf den Löwenkäfig bezogen werden.)

Nicht existente Kräfte aber gibt es nicht; es gibt nur Kräfte, die sich augenblicklich noch nicht äußern, oder deren Wirksamkeit wir nicht wahrnehmen, und auf dieses Nichtwahrnehmen oder Nichtvorhersehen kommt tatsächlich bei *Mayer* die Unterscheidung hinaus. Für Wirkungen, die man nicht vorhersehen kann, ist man nicht kausal. Es ist also *Mayers* Theorie, wie *Träger* bemerkt, im Grunde diejenige Theorie, die wir später als die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges in Betracht ziehen werden, nur in einer künstlichen und an sich unhaltbaren, daher irreführenden Einkleidung, die allerdings manchen richtigen kritischen Bemerkungen in der Schrift *Mayers* noch Raum gelassen hat.

§ 85. Ein genaueres Eingehen auf die sehr weitläufig von ihrem Urheber dargelegte Theorie *Huthers* erübrigt sich hier. Ausgehend von der unfaßbaren Unterscheidung des Verursachens — Verursachen im eigentlichem Sinne, Veranlassen und Ermöglichen — erklärt *Huther* später selbst (*Zeitschr.* 17, S. 226 diese Unterscheidung für gleichgültig und somit seine Theorie eigentlich für ergebnislos, wie das auch von anderen geschehen ist,<sup>36)</sup> die zugleich mit Recht hervorgehoben haben, daß da, wo die Theorie die Probe bestehen soll, die Entscheidungen *Huthers* unrichtig sind.

Ergebnislos ist auch die von *Müller*<sup>36a)</sup> aufgestellte Theorie. *Müller* unterscheidet verursachende und nur mitwirkende Faktoren, welche letztere im einzelnen Falle „ersetzbar“ sind. Es liegt aber auf der Hand, daß ein ersetzbarer<sup>36b)</sup> Faktor nicht dieser Eigenschaften wegen aufhört, für den Eintritt des Erfolges mitwirksam zu sein, die Korrektur also, die *Müller* in seiner schwer verständlichen und verworrenen Abhandlung an der im übrigen tatsächlich von ihm vertretenen Theorie der *Conditio sine qua non* vornehmen will — um einige auffallende Konsequenzen dieser Theorie zu vermeiden — wird als verfehlt bezeichnet werden müssen.<sup>36c)</sup>

<sup>36)</sup> *Hartmann* S. 30ff.; *Träger* S. 108.

<sup>36a)</sup> Über *Müller* vgl. auch *Huther*, *Zeitschr.* 17 S. 175 ff.; *Buri* GS. 51 S. 62 ff.

<sup>36b)</sup> Es wird hier verwechselt das Ersetzbare mit dem selbstverständlich Vorhandenen oder als selbstverständlich vorhanden Vorausgesetzten. Was stets vorhanden ist oder vorhanden und mitwirkend scheint, wird der praktisch-empirischen Betrachtung oft nicht als Ursache gelten.

<sup>36c)</sup> Vgl. *Träger* S. 108 und die früheren Kritiken über *Müller*; *Buri* GS. 51 S. 62 ff.; v. *Hippel* *Zeitschr.* 16 S. 614; *Huther* das. 17 S. 175 ff.

§ 86. In meiner 1871 erschienenen Schrift ging ich von der Ansicht aus, daß die Unterscheidung einer Ursache in der Gesamtheit der Bedingungen einer Erscheinung zunächst von dem Zwecke abhängt, von dem der Betrachtende ausgeht; so wollte ich einen Kausalzusammenhang im Sinne des Rechts, bei dem es nur auf das Herausgreifen menschlicher Verantwortlichkeit ankomme, unterscheiden von dem Kausalzusammenhange im natürlichen Sinne.<sup>37)</sup> *Birkmeyer* meinte, eine hierauf gegründete Theorie werde „tödlich getroffen“ durch die von *Buri* gemachte Bemerkung, daß man einen Kausalzusammenhang nie juristisch oder moralisch untersuchen könne. So glatt und einfach aber gelingt die Widerlegung doch nicht.<sup>37a)</sup> Einerseits versteht es sich von selbst, daß es lächerlich sein würde, eine juristische Untersuchung auf Naturgewalten zu erstrecken, die der Einwirkung der Menschen überhaupt oder des in Betracht kommenden Menschen zweifellos entzogen sind, oder auch ohne weiteres als mitwirkend bei der menschlichen Tätigkeit gelten müssen. Andererseits, und das ist die Hauptsache, ist es doch denkbar, und wie unten gezeigt werden soll, richtig, daß das Recht gewisse Kausalzusammenhänge, die im natürlichen Sinne vorhanden sind, nicht beachtet, daß sie im rechtlichen Sinne also nicht vorhanden sind, daß mithin der Kausalzusammenhang im rechtlichen Sinne als verschieden betrachtet werden kann von dem Kausalzusammenhange im natürlichen Sinne. Und schließlich behandelt *Birkmeyer* selbst das seiner Ansicht nach „tödlich getroffene“ unrichtige Prinzip als maßgebend, da er unter den Antezedentien oder Bedingungen eines Ereignisses

---

37) Daß der Zweck der Untersuchung zunächst darüber entscheidet, welche von den Bedingungen eines Ereignisses möglicherweise als Ursache zu bezeichnen sei, wird allerdings von den Anhängern der *Burischen* Theorie und manchen anderen gelegentlich, ist aber gleichwohl unbestreitbar und neuerdings auch mehrfach anerkannt. Physikalisch betrachtet, ist die Schwerkraft Ursache, wenn ein ungenügend fundiertes Mauerwerk einstürzt, juristisch erscheint als Ursache die fehlerhafte Tätigkeit des Mauermeisters, welcher das Fundament legen ließ. (Vgl. jetzt *Labowsky*, Eigenes Verschulden bei Schadensersatzansprüchen S. 5.) Eine Antwort auf die Frage nach der Ursache einer Erscheinung erscheint läppisch oder als Spott, wenn der Zweck der Frage verkannt wird.

37a) Vgl. *Perroni-Ferranti*, der S. 23, freilich etwas zu stark sich ausdrückend, bemerkt: «*le obisomi fatti parmi che sappiano più del sofisma che di argomenti calanti*» und S. 25 «*ritengo che la teoria del Bar severata da qualche formola abbastanza involuta sia l'unica sostenibile e l'unica che conduca a conseguenze accordantisi col senso retto.*»

die überwiegende als Ursache bezeichnet. Das hat nur Sinn, wenn man rechtlichen und natürlichen Kausalzusammenhang unterscheidet. Oder sprechen die Untersuchungen der exakten Naturwissenschaften auch von „vorwiegenden Ursachen“, wenn sie die Wirkungen einer Kraft auf die andere, eines chemischen Reagens auf das andere feststellen?

Indes sind die wesentlichen Sätze meiner in jener Schrift dargelegten Theorie auch ohne die Annahme eines „rechtlichen Kausalzusammenhanges“ zu begründen. Der Wortstreit trifft die Sache nicht. Ich hatte ferner gesagt, ein Mensch könne insofern als Ursache einer Erscheinung betrachtet werden, als wir ihn uns denken als diejenige Bedingung, die den sonst als regelmäßig gedachten Verlauf der Erscheinungen zu einem anderen gestalte (zu dem Erfolge, um den es sich im einzelnen Falle handelt). Der Satz entspricht einem Gesetze unseres Denkens. Wenn wir etwas als Ursache bezeichnen, so gehen wir von der Anschauung aus, ohne jenes Etwas würde eine in Betracht kommende Änderung in den Verhältnissen, die wir gerade vor Augen haben, nicht eingetreten sein; es würde alles im normalen, regelmäßigen Gange geblieben sein. Wenn wir sagen „A hat den B getötet“, so nehmen wir an, daß B, wenn nicht A ihn z. B. mit einem Messer gestochen oder mit einem Schusse getroffen hätte, noch länger gelebt haben würde; genau oder absolut wissen wir das zwar nicht; denn irgendeine uns gerade wegen der Tat des A unbekannt gebliebene andere Ursache, z. B. eine Lähmung innerer Organe, könnte ja dem Leben des B auch in dem fraglichen Augenblicke ein Ende bereitet haben; aber es entspricht unserer Anschauung nach doch dem regelmäßigen Gange der Dinge. Der Einwand, nach jener meiner Theorie könne nur etwas dem regelmäßigen Gange der Dinge Widersprechendes Ursache sein, was denn doch widersinnig sei,<sup>38)</sup> trifft also nicht zu; es war damit nur gesagt, daß unsere Betrachtungsweise, indem sie eine bestimmte Bedingung oder Voraussetzung als Ursache bezeichnet, ihr damit einen besonderen Platz anweise. Dies schließt aber nicht aus,

<sup>38)</sup> So auch *Merkel*, Lehrb. S. 106, und *Thon*, Festrede S. 10, der, ohne es zu bemerken, dem Prinzip meiner Theorie zustimmt; denn „Regel“ im Sinne meiner Theorie und Wahrscheinlichkeit ist wohl kaum etwas verschiedenes. Den Einwand wiederholt neuerdings auch *Bierling* S. 72.



daß diese Betrachtungsweise nicht auch auf eine Unzahl von gleichartigen Fällen anzuwenden sei, und bezogen auf diese große Zahl erscheint dann die besondere Bedingung oder Voraussetzung als Regel. Wenn man sagt, ein bestimmter bejahrter Mann sei an einer heftigen Erkältung gestorben, so bezeichnet man diese Erkältung als einen besonderen, das als regelmäßig angenommene Wohlbefinden regelwidrig unterbrechenden Zustand; das schließt aber den andern Satz nicht aus, daß bejahrte Leute regelmäßig zur Winterszeit von heftigen Erkältungen befallen werden. Man vergißt bei Erhebung jenes Einwandes, daß die Untersuchung eines Kausalzusammenhanges für juristische Zwecke, seltene Ausnahmefälle abgerechnet,<sup>38a)</sup> eine sozusagen pathologische ist. Man untersucht den Ursprung eines Schadens, der normaler Weise nicht eintreten sollte.<sup>38b)</sup> Bleibt alles im normalen Gange, so wird man sich vom Standpunkte des Rechts aus um die Frage, ob Y mit X im Kausalzusammenhange stehe, nicht kümmern.

Ich hatte jenen Satz zur Ableitung des Folgesatzes benutzt, daß man im allgemeinen für die regelmäßigen Folgen seines Handelns hafte, aber der Regel nach nur für diese, daß also, was aus diesem Satze sich von selbst ergibt, wir nicht haften für einen Erfolg, der nur durch ein Eingreifen eines nicht als regelmäßige Konsequenz unseres konkreten Handelns zu betrachtenden Ereignisses herbeigeführt werde.

Ferner hatte ich aus jenem Satze abgeleitet, daß, da ein der Rechtsvorschrift entsprechendes Verhalten vom Rechte als Regel betrachtet werde, ein solches Verhalten rechtlich nicht als Ursache eines etwa eingetretenen Schadens betrachtet werden könne. Dasselbe sollte dann auch gelten, wenn und insoweit jemand nur das getan hätte, was in diesem Sinne der „Regel des Lebens“

---

<sup>38a)</sup> Ein derartiger Fall ist es, wenn jemand einen Lohn (z. B. auf Grund öffentlicher Auslobung) zu fordern hat, falls er einen bestimmten Erfolg herbeiführt oder bewirkt.

<sup>38b)</sup> Vgl. darüber, daß der Zweck der Untersuchung für das Kausalmoment in dem praktischen Kausalurteil maßgebend ist, insbes. *Berolsheimer* S. 240. — Der wissenschaftliche Begriff der Ursache, wie ihn *St. Mill* aufgestellt hat (*System der deduktiven und induktiven Logik*, übers. von *Schiel* 1862, 1 S. 393) — *Berolsheimer* nennt ihn den chaotischen Ursachenbegriff —, hat nur insofern Wert, als er darauf aufmerksam macht, daß eine bestimmte Erscheinung immer das Produkt unendlich vieler anderer Erscheinungen ist, von denen wir nach unseren Zwecken die eine oder andere hervorheben.

entspricht; ich hatte mich in dieser Hinsicht auch auf den Begriff des »*diligens paterfamilias*« des römischen Rechts berufen.

Diese Sätze, die zur Entscheidung einzelner, insbesondere auch in den römischen Quellen behandelter Fälle, benutzt wurden, aber allerdings einerseits in der Art und Weise ihrer Begründung und Fassung zu einzelnen Mißverständnissen Anlaß geben konnten, und andererseits in einigen wichtigen Konsequenzen der Modifikation — wie ich anzuerkennen keinen Anstand nehme — bedurften, erfuhren in der deutschen Literatur heftige Angriffe.<sup>38c)</sup>

Abgesehen von den bereits erwähnten Einwendungen, wurde die Regel des Lebens als unhaltbarer oder verwirrender Begriff charakterisiert.

Anders als die strafrechtliche deutsche Literatur<sup>38d)</sup> stellte sich, verschiedenen Autoren unerwartet und nach ihrer Ansicht unaufgeklärt, die Praxis der Zivilsenate des Reichsgerichts, da sie, ebenso wie ich, eine natürliche Kausalität und eine solche (mehr beschränkte) im rechtlichen Sinne unterscheidend,<sup>39)</sup> im Prinzip als durch eine Handlung (ein Ereignis) verursacht nur das ansah, was nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge als Folge der Handlung (des Ereignisses) eintrat;<sup>39a)</sup> ja, eben diese Praxis nahm, in Übereinstimmung mit meiner Ausführung, zum weiteren Erstaunen meiner Gegner, sogar an, daß durch späteres Eingreifen der Handlung eines andern der Kausalzusammenhang zwischen einer ersten schuldhaften Handlung und dem später eingetretenen Schaden aufgehoben, unterbrochen werden könne, namentlich auch durch eigenes Verschulden des Verletzten.<sup>40)</sup>

§ 87. Dann aber stellte (1886) *J. v. Kries*, ausgehend von der Betrachtung der Wahrscheinlichkeit, die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges auf. Wie er selbst

<sup>38c)</sup> Vgl. die auf Mißverständnissen beruhende Polemik *Bindings*, Normen, 2. Aufl. I S. 112 ff.

<sup>38d)</sup> *Janka* sagte z. B. Zeitschr. 9 S. 514 einfach: „Die Auffassungsweise v. *Bars* kann als widerlegt angesehen werden.“

<sup>39)</sup> RG. 11./7. 83 E. C. 10 Nr. 13, bes. S. 51: I 30./5. 88 E. C. 21 Nr. 24, bes. S. 147.

<sup>39a)</sup> Vgl. z. B. III 27./2. *Bolse*, Praxis des RG. in Zivilsachen 1 Nr. 352. III 13./11. 85. *Bolse* 2 Nr. 408. III 9./2. 86. *Bolse* 2 Nr. 402.

<sup>40)</sup> II 11./5. 86. *Bolse* 3 Nr. 747. III 16./6. *Bolse* 2 Nr. 402 (vgl. auch I 26./3. 87. *Bolse* 4 Nr. 242; aus späterer Zeit 29./12. 94. *Bolse* 19 Nr. 155).

hervorhob, waren es „dieselben Gedanken“, die meiner Theorie des Kausalzusammenhanges zugrunde lagen, nur so modifiziert, daß der Widerspruch mit einer strengen Kausalitätstheorie, welchen man meiner Theorie wiederholt vorgeworfen hatte, vermieden sei.<sup>41)</sup> Kausal im rechtlichen Sinne soll nach *Kries* ein Verhalten eines Menschen alsdann sein, wenn es einen Erfolg herbeiführt, der sich wesentlich unterscheidet von demjenigen, was ohne jenes Verhalten eingetreten wäre, und wenn es im allgemeinen die Tendenz hat (eine gewisse nicht zu entfernte Möglichkeit mit ihm verbunden ist), jenen Erfolg herbeizuführen. Dabei kommen in Betracht die Umstände, welche man im allgemeinen kennen muß, wie diejenigen, welche der Handelnde speziell kennt. Jede überhaupt im menschlichen Leben zu berücksichtigende Möglichkeit genügt aber für den Kausalzusammenhang, wenn der Handelnde den fraglichen Erfolg erwartete (hier war seine Vorstellung richtig, ebenfalls dem Erfolge adäquat), obwohl vom Standpunkte des allgemeinen Wissens diese Eigenschaft seines Verhaltens nicht erkennbar war.

*Kries* gelangt von diesem Standpunkte aus wesentlich zu denselben Entscheidungen, welche ich in meiner Untersuchung gegeben habe, namentlich in den Fällen der sog. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch eine unerwartete Tätigkeit eines anderen. (Vgl. z. B. S. 232.)

Aber er protestiert gegen die seiner Ansicht nach in meiner Untersuchung begangenen Fehler der Verquickung von Schuld und Kausalzusammenhang und glaubt seinerseits diese Fehler vermieden zu haben.<sup>41a)</sup> Dies ist jedoch, wie man sieht, nicht der Fall, da das Vorhersehen-Müssen und Vorhersehen-Können das gewöhnliche Urteil über die Fahrlässigkeit darstellt, und der gesamte Kausalzusammenhang in rechtlicher Beziehung von dem physikalischen nur psychologisch abgegrenzt werden kann. Worin eigentlich der Fremd-Ausdruck „adäquat“ sich von dem Begriffe des „Regelmäßigen oder Gewöhnlichen“ unterscheiden soll, ist kaum recht erfindlich.<sup>42)</sup> Man kann freilich

<sup>41)</sup> v. *Kries* a. a. O. S. 240.

<sup>41a)</sup> *Träger* S. 134 erkennt den gegen *Kries* anderweit erhobenen Vorwurf der vollständigen Identifikation von Verursachung und Schuld insoweit an, als *Kries* beides doch nicht gehörig auseinander halte.

<sup>42)</sup> Von adäquat im eigentlichen Sinne könnte man nur reden, wenn entweder der Erfolg der Ursache qualitativ gleich oder in der Quantität proportional

sagen, da das Wort „adäquat“ ein Fremdwort ist, so verbindet sich damit leicht eine größere Unbestimmtheit, und diese macht die Sache einleuchtender; denn je unbestimmter ein Ausdruck ist, um so mehr kann jeder sich dasjenige darunter denken, was ihm gefällt.<sup>43)</sup>

§ 88. Eine Reihe feiner und zutreffender philosophischer Bemerkungen über die Art und Weise, in der das Kausalitätsurteil sich bildet, und die zugleich von tieferer Betrachtung ausgehende Kritik der scheinbar so einfachen, man möchte sagen handfesten, Ansicht *v. Buris*, wie der unbestimmten Theorie *Birkmeyers* veranlaßten auch *Adolf Merkel*,<sup>44)</sup> ebenfalls nicht alle Bedingungen im juristischen Sinne als kausal zu betrachten, vielmehr nur solche Bedingungen als kausal gelten zu lassen, die generell den eingetretenen Erfolg herbeizuführen geeignet sind: was nur infolge singulärer Verkettung mit einer Handlung zusammenhängt, dürfe als durch diese verursacht nicht angesehen werden.

Eine bloße Abschwächung der Forderung des adäquaten Kausalzusammenhanges und somit eine Annäherung an die Lehre *v. Buris* ist es, wenn *Hass* nur eine „sehr beschränkte Generalisierung des Einzelfalles“ zulassen und als inadäquat einen Kausalzusammenhang nur dann betrachten will, wenn in Fällen, die dem konkretem Falle in allen Einzelheiten gleichen oder doch im wesentlichen gleichen, der *in concreto* eingetretene Erfolg nicht oder nur verschwindend selten eintritt.

Kaum verschieden ist auch die fast nur angedeutete Theorie *Thoms*, der, zurückgehend von dem in Frage stehenden Ereignisse (nach einem von *Liszt* geprägten Ausdrucke „die nachträgliche Prognose stellend“), mit Überspringung der selbstverständlichen<sup>45)</sup> Bedingungen, diejenige Bedingung als Ursache auffaßt, welche die Wahrscheinlichkeit des späteren Ereignisses bereits in sich schließt, eine Wahrscheinlichkeit, die aber ergänzt (richtiger ausgedrückt: ersetzt) wird durch die mit Erfolg ge-

wäre. Neuerdings bedient man sich häufig auch des Ausdrucks „typischer Zusammenhang“ (vgl. z. B. *Liepmann* GArch. 52 S. 335.) Ein typischer Zusammenhang einer Tätigkeit mit einem Erfolge dürfte aber genau dasselbe bedeuten wie ein regelmäßig vorhandener Zusammenhang.

<sup>43)</sup> Vgl. auch *Radbruch* S. 77 ff.

<sup>44)</sup> Lehrbuch S. 96 ff.

<sup>45)</sup> Das Selbstverständliche ist wohl kaum verschieden von dem, was der Regel nach vorhanden ist.

krönte Berechnung des Täters. Als wahrscheinlich gilt, da die nachträgliche Prognose entscheiden soll, das, was später der Richter als solches ansieht, aber auch das, was der Handelnde als solches richtig erkennt. Dies ergibt sich wenigstens aus dem, was über den berechneten Erfolg gesagt ist.<sup>46)</sup>

§ 89. Genauer und scharfsinnig ist die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges begründet und im einzelnen durchgeführt worden von *Rümelin*. *Rümelin* will augenscheinlich den Fehler vermeiden, den man bei *Kries* gerügt hat, die Schuldfrage und die Kausalfrage zu vermengen. Es soll daher zunächst ein objektiver Standpunkt entscheiden. Kausalzusammenhang wird angenommen, wenn die zur Zeit der Handlung objektiv (vgl. bes. S. 84), d. h. von dem erfahrensten und vorsichtigsten Menschen erkennbaren, mit Einschluß der vom Handelnden selbst erkannten und in ihrer wahrscheinlichen Wirkung von ihm richtig gewürdigten Bedingungen, sowie der nur *ex post* erkannten Bedingungen die Adäquanz herstellen. Bei diesem weiten Umfange der zu berücksichtigenden Bedingungen kommt man aber dazu, fast alle *in concreto* vorhandenen Dinge zu berücksichtigen, und dann ist in fast jedem Falle Adäquanz vorhanden: d. h., wie schon von *Radbruch* (S. 26) bemerkt worden ist, man kehrt unbewußt im praktischen Resultate zu der Theorie der

<sup>46)</sup> An die Stelle der selbstverständlichen Bedingungen setzt *Hess* die unabänderbaren Bedingungen. Abänderbar ist ihm nur, was für einen freien Menschen auch anders möglich ist; und frei ist nur der Zurechnungsfähige, der nicht im unfreien Zustande, wie in Notwehr, Notstand, handelt. Unabänderbar sind Naturereignisse, Tätigkeiten von Tieren, Zurechnungsunfähigen. Das Urteil, daß jemand anders hätte handeln können, ist aber nach *Hess* zugleich ein Urteil, daß jemand anders hätte handeln müssen, also ein ethisches Geschmacksurteil, und so verflüchtigt sich das Urteil über den Kausalzusammenhang, soweit menschliche Handlungen in Betracht kommen, in ein ethisches Geschmacksurteil, das subjektiv und wechselnd ist. Es gibt also keinen Kausalzusammenhang im objektiven Sinne; dieser ist vielmehr ein Märchen. Daß der Standpunkt und Zweck der Untersuchenden — ob Chemiker, Physiker oder Jurist oder Moralist oder Statistiker — über die Frage, was möglicherweise als Ursache zu betrachten sei, zunächst entscheidet, ist richtig, unrichtig aber, daß nun die weitere Untersuchung auf subjektivem Geschmacke beruhe (dann müßte, wie *Appellius*, vgl. kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung der Rechtswissenschaft Bd. 38 S. 451 ff. und 45 S. 105 ff., bemerkt, die Strafjustiz überhaupt aufhören). Die *Hesssche* Lehre paßt auch nur für die Untersuchung, ob das Verhalten eines Menschen kausal sei, während es doch erforderlich ist, auch die Frage zu beantworten, ob z. B. ein anderes Ereignis oder das Verhalten eines Tieres als Ursache eines Schadens zu betrachten ist. Ein richtiges, praktisches Gefühl zeigt allerdings die Konsequenz, daß das Eingreifen einer freien menschlichen Tätigkeit meist den Kausalzusammenhang unterbrechen muß. Vgl. gegen *Hess* auch *Hartmann* § 15 und *Träger* S. 147 ff.

*Conditio sine qua non* *Buris* zurück. Denn andere Bedingungen, die weder der Handelnde kannte, noch erkennen konnte, wenn man bei ihm die möglichst beste Einsicht eines Menschen der heutigen Zivilisation voraussetzt, und die auch der Richter *ex post* nicht erkennen konnte, kennt auch *Buri* praktisch nicht. Bedingungen, die man überhaupt nicht kennt, sind praktisch nicht vorhanden. Und so ergibt sich denn z. B. als Konsequenz (*Rümelin* S. 129): A hat dem B eine Körperverletzung zugefügt; diese Verletzung nötigt den B, einen Eisenbahnzug zu benutzen, der über eine morsche Brücke fährt oder eine Stelle zu passieren hat, an der durch Selbstentzündung eine Mine im Augenblick der Überfahrt explodiert. A wäre, da dieser Umstand doch nachher als Bedingung erkannt wird, wegen Tötung des B verantwortlich; denn daß die Brücke morsch, die Mine gelegt war, bringt die nachträgliche Untersuchung ans Licht.<sup>47)</sup> *Rümelin* sagt sich nun selbst, daß dies Ergebnis nicht haltbar ist. Er beschränkt daher seine Theorie in folgender Weise: sie soll nicht gelten (d. h. adäquater Kausalzusammenhang nicht vorhanden sein), wenn infolge des schuldhaften Verhaltens der Verletzte lediglich räumlich und zeitlich in eine Katastrophe verwickelt wird, deren Bedingungen schon zur Zeit der Tat gegeben waren. „Verwicklungen“ aber, die irgendeinen Einfluß auf den Erfolg haben (eine Katastrophe mit herbeiführen), sind nichts anderes als Bedingungen des Erfolges, und es ist schlechterdings nicht einzusehen, wie der Erfolg, den sie mit herbeiführen, ausgeschaltet, außer Betracht bleiben soll, weil die übrigen Bedingungen mit ihnen „lediglich zeitlich und räumlich in Beziehung stehen sollen“. Letzteres ist unverständlich und erscheint als Verlegenheitssatz, der willkürlich aufgestellt ist, um eine Konsequenz zu beseitigen, nach welcher *Rümelins* Theorie teilweise als unhaltbar sich erweisen würde.

<sup>47)</sup> Es soll anders entschieden werden, wenn die Mine erst nachträglich (d. h. nach der schuldhaften Körperverletzung) gelegt war; denn dann könnte niemand zur Zeit der Körperverletzung diese Tatsache erkennen. Diese Unterscheidung wird schwerlich einleuchten. Und wie, wenn man erfahren würde, daß derjenige, der die Mine legte, damit einige Minuten vor der Tat desjenigen begann, der den A am Körper verletzte, aber erst später damit fertig wurde? *Rümelin* ist zu jener Unterscheidung wohl gekommen, weil nach der L 7 § 5 D 9, 2 die besondere, dem Verletzer nicht bekannte, schwache körperliche Konstitution des Verletzten, welche für dessen Tod entscheidend war, den Verletzer (zivilrechtlich) nicht von der Haftung für den erfolgten Tod befreien soll. Vgl. darüber aber unten Anm. 72 a.

Das so oft als ungenau und unklar bezeichnete, von mir angenommene Prinzip, demzufolge der Kausalzusammenhang im juristischen Sinne außer der Regel liegende Folgen nicht mit umfaßt, führt leichter und einfacher zu der von *Rümelin* erstrebten richtigen Entscheidung. Da es glücklicherweise bei uns außer aller Regel ist, daß Eisenbahnzüge über morsche und zusammenstürzende Brücken oder über explodierende Minen fahren, so ergibt sich ohne weiteres, daß die Verwundung des B mit seinem Tode in unserm Falle nicht im Kausalzusammenhange steht.

Schließlich aber wird die (von anderen verpönte) „Regel des Lebens“ (S. 127, 128) auch von *Rümelin* angerufen, wenn es sich darum handelt, ob eine eingreifende Handlung eines andern, z. B. des Beschädigten selbst, den Kausalzusammenhang unterbrach. Das Handeln eines andern nach der vernünftigen, also erwartungsgemäß innezuhaltenden Regel des Lebens soll in den Kausalzusammenhang eingerechnet werden, also die Verantwortlichkeit nicht aufheben, und umgekehrt.

In anderen Entscheidungen ist die Beweisführung *Rümelins* glücklicher, und ich bin erfreut, seiner Zustimmung längst von mir gehegter Ansichten besonders da zu begegnen, wo *Rümelin* beginnt, den Kausalzusammenhang auch nach ethischen Werturteilen (nach den ethischen Interessen an der Handlung) mit zu bemessen, und wo er ungeachtet des Protestes (S. 41) gegen irgendwelche Verbindung des Schuldmomentes mit dem Kausalzusammenhang anerkennt, daß solche Verbindung doch nicht ganz zu vermeiden sei (S. 144).

§ 90. An Stelle des adäquaten Zusammenhanges setzt *Liepmann*,<sup>47a)</sup> der die von *Kries* gegebene Begründung der alleinigen Berücksichtigung der allgemeinen Bedingungen der Handlungen für eine meisterhafte erklärt, den berechenbaren. Unberechenbare Folgen werden dem rechtlichen Kausalzusammenhang nicht zugerechnet. Der deutsche Ausdruck ist faßlicher als das vieldeutige Fremdwort, obschon er dasselbe bedeuten soll. Aber undeutlich bleibt, ob das Berechenbare im objektiven oder im subjektiven Sinne, d. h. vom Standpunkt des Handelnden aus,

<sup>47a)</sup> In dem soeben in GArch. 52 S. 326 ff. erschienenen, noch unvollendeten Aufsätze bezeichnet *Liepmann* (S. 341) jetzt die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges in ihrer bisherigen Ausgestaltung als unhaltbar. Vgl. darüber unten.

zu bestimmen sei, und unhaltbar ist es, wenn (S. 72) für die Verursachung gefordert wird, daß der Erfolg in berechenbarer Weise notwendig sein müsse. *Ex post* ist der Erfolg *in concreto* immer notwendig, dagegen vom Standpunkte des Handelnden aus, auch wenn man die Kenntnis von Sachverständigen hinzuzieht — und von diesem Standpunkte aus hat das Berechnen nur einen Sinn —, ist der Erfolg nie notwendig. Das wirklich Berechenbare soll zugleich immer in den Kausalzusammenhang einbezogen werden. Dies trifft aber, wie *Träger* (S. 159) hervorhebt, nur für vorsätzliche Erfolge zu, und es geht andererseits wieder zu weit, daß der bloße Vorsatz völlig außer dem Bereiche der Einwirkung des Handelnden liegende Ereignisse mit einer Handlung in Kausalzusammenhang bringen kann; sonst müßte auch der Bauer, der richtig in Berechnung gezogen hat, daß der von ihm in den Wald gesandte Knecht im Gewitter umkomme, wegen Mordes bestraft werden, ebenso derjenige, der einen andern zu einer Reise veranlaßt in der Hoffnung, daß dieser durch ein Eisenbahnglück sein Leben verlieren werde, wenn dieses Ereignis zufällig eintritt.

§ 91. Genauer geht *Träger* vor, wohl erkennend, daß der Begriff „adäquat“ nicht gerade sehr faßlich ist. Eine *Conditio sine qua non* eines bestimmten konkreten Erfolges ist nach *Trägers* (S. 159) Auffassung adäquate Bedingung, wenn sie generell ein den Eintritt des Erfolges begünstigender Umstand ist, d. h. die Möglichkeit des Eintrittes dieses Erfolges in nicht unerheblicher Weise erhöht. Diese Möglichkeit ist zu bemessen nach dem gesamten Erfahrungswissen — auch nach dem, was erst zur Zeit der Aburteilung der Tat vorhanden ist (S. 163) — und nach den Bedingungen (Umständen), welche zur Zeit der Tat dem einsichtigsten Menschen erkennbar waren. Es müssen aber auch berücksichtigt werden die dem Täter außerdem individuell bekannten Umstände. Von den übrigen Bedingungen ist zu abstrahieren. Der sonach anzuerkennende Kausalzusammenhang bezeichnet die weiteste Grenze möglicher Verantwortlichkeit, und insbesondere kann das Erfordernis des Verschuldens diese Verantwortlichkeit beschränken.

Der Begriff des adäquaten Kausalzusammenhanges ist hier richtiger gefaßt als bei *Rümelin*. *Träger* schließt die dem Richter *ex post* erkennbaren tatsächlichen Umstände von der Berück-



sichtigung aus. Gegen *Rümelins* Theorie wurde berechtigter Weise geltend gemacht, daß sie im praktischen Ergebnisse zu der einfachen Theorie der *Conditio sine qua non Buris* zurückgelange. Dies kann bei *Trägers* Fassung des adäquaten Kausalzusammenhanges, weil sie die nur *ex post* erkennbaren Bedingungen nicht berücksichtigt, nicht behauptet werden. Die Fehlerhaftigkeit der Brücke, die gelegte Mine in den oben angeführten Beispielen waren nur *ex post* erkannte und erkennbare Umstände. Die Haftung desjenigen, der den Verletzten zur Reise veranlaßt, ist also ausgeschlossen, ohne daß es der willkürlichen Einschränkung bedarf, welche *Rümelin*, um seine Auffassung zu retten, aufzustellen sich veranlaßt findet.<sup>47b)</sup> Übrigens erstreckt *Träger* den Kausalzusammenhang weiter als in anderen Fällen im Falle eines Dolus (wie auch von mir geschehen) über den Kreis des von ihm anerkannten adäquaten Kausalzusammenhanges hinaus, da hier eine recht entfernte Möglichkeit, die sonst nicht zu berücksichtigen wäre, für den Kausalzusammenhang hinreichen soll, eine (an sich richtige) Entscheidung, welche aber klar beweist, daß die in Übereinstimmung mit der ganz überwiegend herrschenden Meinung von *Träger* (S. 10ff.) vertretene absolute Trennung der Schuld von der Kausalfrage nicht haltbar ist.

§ 92. Während ferner *Litten* und *Rumpf* noch an der Formel des adäquaten Zusammenhanges als dem Zauberwort festhalten, welches das Geheimnis des Kausalzusammenhanges erschließen soll, aber freilich an der weiteren Ausgestaltung und Begrenzung des adäquaten Kausalzusammenhanges, wie sie *Rümelin* angenommen hatte, einiges auszusetzen haben und schließlich mehr und mehr die Frage der Verursachung in Fragen der Auslegung der einzelnen von „verursachen“ redenden gesetzlichen Bestimmungen auflösen, beginnt *Rohland* freier und unbefangener die Lösung des Problems. Er erkennt von vornherein an, daß die praktische Kausallehre sich von der logischen entfernen müsse, daß es dabei auf den Zweck der Untersuchung ankomme, und daß die Unterscheidung von Ursache und Bedingung hier ein Werturteil enthalte. Das Zweckmoment läßt

<sup>47b)</sup> Über die Berücksichtigung einer späteren besseren Erkenntnis der Naturgesetze oder der Ergebnisse allgemeiner Erfahrung (des nomologischen Wissens) vgl. unten.

uns Wesentliches und Unwesentliches in dem Verlaufe<sup>48)</sup> der Dinge unterscheiden. Während im Naturkausalismus ein jedes Geschehene den Tatbestand der Veränderung erfüllt, verwandelt sich unter dem Einfluß des Zweckprinzips der Begriff der Veränderung in den der wesentlichen Veränderung. So stellt beispielsweise das sittlich und rechtlich indifferente Verhalten für die Ethik und das Recht, weil ihr Interessengebiet nicht berührend, gar kein Geschehen dar.<sup>49)</sup> (Vgl. S. 7, 17.) An die Stelle des vieldeutigen Fremdwortes „adäquat“ setzt *Rohland* das deutsche Wort erfahrungsmäßig oder regelmäÙig und daher erwartet, voraussehbar. Zugleich behauptet er (S. 40) die Existenz einer engen Verbindung von Kausalität und Schuld. Diese Verbindung indes ist nicht klargestellt. Es ist zwar richtig, daß das Schuldurteil im Strafrecht zugleich auch die Kausalität feststellt. Aber unrichtig ist, daß, wer in Schuld sei, auch noch für den Zufall hafte, d. h. für eine ganz außergewöhnliche Verkettung der Umstände und deren Einwirkung auf den Erfolg, ein Satz, der (S. 60) auch auf die Fahrlässigkeit bezogen und nicht beschränkt auf den Dolus, alles dasjenige wieder aufhebt, was *Rohland* vorher über die Beschränkung des Kausalzusammenhanges ausgeführt hat. Es steht zwar am Schlusse wieder die Bemerkung, daß die Haftung für den Zufall ihre Grenzen finde in dem Rahmen der Erwartung. Was außerhalb der Erwartung liege, habe auch der schuldhaft Handelnde nicht zu verantworten. Dies aber ist ein neuer Widerspruch; denn der Zufall ist (S. 60) gerade charakterisiert als ein Nichterwartetes. So endigt bedauerlicher Weise die Arbeit *Rohlands*, die m. E. von richtiger Grundlage ausging, in einer Anzahl Widersprüche.<sup>49a) 50)</sup>

<sup>48)</sup> Daß auf den Verlauf des Geschehens, und nicht nur auf den Enderfolg zu sehen ist, wird sich unten ergeben. *Rohland* hat allerdings anscheinend die Bedeutung dieses Unterschiedes nicht erkannt.

<sup>49)</sup> Dies enthält eine gute Widerlegung des meinen Ausführungen gemachten reichlich sophistischen Einwandes, ich kenne nur den regelmäÙigen Gang der Ereignisse unterbrechenden Ursachen und auch nur menschliche Handlungen als Ursachen. Mit Ereignissen, die auf nicht menschliche Handlungen zurückzuführen sind, und mit Handlungen, die gar kein rechtliches Interesse darbieten, kann sich eine strafrechtliche Untersuchung über Kausalzusammenhang doch nicht beschäftigen.

<sup>49a)</sup> Der Behandlung der Kausalität durch Unterlassung von *Rohland* ist dagegen im Prinzip zuzustimmen. Vgl. unten.

<sup>50)</sup> Eigentümlich ist *Thyrens* mehr nur durch Kritik anderer Ansichten angegedutete als ausgeführte Theorie. Der gegenwärtige Zustand aller Weltatome

§ 93. Die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges hat, wie man sieht, in der einen oder anderen Modifikation nicht wenige Vertreter aufzuweisen. Es fehlt aber auch in der neuesten Zeit nicht an prinzipiellen Angriffen. Soweit diese von Anhängern einer der abweichenden, bereits dargestellten Theorien und insbesondere von Vertretern der reinen Bedingungs- theorie ausgehen, werden sie alsbald bei Darlegung meiner gegenwärtigen Ansicht in den Ergebnissen gewürdigt werden. Einen Angriff zugleich mit positiver Aufstellung einer neuen Theorie enthält aber die Schrift *Reinachs*. Sie nimmt als Ausgangspunkt lediglich dasjenige, was die Gesetzgeber unter Ursache verstehen. Ob dies vernünftig oder unvernünftig sei, dem Rechtsgefühl entspreche oder nicht entspreche, erscheint dabei gleichgültig, klar aber, wie *Reinach* meint, daß unser

ist (nach *Thyrèn*) die Ursache aller folgenden Zustände; es bilden sich Abgren- zungen von Atomgruppen, die nun auf das Entstehen gewisser anderer Atom- verbindungen einen vorwiegenden Einfluß ausüben. (Die Atomgruppen-Bedin- gungen sind, was die Entstehung bestimmter anderer Atomgruppen betrifft, nicht gleichwertig.) Jene sind die Ursachen für das Entstehen dieser; es kommt also darauf an, jene Gruppen zu erkennen, wenn man die Ursache eines Ereignisses feststellen will. Das menschliche Erkenntnisvermögen reicht aber nicht sehr weit in dem unendlichen Gewirr der Atomgruppen; man hält sich daher meist an die nächstvorhergehenden; doch kann zuweilen die eigentlich bestimmende Atomgruppe weiter zurückliegen. Dies wird unter Anwendung einer Menge mathematischer Formeln scharfsinnig, aber auch weitläufig ausgeführt. Wenn nun auch zugegeben ist, daß menschliche Handlungen und sonstige Ereignisse des praktischen Lebens als in Bewegung gesetzte, bzw. auch Bewegung bewir- kende Atomgruppen des Weltganzen nach materialistisch-naturwissenschaftlicher Betrachtung aufgefaßt werden können, so fehlt es doch an jeder praktischen Möglichkeit, diese Theorie anzuwenden. Die maßgebenden Atomgruppen — *Thyrèn* unterscheidet dabei (hierin an *Bindings* Ausführungen erinnernd) abhal- tende, indifferente und ein Ereignis befördernde Bedingungen — herauszufinden und algebraisch in Gleichungen zu verwenden, wie *Thyrèn* will, ist einfach un- möglich. Die mathematische Methode, welche freilich diejenigen zu blenden geeignet ist, denen Verständnis für die Grundlage der Mathematik fehlt, versagt hier völlig, da jede mathematische Methode Gleichartigkeit der Faktoren, mit denen sie rechnen will, voraussetzt, diese Gleichartigkeit aber, wie bereits gegen *Birkmeyer* bemerkt wurde, in den vielgestaltigen Voraussetzungen eines bestimmten Erfolges durchaus fehlt, und der Erfolg einer Handlung als Verbrechen betrachtet nie in irgendeiner Summe von Bedingungen besteht. (Der Tod eines Menschen ist nicht Summierung von Schuß oder Messerbewegung und andererseits von menschlichem lebendem Körper.) Des hiernach überflüssigen, weitläufigen mathe- matischen Beiwerkes entkleidet, kommt aber *Thyrèn*'s Theorie heraus auf *Birk- meyer*'s Theorie der wirksamsten Bedingung in Verbindung mit dem alten, an sich freilich beachtenswerten, jedoch nicht absolut durchschlagenden Satze: „*In jure non remota, sed proxima causa spectatur*“, und der Wert der Ausführungen *Thyrèn*'s besteht nur in einer nicht geringen Anzahl scharfsinniger kritischer Bemerkungen über andere Theorien des Kausalzusammenhanges. Vgl. über *Thyrèn* auch *Brünneck* S. 5—26.

Gesetz bei schuldhaften Delikten unter Ursache jede Bedingung eines eintretenden Erfolges, bei den durch einen Erfolg qualifizierten Delikten nur die unmittelbare Bedingung des schweren Erfolges verstehe. Anders dagegen steht es, wie *Reinach* ausführt, mit dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit.<sup>50a)</sup> Der Vorsatz kann nur auf das Wahrscheinliche sich richten, allerdings auch auf das, was der Handelnde für wahrscheinlich hält. Das Problem also, die Beschränkung des Begriffs der Ursache, die für diesen Begriff selbst negiert wird, ist daher auf den Begriff des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit lediglich verschoben. Dabei wird aber den Worten des Gesetzes wie der gewöhnlichen Ausdrucksweise jedenfalls weit mehr Gewalt angetan, als seitens der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges und anderer Theorien geschieht, welche das reine Bedingungsverhältnis für nicht ausreichend erklären. Denn ist auch die Erzeugung durch die Eltern eine Bedingung dafür, daß ihre Kinder Verbrechen zu begehen imstande sind, so wird doch niemand annehmen wollen, der Gesetzgeber habe z. B. mit der Bestimmung „Wer einen Menschen tötet“ auch den Vater des Mörders oder Totschlägers als Ursache der Tötung bezeichnet, aber freilich den Vater des Schuldigen deshalb straffrei gelassen, weil dem Vater ein Vorsatz der Tötung nicht zuzuschreiben sei. Ebenso wird man nicht ohne weiteres den Waffenfabrikanten als Ursache der Tötung des X ansehen können, wenn A mit der gekauften Waffe den X getötet hat. Handgreiflich unrichtig ist es auch, wenn R. zur Stütze seiner Theorie behauptet, man könne Unwahrscheinliches nicht wollen, auf Unwahrscheinliches den Vorsatz nicht erstrecken, während man doch etwas erstreben kann, selbst wenn man weiß, daß die Erreichung des Zieles sehr unwahrscheinlich ist, und man nicht wagt, sie zu erhoffen.<sup>50b)</sup> Die Unterscheidung endlich von unmittelbaren und mittelbaren Bedingungen ist als Prinzip unhaltbar. Sie ist nur abstrahiert von zwei Beispielen (S. 56 ff.). A zündet fahrlässigerweise sein Haus an; B, der sich in dem Hause befindet, ohne daß A es wissen kann,

<sup>50a)</sup> Zu diesen Einschränkungen gelangt *Reinach* durch Benutzung von Beispielen, in denen die Verantwortlichkeit des Handelnden ungeachtet des vorhandenen Bedingungsverhältnisses vom Gesetzgeber nicht gewollt sein könne. M. E. wird hier einfach aus der Vernünftigkeit, bzw. Unvernünftigkeit argumentiert, d. h. aus einem Prinzip, welches R. soeben absolut verworfen hat.

<sup>50b)</sup> Vgl. dagegen auch *Liepmann*, GArch. 52 S. 331.

verbrennt. A hat den Tod des B verursacht und ist nach St.G.B. 309,2 zu verurteilen: unmittelbare Bedingung. Dagegen: A verwundet den B. B wird geheilt, geht sodann zur Erholung an die Riviera und wird hier von der Eisenbahn überfahren und getötet: keine Verurteilung nach St.G.B. § 226 (Körperverletzung mit tödlichem Erfolge), weil die Körperverletzung nur mittelbare Bedingung ist. Aber wenn A unvorsichtig eine giftige Flüssigkeit hingestellt hat, und ein Kind davon trinkt und infolge des Genusses stirbt, wäre A nicht mittelbare Ursache und gleichwohl straffällig? Darüber, daß diese neueste Theorie und der darauf gegründete Angriff gegen die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges mißlungen ist, dürfte ein Zweifel kaum obwalten.

§ 94. Ergebnisse. Während ich früher ausging von dem rechtlich (strafrechtlich oder zivilrechtlich) interessierenden Erfolge und die Frage zu beantworten unternahm, ob der Erfolg auf eine menschliche Handlung als Ursache zurückzuführen sei, lasse ich jetzt als Ursache jede Bedingung eines Ereignisses zunächst gelten, untersuche aber, ausgehend von der menschlichen Handlung, wie weit kann rationeller Weise das Recht einen Menschen verantwortlich machen für die aus seinen Handlungen erwachsenden Folgen? Die Ergebnisse müssen, wenn keine Fehler begangen werden, bei Anwendung der neuen Methode dieselben sein, welche die früher befolgte Methode lieferte. Man könnte geneigt sein, einzuwenden, dies sei nicht mehr Untersuchung über den Kausalzusammenhang, vielmehr Untersuchung zur Auffindung eines gerechten Haftungsprinzips.<sup>50c)</sup> Aber die Frage des Kausalzusammenhanges hat für das Recht nur als Frage der Haftung Bedeutung, und vom positiven Rechte entfernt sich diese Untersuchung deshalb nicht, weil das Recht ausgeht von dem Begriffe der Ursache, wie er im täglichen Leben genommen wird, und weil hier, wie oben bemerkt wurde, einerseits der Zweck der Untersuchung eine Beschränkung des Begriffs der Ursache herbeiführt, und andererseits gewisse Beschränkungen des Begriffs von Ursache und Bewirken notwendig gegeben sind, wenn man nicht dem Gesetzgeber eine Art der Deduktion zuschreiben will, welche unbefangener Betrachtung

<sup>50c)</sup> So freilich jetzt *Liepmann*, GArch. 52 S. 341 ff., der sich hierin, wie es scheint, durch *Reinach* hat täuschen lassen.

ohne weiteres als ausgeschlossen erscheinen muß.<sup>50d)</sup> Dabei ist aber, wie bemerkt, vorauszusetzen, daß für jede Folge, die einem Menschen auf Grund seines Handelns mit auf Rechnung gesetzt werden soll, das Verhältnis der Bedingtheit obwalte. Wir müssen sagen können, wenn A nicht gehandelt hätte, würde sie nicht eingetreten sein. Der Begriff des Handelns macht dabei keine Schwierigkeit; Handlung ist nach außen hervortretender Willensakt oder genauer nur Willensakt; denn ohne irgend welche Äußerung existiert ein rechtlich in Betracht kommender Wille nicht.<sup>50e)</sup> Eine Anzahl äußerer Wirkungen pflegen nun als Kette dem Individuum zur unbedingten Disposition zu stehen; es ist gleichgültig, ob man diese als Handlung selbst mitbezeichnet, oder ob man sie als Folge des Willens bezeichnet, wie dies auch in der Sprache der Rechtswissenschaft wie des Lebens ohne weiteres angenommen wird. Es wird gleichgültig sein, ob man fragt, war die Folge des von A abgefeuerten Schusses der Tod des B, oder ob man fragt, war die Folge einer willkürlichen Muskelkontraktion des A der Tod des B?, wenn unter den bedingten Folgen dieser Muskelkontraktion des A als eine der ersten das Losgehen eines Schusses war.

§ 95. Dagegen kann die Frage, ob jene Bedingtheit obwaltet, unter Umständen nicht völlig zweifelsfrei zu beantworten sein.<sup>51)</sup> Genau genommen, ist die Frage vielleicht nie mit absoluter Sicherheit zu beantworten. Eigentlich wissen wir immer nur, was wirklich ist und war; nicht, was unter anderen Voraussetzungen oder Bedingungen gewesen wäre. Ob B, der von einem unmittelbar tödlichen Schuß getroffen wurde, den

<sup>50d)</sup> Vgl. das zu Anm. 50a gegen *Reinach* Bemerkte.

<sup>50e)</sup> Abgesehen von der Ausnahme bei der sog. Unterlassung.

<sup>51)</sup> Ein derartiger Fall ist von RG. III. 20./12. 86 E. 15 Nr. 47 S. 151 ff. entschieden. Der Angeklagte, ein Apotheker, hatte ein ärztliches, auf eine phosphorhaltige Arznei lautendes Rezept nur auf Verlangen der Mutter eines erkrankten Kindes, nicht des behandelnden Arztes, mehrmals erneut ausgeführt und die Arznei der Mutter des Kindes eingehändigt. Das Kind starb an Phosphorvergiftung. Das Urteil erachtete den Kausalzusammenhang trotz der pflichtwidrigen Anfertigung der Arznei nicht für festgestellt, weil die angewendete Phosphorkur wissenschaftlich nicht unzulässig, vielmehr sachgemäß sei, und besondere Anzeichen, welche den Arzt hätten veranlassen müssen, diese Kur zu unterbrechen, bei dem kranken Kinde nicht hervorgetreten seien. — Andererseits kann der Kurpfuscher deshalb verantwortlich sein, weil er durch seine Tätigkeit den Kranken oder Verletzten abhält, die Hilfe eines Arztes und dadurch die Abwendung eines schlimmen Erfolges zu bewirken. Vgl. *Landau*, Der Kurpfuscher im Lichte der Wahrheit (1901), S. 24, der sich hierfür auf ein Urteil des RG. beruft.

Augenblick, wo ihn die Kugel traf, überlebt haben würde, falls er nicht getroffen wäre, wissen wir eigentlich nicht; es gibt ja merkwürdige, von niemandem im voraus geahnte plötzliche Todesfälle. Aber die höchste Wahrscheinlichkeit steht im praktischen Leben der Gewißheit gleich, und wenn auch alles, was existiert, einer steten Veränderung unterworfen ist, so ist doch eine für uns unmerkliche Veränderung für das praktische Leben tatsächlich keine Veränderung. Wenn also Anzeichen dafür nicht vorliegen, daß eine merkliche, in Betracht kommende Änderung eingetreten sein würde, so nehmen wir das Bedingtheitsverhältnis dann als vorhanden an, wenn die menschliche Handlung erfahrungsmäßig geeignet war, die Folge, um welche es uns zu tun ist — strafrechtlich ist es der Tatbestand des Deliktes —, herbeizuführen. In den meisten Fällen diktiert uns das Gefühl diese Entscheidung mit einer Sicherheit, die anzuzweifeln in der Praxis als Verrücktheit gelten könnte. Aber der Ablauf eines gewissen Zeitraums zwischen Handlung und Erfolg kann schon Zweifel erregen; denn im Verlaufe eines längeren Zeitraumes können unbekannte Dinge leicht eingreifen. Wenn B infolge einer erhaltenen Verwundung nach einer Stunde stirbt, so wird die Frage, ob die Wunde Bedingung des Todes des B war, leicht zu entscheiden sein; stirbt B aber erst nach Ablauf eines Jahres, so wird die Antwort in den bei weitem meisten Fällen nicht so leicht gegeben werden können. Darauf beruht es, daß ältere Rechtsquellen den Kausalzusammenhang (die Verantwortlichkeit) durchweg verneinen, wenn ein längerer Zeitraum zwischen der Handlung und dem Eintritt eines Ereignisses liegt,<sup>52)</sup> das allerdings möglicherweise durch die Handlung bedingt sein kann. Die Fortschritte, welche die Naturwissenschaften inzwischen gemacht haben, mußten solche negativen *Praesumptiones juris et de jure* beseitigen. Aber längerer Zeitablauf ist immerhin ein nicht zu unterschätzendes Gegen-

<sup>52)</sup> Vgl. z. B. *Lex Saxonum* 4 V. — *Ed. Rotharis* 74 a. E. „*Et si contigerit de ipsas plagas intra anni spatium qui plagatus est mori . . .*“ Nach den Rechtsgebr. von Radolphzell sollte bei zugefügten Verwundungen der Täter sechs Wochen drei Tage eingesperrt werden. Starb der Verwundete innerhalb dieser Zeit, so verlor der Täter das Leben, anderenfalls zahlte er nur die Strafe des großen Frevels (*Walchner*, Geschichte der Stadt Radolphzell, S. 71). Auch *Bonifacius de Vitalinis Rubr. Quid sit accusatio* n. 31 erwähnt die Meinung, daß ein Zeitraum von 30 Tagen dafür entscheidend sei, ob eine Wunde den Tod herbeigeführt habe.

Indizium gegen die Annahme des Bedingtheitsverhältnisses. *Thyren* benutzt sogar, was freilich unrichtig ist, den Zeitablauf zwischen einem Ereignis und einem anderen, um eine Antwort auf das Kausalitätsverhältnis in der Theorie zu erhalten.<sup>52a)</sup> *Rümelin* (S. 126) rechnet zu den Fällen mangelnder Bedingtheit auch die Fälle, daß jemand einer Gefahr ausgesetzt wird, der er ohnehin alltäglich begegnen muß, z. B. der Gefahr, in einer verkehrsreichen Stadt überfahren zu werden. Doch läßt sich in vielen derartigen Fällen das Bedingungsverhältnis feststellen. Man wird hier richtiger sagen: die Berücksichtigung der möglichen Folgen der Handlung würde unvernünftig sein. Von diesen Fällen wird erst später zu sprechen sein.

Strafrechtlich jedenfalls ist es ferner zu beachten, daß, wenn es sich um das Leben einer Person handelt, es gerade auf das Eintreten des Todes zu einem bestimmten Zeitpunkt ankommt, daß der Tod zu einem späteren Zeitpunkt doch eingetreten wäre, ist gleichgültig. Der Respekt vor dem menschlichen Leben muß insoweit ein unbedingter sein. Wer den Tod eines tödlich Getroffenen beschleunigte, hat getötet.<sup>53)</sup> Andererseits wird derjenige, der jemanden tödlich verwundet hat, dadurch von der Verantwortlichkeit für Tötung befreit, daß ein anderer eine unmittelbar tötende Handlung an dem Verwundeten vornimmt,<sup>54)</sup> oder doch eine Handlung, welche den Tod beschleunigt, oder daß ein außerordentliches Naturereignis, z. B. ein Blitzschlag, dem Leben ein Ende bereitet. Die erst vorgenommene Handlung hat den Erfolg gar nicht, den sie ohne die zweite gehabt haben könnte; sie wird, wie man sagt, von der zweiten im Erfolge überholt. Man kommt freilich zu abweichenden Entscheidungen, wenn man sich auf Wert-

<sup>52a)</sup> Hier zeigt sich, daß auch die Theorie der *Conditio sine qua non* von der Voraussetzung eines ohne dieselbe stattfindenden „regelmäßigen“ Verlaufes der Dinge ausgeht und ausgehen muß.

<sup>53)</sup> L. 11 § 2 D. 9, 2 u. L. 15 § 1 *cod.* RG. II. 18./19. 88 RS. 10 S. 493 (fahrlässige Tötung durch Kurfuscherei ist auch dann anzunehmen, wenn der Tod des Behandelten unabwendbar war und durch die verkehrte Behandlung nur beschleunigt wurde), RG. II. 20./12. 88 (E. 19 Nr. 39 S. 145). Ebenso *Wharton* I §§ 155, 155a; *Träger* S. 45.

<sup>54)</sup> Zivilrechtlich kann eine andere Entscheidung auch aus dem Grunde richtig sein, daß nach Lage des Falles eine Schadensersatzforderung nur dann begründet ist, wenn ein Schaden zur Zeit der Klage vorhanden ist, oder zu der Zeit, wo eine Verpflichtung erfüllt werden mußte. Der früher vorhanden gewesene Schaden kann später wieder ausgeglichen sein.



beurteilungen einläßt und das Leben des Schwerverwundeten, da es voraussichtlich bald beendet sein muß, als wertlos betrachtet. Aber bei Verbrechen gegen das Leben würde das höchst bedenklich sein; denn abgesehen von der Schwierigkeit, die sichere Grenze der Wertlosigkeit eines Lebens festzustellen, könnte z. B. wer zuletzt zuschlägt und wirklich noch einen Lebensfähigen tötet, sich leicht auf tatsächlichen Irrtum berufen. Dieselbe Entscheidung wird auch bei Delikten gegen die Gesundheit<sup>54a)</sup> überhaupt strafrechtlich richtig sein. Anders steht es nur bei der Sachbeschädigung;<sup>54b)</sup> die völlig wertlose, auch nicht einmal einen Affektionswert besitzende Sache ist nicht mehr Gegenstand des Delikts der Sachbeschädigung. Ebenso ist es möglich, daß ein schädlicher Erfolg deshalb rechtlich nicht in Betracht kommt, weil er nur zu dem Zwecke herbeigeführt wurde, einen noch schädlicheren abzuwenden. So kommt eine ärztliche Operation als Körperverletzung nicht in Betracht, wenn sie den Regeln der ärztlichen Wissenschaft entspricht und mit Zustimmung des Patienten unternommen wird. Dahin gehört aber auch ein von *Rümelin* angeführter, schon oben besprochener Fall. Eine gerechtfertigte Rettungshandlung ist rechtlich keine Verletzung, wenn sie auch äußerlich betrachtet als solche sich darstellt.<sup>55)</sup>

§ 96. Gehen wir bis hierher mit der im Strafrechte herrschenden Ansicht, so trennen sich jetzt die Wege. Wir sagen, der abstrakt oder im philosophischen Sinne vorhandene Kausalzusammenhang ist für das Recht nur im beschränkten Sinne brauchbar, und wir suchen für diese Beschränkung objektiv gültige Normen, wobei wir aber den handelnden Menschen, dessen Kausalität in Betracht kommt, nicht wie ein Stück der leblosen oder unvernünftigen Natur, vielmehr, wie es der Wahrheit entspricht, als ein reflektierendes, den Kausalzusammenhang

54a) Vgl. RG. I. 26./3. 88 RS. 10 S. 268 Beförderung (Bewirkung des früheren Eintritts) des Verlustes der Sehkraft durch Kurpfuscherei.

54b) Vgl. die Entscheidungen einerseits in L. 11 § 3 (*Celsus*) und andererseits in L. 51 pr (*Ulpianus*) D. 9, 2. Die *Lex Aquilia* stellte hier mit dem Gegensatz von Töten und Verwunden ein eigentümliches Problem, da es sich in beiden Fällen um privatrechtliche Folgen handelte.

55) Vgl. *Bar* GS. 60 S. 92; *Rümelin* S. 113; vgl. auch *Hess* S. 25 ist der Ansicht, daß hier ethische Werturteile in Betracht kommen. Meiner Ansicht nach ist hier der Zweck der Handlung für deren rechtlichen Charakter maßgebend.

in gewissem Umfange durch Berechnung beherrschendes Wesen behandeln und somit den Kausalzusammenhang auch nach dem Stande der Reflexion, Einsicht und dem Bestreben des Handelnden zu begrenzen uns berechtigt erklären. Die herrschende Ansicht erkennt, wenn das Verhältnis der Bedingtheit des Erfolges festgestellt ist, den Kausalzusammenhang bis ins Unendliche an; die daraus sich ergebende, bis ins Unendliche reichende Verantwortlichkeit des Individuums sucht sie mit der Untersuchung der Schuldfrage einzuschränken;<sup>56)</sup> sie befindet sich, wie bemerkt, damit im vollen Gegensatz zu der Anschauung des praktischen Lebens, und, wie kaum genug gesagt werden kann, das Strafrecht ist ein Teil des praktischen Lebens, das zwar wissenschaftlich geprüft werden muß, aber nie sich von den Anforderungen und Anschauungen des praktischen Lebens völlig lösen kann.<sup>56a)</sup> Der Waffenfabrikant hat nach der Konsequenz der herrschenden Ansicht den Tod des mit der fabrizierten Waffe Ermordeten verursacht — natürlich allerdings auch der Mörder — die Eltern verursachen die von ihren Kindern begangenen Verbrechen; ja, wer einen Gartenspaten fabriziert, verursacht den Totschlag, der mit dem Gartenspaten einmal begangen wird. Nehmen wir an, daß wir die Fabrikanten, die Eltern in diesen Fällen durch Verneinung der Schuldfrage, durch Verneinung des „Vorhersehenkönnens“ auch von der Verantwortlichkeit schließlich frei machen können, ist es nicht gegen alle Regeln der Sprache, gegen jegliche Anschauung des praktischen Lebens, in diesen Fällen überhaupt noch von „verursachen“ zu reden?<sup>56b)</sup>

<sup>56)</sup> Schon die Postglossatoren kannten den Satz „*Causa causae est causa causati*“; gleichwohl hielten sie in rechtlichen Erörterungen es für unzulässig, den Kausalzusammenhang bis in die fernsten Verzweigungen zu verfolgen. Vgl. z. B. *Baldus Consilia* II. c. 136 a. E. (*Ed. Francofurti*) und daselbst c. 237 und über die englische Jurisprudenz *Best, Law of evidence* § 38: „*In jure non remota causa, sed proxima spectatur*“.

<sup>56a)</sup> In diesem Sinne auch *Bierling* S. 36 ff.

<sup>56b)</sup> Bei der beliebten absoluten Trennung der Frage des Kausalzusammenhangs wird der Mensch zuerst nicht anders betrachtet wie ein Stück der vernunftlosen Natur, etwa wie ein chemisches Ingrediens oder ein rollender Klotz, nachher wie ein nur vorhersehendes oder nur vorstellendes Wesen. Die Muskelinnervationen kommen dann, als den Willen enthaltend, als dritter Bestandteil der Erörterung hinzu. Dahin führt eine lediglich abstrakte, praktische Ziele außer acht lassende Betrachtung. *Radbruch*, *Zeitschr.* 25 S. 266 sagt, wolle man dem Vorwurfe der Vermengung von Schuld und Kausalität alle Bedeutung absprechen, so heiße dies, die Natur der Jurisprudenz als einer systematischen Wissenschaft leugnen. In einem System dürfe kein Posten doppelt gebucht werden. Ich möchte indes glauben, daß die reale Wahrheit den Vorrang verdiene vor der

§ 97. Wenn aber bei allen von irgendwelchen Prinzipien ausgehenden Kausaltheorien mit Ausnahme der reinen Bedingtheorie immer auf das Rechtsgefühl als letzten Prüfstein gegriffen wird, so erscheint es zweckmäßig, nach den realen Bedürfnissen des Lebens und des Rechts zu bestimmen, wie weit vernünftigerweise der Kreis der Folgen zu bemessen sei, für welche eine Haftung auf Grund einer menschlichen Handlung, möglicherweise auch auf Grund eines bloßen Ereignisses oder Verhältnisses angenommen werden kann.<sup>57)</sup>

Es wird dabei, wie bemerkt, vorausgesetzt, daß wer für die Folgen einer Handlung haften soll, irgend etwas getan hat, das als *Conditio sine qua non* angesehen werden kann,<sup>57a)</sup> und die Aufstellung eines Kausalzusammenhanges im juristischen Sinne ist somit nichts anderes, als das Aufsuchen der Grenze, bis zu welcher der natürliche Kausalzusammenhang (oder wenn man den Ausdruck vorzieht, der Kausalzusammenhang überhaupt) in Betracht kommen kann oder soll. Danach erweisen sich alle Einwendungen dahingehend, daß es einen juristischen Kausalzusammenhang oder einen Kausalzusammenhang im juristischen Sinne nicht gebe, höchstens als Einwendungen gegen den kurzgefaßten Ausdruck, nicht gegen die Sache. Daß aber diese Beschränkung als Beschränkung des Kausalbegriffs selbst und nicht als eine Einwirkung eines anderen Prinzips — des Schuldprinzips — behandelt wird, erscheint einerseits gesechtfertigt durch den Sprachgebrauch, andererseits durch die unerträglichen Konsequenzen, welche sich da ergeben, wo die Haftung nicht durch ein anderes Prinzip, insbesondere das Schuldprinzip, beschränkt werden kann.

§ 98. Abzuweisen ist hier aber allgemein — und darüber herrscht heutzutage auch Einverständnis — die Annahme der Beschränkung, daß der Erfolg, für den gehaftet werden soll, als ein in Zukunft notwendig eintretender sich darstellt; denn genau betrachtet, kann ein zukünftiger Erfolg fast nie als ein solcher be-

---

Systematik, welche zwar einen nicht geringen, aber gleichwohl nur einen sekundären Wert beanspruchen kann.

<sup>57)</sup> Für solche Unterscheidung vgl. schon *Luden*, Abhandl. 2 S. 288, aber auch *Garraud* 1 n. 283. «*La causalité juridique ne saurait avoir la même étendue que la causalité matérielle*».

<sup>57a)</sup> Sonst würde ein bloßer Gedanke, ein Wunsch zur Ursache gestempelt werden.

zeichnet werden. Das Erfordernis der Notwendigkeit des Erfolges würde die Haftung, welche für die Sicherheit allgemein unumgänglich ist, illusorisch machen, und wenn jenes Erfordernis eine Zeitlang im Strafrecht eine gewisse Rolle gespielt hat, so erklärt sich dies aus dem Bestreben, die Anwendung von Strafen auszuschließen, welche zwar noch gesetzlich verordnet waren, aber dem Gefühl zu widersprechen angefangen hatten: man konnte, indem man einen nicht nachweisbaren notwendigen Zusammenhang forderte, statt der ordentlichen auf eine mildere außerordentliche Strafe erkennen. Hiernach kann also als Beschränkungsprinzip nur das Prinzip gelten, daß dem Handelnden die eintretende Folge als möglich erscheinen muß.

Falls nun der Handelnde den Erfolg erstrebt, ihn erreichen will, so wird selbst eine sehr entfernte Möglichkeit genügen und die Haftung für den Erfolg als Unbilligkeit gegen den Handelnden nicht gelten können. Wer einen schadenden Erfolg will, verdient keine Schonung, wenn dieser in irgendeiner Weise auf seine von jenem Willen getragene Tätigkeit zurückzuführen ist. Wer auf eine weite Entfernung hin, in der Treffen und Verletzen nur äußerst selten vorkommt, auf einen Menschen schießt, um ihn zu verwunden oder zu töten, hat, falls solcher Erfolg, der großen Unwahrscheinlichkeit ungeachtet, eintritt, für Verwundung oder Tod des Getroffenen einzustehen. Darin sind die Vertreter vielleicht aller Theorien einverstanden.<sup>57b)</sup> Aber die Theorien des adäquaten Kausalzusammenhanges, insofern sie nicht einräumen, daß Schuld und Kausalzusammenhang nicht völlig zu trennen sind, leiden hier Schiffbruch.<sup>57c)</sup> Diese Theorien

<sup>57b)</sup> Vgl. *Träger* S. 170. — Abweichend allerdings *Reinach*, vgl. oben zu Anm. 50a.

<sup>57c)</sup> Eigentümlich verfährt *Bierling*. Er faßt, wie er selbst sagt (S. 72), den Ursachenbegriff subjektiv dahin, daß eine menschliche Körperbewegung oder ein Komplex solcher Bewegungen (über diesen Begriff später in der Lehre vom Willen) nur soweit als Ursache eines Erfolges betrachtet werden könne, als dieser Erfolg von einem normal veranlagten Menschen habe vorhergesehen werden können — nur soweit beherrsche der Mensch die Bedingungen. Er erkennt ferner, daß dies Prinzip demjenigen sehr nahestehe, welches ich in meiner früheren Schrift als Prinzip angenommen habe. Aber er verwahrt sich gegen den (wie er meint), von mir begangenen Fehler völliger Vermischung von Kausalität und Schuld, als wenn nicht das von ihm aufgestellte Prinzip in noch mehr offener Weise diese verpönte Vermischung darstellte. Ich habe allerdings (vgl. unten) früher eine zu weit gehende Ausdrucksweise gebraucht, indem ich die dolose Herbeiführung eines Erfolges als direkte, die kulpose als indirekte Kausalität bezeichnete. Aber die Regel des Lebens (vgl. ebenfalls unten), die ich geltend

können in solchem Falle eine Haftung nicht konstruieren, weil ein adäquater Zusammenhang fehlt; sie müssen also die Haftung auf den bloßen Gedanken oder Wunsch gründen, und dies widerspricht der eigenen Theorie und allen Rechtsprinzipien. *Träger* (a. a. O.) ist zwar der Meinung, daß in jenem Falle des Schützen die Möglichkeit des erstrebten Erfolges doch vorhanden sei. Zugegeben; aber dann müßte auch Kausalzusammenhang in dem Falle angenommen, werden, daß dem Schützen der *Dolus* fehlte, und nur eine besondere Verkettung der Umstände den Schuß einen Menschen treffen ließ. Freilich herrscht für gewisse Fälle noch der Ausweg, daß der Handelnde die konkreten Bedingungen mit größerer Genauigkeit oder das Walten der Naturgesetze besser erkannte, als selbst andere sehr einsichtige Personen. Aber das braucht keineswegs der Fall zu sein und ist sogar verhältnismäßig selten. Jener Schütze, den man wegen doloser Körperverletzung oder Tötung verurteilt, braucht weder besondere Kenntnisse in Ansehung der Flugkraft des Geschosses zu besitzen, noch die Entfernung besonders genau taxiert zu haben, und so wird es häufig sein; es kann auch das Unwahrscheinliche gewollt und probiert werden, und zuweilen gelingt es.<sup>58)</sup> Tatsächlich hat der Handelnde hier den Verlauf der Dinge zum Erfolge beherrscht; er erscheint daher als Ursache des Erfolges.<sup>59)</sup>

Eine Ausnahme, die meist indes nur eine scheinbare ist, hat aber für den Fall zu gelten, daß die Hoffnung auf den Eintritt des Erfolges geradezu als eine völlige Narrheit erscheinen

---

machte, und die *Bierling* hier gegen mich benutzt, hat mit der verpönten Vermengung nichts zu schaffen. Gegen die übliche absolute Trennung von Kausalität und Schuld auch *Sjögren* in *Jherings* Jahrbüchern 31 S. 419.

<sup>58)</sup> Dieser Einwand ist schon von *Liszt* § 29 Anm. 8 und von *E. M. Mayer*, *Zeitschr.* 20 S. 549, und *Radbruch* S. 54 weiter ausgeführt worden, indes, meines Erachtens nach, nicht in treffender Weise. Hält man sich an das Berechnen des Erfolges, so kann der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges nicht der Vorwurf gemacht werden, daß sie ihr eigenes Prinzip verlasse; denn berechenbar auch im objektiven Sinne ist nicht nur, was der verständige Durchschnittsmensch berechnen kann, sondern auch was ein einzelner irgend einmal berechnet hat. Man kann aber etwas sehr Unwahrscheinliches, dessen Erfolgsbedingungen man durchaus nicht berechnet hat, wollen, erstreben: es genügt für das Wollen der einfache Glaube, daß der Erfolg eintreten, und daß man irgend etwas für den Eintritt des Erfolges beitragen, irgendeine Bedingung dafür verwirklichen könne. Für diesen Fall paßt die Ansicht *Kohlers* (vgl. oben) vom *Dominus causae*, ebenso *Bierlings* Auffassung des Kausalzusammenhanges.

würde,<sup>58a)</sup> wie in den oft gebrauchten Schulbeispielen der Fall ist, daß jemand einen andern zu einer Reise veranlaßt in der Hoffnung, dieser werde bei einem Eisenbahnunfall das Leben verlieren; oder daß jemand seinem Knechte bei drohendem Gewitter den Befehl erteilt, in den Wald zu gehen, in der Hoffnung, ein Blitz werde den Knecht töten. In Fällen dieser Art kann von einer Herrschaft des Individuums über den Verlauf der Dinge nicht die Rede sein, vielmehr ist mit Grund der im wirklichen Leben kaum aufzuklärende Zweifel vorhanden, ob ein wirklicher Wille und nicht vielmehr ein bloßes Spielen mit dem Gedanken an ein erwünschtes Ereignis vorliege. Es werden dergleichen in Romanen und Dramen zu benutzende Fälle auch kaum zur gerichtlichen Entscheidung gelangen, da es an einem greifbaren, auf ein Verbrechen deutenden Tatbestande fehlt, und vermutlich wer in solchem Falle sich selbst der Behörde anzeigen möchte, als geisteskrank angesehen werden würde.<sup>59)</sup>

§ 99. Außer der Haftung für den gewollten, aber vom Standpunkte des Handelnden aus mindestens objektiv möglich erscheinenden Erfolg kann billigerweise von der Rechtsordnung im allgemeinen nur eine Haftung bestimmt werden für einen aus einer Handlung sich ergebenden Verlauf, der als leicht möglicher sich einer vernünftigen Beachtung nicht entzieht.<sup>58b)</sup> Man kann auch einfach setzen „beachtlicher“ (d. h. zu beachtender) Verlauf, sofern andere als leicht mögliche Folgen im praktischen Leben, abgesehen von einem *Dolus*, nicht beachtet werden. Die Forderung, auf völlig außergewöhnliche Folgen einer Handlung Rücksicht zu nehmen, die

<sup>58a)</sup> Träger begründet die Entscheidung durch die Erwägung, daß die Handlung in diesem Falle die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Erfolges in nennenswerter Weise nicht vergrößert habe.

<sup>58b)</sup> Ich meine hiermit dasselbe, was ich früher als regelmäßig eintretende Folge bezeichnet habe. Über Gründe, welche mich zu einer Änderung des Ausdrucks veranlaßten, vgl. unten. Die englisch-nordamerikanische Jurisprudenz rechnet in den Kausalzusammenhang ein alle Folgen, welche vernünftigerweise erwartet werden könnten (*“reasonableness of expectation”*) oder was als gleichbedeutend angesehen wird, welche als gewöhnliche, natürliche Folgen betrachtet werden können. *Wharton, Law of negligence* §§ 74, 75. Es wird aber auch von *“regular course”* (vgl. *Wharton, Cr. law* 1 § 159) gesprochen. Es ist schwer, eine genau passende Formel zu finden. Es kommt aber weniger an auf den Wortlaut der Formel, als auf den Sinn, den man hineinlegt, und auf die Anwendung in typischen, besonders maßgebenden Fällen.

Handlung deshalb zu unterlassen oder sie modifiziert in anderer, viel unbequemerer oder kostspieliger Weise vorzunehmen, würde zur Lähmung der für das allgemeine Volkswohl, ja, für die Beschaffung notwendiger Bedürfnisse erforderlichen Energie führen. Umgekehrt aber muß verlangt werden, daß jeder eine gewisse Rücksicht beobachte auf die möglichen Folgen seiner Handlungen für andere. Das Maß dieser Rücksichtnahme kann indes prinzipiell nicht der individuellen Einsicht überlassen bleiben. Das würde der allgemeinen Sicherheit gefährlich sein. Der Dumme, der Unerfahrene hätte sonst auch zivilrechtlich das Privileg, darauf loshandeln zu können, sich um unbequeme Vorsichtsmaßregeln nicht kümmern zu brauchen, ohne Verpflichtung zum Schadenersatz befürchten zu müssen. Wer dagegen an Nachdenken, an Vorsicht sich gewöhnt hätte, wäre übel daran. Die Aufstellung eines objektiven Maßstabes wirkt zugleich in heilsamer Weise erziehend und erweckt bei anderen das Gefühl der Sicherheit, ohne welches nützliche Dinge oft nicht unternommen werden. Jeder darf sich dann sagen: Wer mir Schaden zufügt dadurch, daß er ein allgemein vorauszusetzendes Maß der Vorausberücksichtigung der Folgen seiner Tätigkeit nicht beobachtet, muß mir den Schaden ersetzen, kann in gewissen Fällen vielleicht auch zur Strafe gezogen werden. Die Anforderung sodann, auch das individuelle Wissen zu berücksichtigen, enthält erst recht keine Unbilligkeit gegen den Handelnden; hier ist keine Anstrengung nötig, die Folgen zu berechnen, und wenn jeder bei seinen Handlungen die daraus für andere entstehenden Folgen berücksichtigen soll, so wendet sich diese Forderung in erster Linie an das dem Handelnden tatsächlich zustehende Wissen. In vielen Fällen würde in Wahrheit der Erfolg dolos herbeigeführt sein, wenn der Handelnde sein besonderes Wissen, möge es nun die konkreten Tatsachen oder allgemeine Erfahrungen oder Naturgesetze betreffen, nicht berücksichtigt hätte.

§ 100. Wenn also, abgesehen von einem überragenden Wissen des Handelnden, die Sachlage und die aus ihr als leicht mögliche und beachtliche sich ergebenden Folgen objektiv zu beurteilen sind, so entsteht die weitere Frage: ist hierbei der Zeitpunkt der Handlung oder der Zeitpunkt der Beurteilung zugrunde zu legen, eine Frage, die erst in den neueren

Untersuchungen von *Rümelin*, *Träger* und *Rumpf* ausdrücklich behandelt worden ist.

*Rümelin* (S. 47) ist der Ansicht, daß alle Bedingungen, soweit sie später bekannt werden, in Betracht zu ziehen seien. Damit kehrt man aber, praktisch betrachtet, zurück zu der reinen Bedingungstheorie; denn neben den zur Zeit der Handlung und den zur Zeit der Aburteilung bekannt gewordenen Bedingungen existiert, praktisch betrachtet, eine weitere Klasse von Bedingungen nicht, und es genügt ja, daß der Handelnde eine einzige der adäquaten Bedingungen verwirklicht hat. Überhaupt, je mehr der konkrete Verlauf aufgedeckt wird, um so mehr erscheint der Erfolg als ein wahrscheinlicher, um so mehr als ein notwendig gegebener.<sup>60)</sup>

*Träger* (S. 159—163) hat daher mit Recht die Berücksichtigung nachträglich entdeckter oder hervorgetretener tatsächlicher Momente als unzulässig bezeichnet, aber ebenso wie *Rumpf* (*Fherings* Jahrbücher 49 S. 372) sich für die Benutzung des dem Richter zu Gebote stehenden und selbst eines erst nachträglich gewonnenen allgemeinen Erfahrungswissens ausgesprochen, und dies ist m. E. richtig. Seit alter Zeit hat man die Frage, ob Kausalzusammenhang anzunehmen sei, insbesondere bei Tötungen, unter Zuhilfenahme von Sachverständigen entschieden. Das würde unzulässig sein, wenn in Ansehung des Erfahrungswissens zwar nicht der individuelle Wissensbereich des Handelnden, wohl aber nur der Wissensbereich eines verständigen Mannes ohne Spezialkenntnisse maßgebend wäre. Die Frage, ob etwas als leicht möglich und daher beachtlich erscheint, muß zwar, was die konkreten Tatsachen betrifft, nur nach dem beurteilt werden, was einem verständigen Manne zur Zeit der Handlung oder des in Betracht kommenden Ereignisses nicht entgeht: über die Frage des zur Beurteilung dienenden allgemeinen Wissens muß der gesamte Wissensbesitz der Allgemeinheit, soweit er faktisch erreichbar, herangezogen werden. Hier scheidet sich die Frage des Kausalzusammenhanges von der Frage der Schuld, welche der Regel nach zu verneinen ist, wenn, um die Folge als leicht möglich zu erkennen, mehr als das sachverständige Wissen eines verständigen Durchschnittsmenschen erfordert wird.

<sup>60)</sup> Die sog. „nachträgliche Prognose“ (vgl. *Rümelin* S. 20) ist also insofern zu beschränken.



§ 101. Es darf aber bei Beurteilung des Kausalzusammenhanges nicht ausschließlich gesehen werden auf den letzten in Betracht kommenden Erfolg. Vielmehr muß der ganze Verlauf<sup>60a)</sup> der Ereignisse von der in Frage stehenden Handlung bis zum Erfolge als ein leicht möglicher sich darstellen. Daß ein betrunkenener Kutscher (um ein öfter gebrauchtes Beispiel zu benutzen) den Tod oder die Beschädigung von Insassen des Wagens herbeiführt, ist leicht möglich, z. B. dadurch, daß er den Wagen einen Abgrund hinunterrollen läßt, usw. Geschieht dies aber dadurch, daß der Trunkene einen falschen Weg einschlägt, und auf diesem Wege ein Blitzschlag den Wagen trifft, so ist Kausalzusammenhang in dem hier vertretenen Sinne nicht vorhanden (es müßte denn der eingeschlagene unrichtige Weg ganz besonders der Blitzgefahr ausgesetzt sein).

Durchaus nicht erforderlich für die Annahme des Kausalzusammenhanges (wohl aber für die Annahme eines auf den Erfolg gerichteten *Dolus*) ist, daß man den Schaden, den Erfolg, der sich wirklich ergibt, vorherzusehen imstande war oder vorhergesehen habe; es muß genügen, daß überhaupt ein beachtlicher Schaden für andere droht.<sup>60b)</sup> Die Entladung eines Revolvers kann eine oder mehrere Personen verletzen, ebenso einen Brand herbeiführen. Wohin müßte es führen, wenn vorher mehr oder weniger genau das schädliche Schlußereignis in seiner konkreten Gestalt gleichsam abgezeichnet erscheinen müßte, falls eine Verantwortlichkeit begründet sein soll? Die Entscheidung nach dem Verlaufe der Folgen läßt aber die erforderliche Beschränkung eintreten. Man haftet nicht, wenn außergewöhnliche Ereignisse eingreifen und den Verlauf der Folgen außergewöhnlich gestalten.

Der Ausdruck „beachtlich“ läßt aber zugleich eine Berücksichtigung des vernünftigen Interesses an der Handlung zu.<sup>60c)</sup> Bei Handlungen, die nur der Kurzweil, dem Vergnügen dienen, ist eine andere Beachtung der Folgen möglich und geboten,

---

<sup>60a)</sup> Schon *Rohland* hat, wie oben bemerkt, von dem Verlaufe der Folgen gesprochen, freilich ohne die Bedeutung dieses Ausdruckes hervorzuheben. *Więchowski* (vgl. bes. S. 8 Anm. 1) dagegen verlangt mit Recht Adäquanz des ganzen Verlaufes bis zu dem in Frage stehenden Erfolg.

<sup>60b)</sup> So auch *Wharton* 1 § 168.

<sup>60c)</sup> Diese Berücksichtigung, welche z. B. bei *Rümelin* und *Träger* fehlt, ist mit Recht gefordert von *Thyren* S. 159.

als bei solchen Handlungen, die im Leben notwendig oder gar im konkreten Falle, um weiteren Schaden zu verhüten, eiligst vorgenommen werden müssen. Sollen Menschenleben gerettet werden, so braucht die mögliche Folge der Rettungshandlung, welche in einer Eigentumsschädigung besteht, nicht immer beachtet zu werden, obwohl die Rettungshandlung auch in der Art hätte erfolgen können, daß die Eigentumsschädigung vermieden wurde, obwohl also eine Berufung auf die Entschuldigung wegen Notstandes auszuschließen ist.<sup>60d)</sup>

§ 102. Bei dieser Auffassung wird der Kausalzusammenhang indes keineswegs mit der Fahrlässigkeit durchaus identifiziert, obschon in den bei weitem meisten Fällen die Feststellung des Kausalzusammenhanges in dem hier vertretenen Sinne freilich ohne weiteres auch die Feststellung der Fahrlässigkeit in sich schließt. Bei der letzteren fragt sich jedenfalls noch, ob nicht der Handelnde eine auf seine geistige Beschaffenheit gegründete Entschuldigung geltend machen könne, einmal den allgemeinen Entschuldigungsgrund der mangelnden Zurechnungsfähigkeit und sodann den Grund, daß er durch vorübergehende Zustände persönlicher Art (z. B. besondere Aufregung) oder durch ihn individuell berührende äußere Umstände (z. B. das Sonnenlicht blendete ihn) verhindert gewesen sei, die Folgen zu beachten und demgemäß sich zu verhalten. Wo an solche Entschuldigungsgründe nicht zu denken ist, wird allerdings, wenn Verantwortlichkeit wegen der Folgen einer Handlung in Frage steht, mit der Annahme des Kausalzusammenhanges zugleich die Frage der Fahrlässigkeit, also der Schuld, bejaht. Insoweit andererseits das Gesetz nur ein Verursachen bei der Anwendung einer Rechtsbestimmung voraussetzt, gilt, Zurechnungsfähigkeit selbstverständlich vorausgesetzt, Berufung auf den psychologischen Zustand, auf die mangelnde individuelle Einsicht nicht. So insbesondere nicht bei Bestimmungen, wie sie in den §§ 224, 226 des StGB. enthalten, von denen noch unten die Rede sein soll.

---

<sup>60d)</sup> Vgl. die Entscheidung und Erörterung eines in New York vorgekommenen Falles bei *Wharton, Law of negligence* § 96 A, der in einem Luftballon sich befindet, landet, in der Not nach Hilfe rufend, im Garten des B. Eine Menschenmenge stürzt sich in diesen Garten und richtet dabei erheblichen Schaden an. A haftet für diesen Schaden, wenn die Menschenmenge dem natürlichen Impulse folgte, Hilfe zu bringen.

§ 103. Wenn sodann das Zivilrecht eine Haftung ableitet nicht aus einer Handlung, vielmehr aus einem Ereignisse, aus einem Verhältnisse,<sup>62)</sup> welches einen Schaden verursacht haben soll, so darf die erste den Schaden mit sich führende Folge nicht eine so entfernt mögliche sein, daß dieselbe im Verkehr im voraus vernünftiger Weise nicht beachtet wird.<sup>63)</sup> Ist aber die Schadenersatzpflicht überhaupt begründet, so erstreckt sich der Umfang dieser Verpflichtung so weit, als das die Schadenersatzpflicht *in concreto* begründende Ereignis als Bedingung, als *Conditio sine qua non* betrachtet werden muß. Denn Ersatz eines Schadens bedeutet: der Berechtigte soll alles erhalten, was er zu einem bestimmten Zeitpunkte haben

<sup>62)</sup> Die Haftung nach dem Prinzip der *Conditio sine qua non* führt im Zivilrecht zu erschreckenden Konsequenzen. Wer einen anderen fahrlässig verletzt, müßte für den Tod des Verletzten sogar dann haften, wenn dieser beim Arzt von einer im Sprechzimmer befindlichen, mit ansteckender Krankheit behafteten Person angesteckt würde und an dieser Krankheit stirbt (vgl. *Träger* S. 221). *Enneccerus*, Das bürgerliche Recht 1 (2. Aufl.) S. 160 erklärt sich für die Theorie *Buri-Lissts*, schließt aber Haftung aus, wenn die Handlung oder Tatsache für die Entstehung des Schadens ganz indifferent war (Was heißt das? Gibt es indifferente Bedingungen *sine qua non*?) und nur infolge außergewöhnlicher Umstände zu einer Bedingung des Schadens wurde. Ich sehe darin eine Theorie, welche etwas willkürlich von einem Prinzip auf das andere überspringt. Reprobirt ist die Theorie *Buris* in verschiedenen Stellen des Pandektentitels 9, 2. Wer einen fremden Sklaven verwundet, haftet nicht für dessen Tod, wenn der Verwundete in ein Zimmer gebracht wird, dessen einstürzende Decke den Sklaven tötet (L. 15 § 1); er haftet ebenfalls nicht, wenn der Verwundete infolge falscher ärztlicher Behandlung oder Nachlässigkeit des Herrn stirbt (L. 52 *pr. eod.*).

<sup>63)</sup> *Rümelin* S. 164 sieht in den Sätzen der §§ 287, 848 des BGB., denen zufolge der im Verzuge befindliche Schuldner, derjenige, der aus einem Delikt zur Rückgabe einer Sache verpflichtet ist, auch für den Zufall haftet, Ausnahmen von dem Prinzip einer sonst nach Zivilrecht auf den adäquaten Kausalzusammenhang beschränkten Haftung, während *Enneccerus*, das Bürgerliche Recht 1 S. 160 II. darin eine Bestätigung der Ansicht findet, welche auch für das BGB. *Buris* Theorie der *Conditio sine qua non* als gültig erachtet. Beides dürfte nicht zutreffen. Die zitierten Paragraphen überwälzen einfach aus Billigkeitsgründen den Schaden, der den Gläubiger oder Berechtigten zunächst trifft, auf den Schuldner. Wie die Leistung unmöglich geworden, die Sache untergegangen oder beschädigt worden ist, durch Verletzung welcher Umstände, ist gleichgültig; nur daß dem Verpflichteten der Beweis frei steht, es hätte der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung, auch ohne die deliktische Entziehung der Gläubiger, den Berechtigten betroffen. Dasselbe ist der Fall nach § 447, welcher den Verkäufer, der bei Versendung der verkauften Sachen die Anweisung des Käufers nicht befolgt, für den daraus entstehenden Schaden haftbar macht. — *Lissts* Ansicht, daß im BGB. lediglich die Theorie der *Conditio sine qua non* angenommen sei, wird durch die obigen Ausführungen widerlegt; die überwiegende Mehrzahl der Zivilisten hat sich auch dagegen erklärt, ebenso das RG., das sogar ausdrücklich in der Entscheidung v. 20./2. 1902 E. C. 50 Nr. 49 bes. S. 222 sich zur Theorie der adäquaten Verursachung bekannt hat.

(oder gehabt haben) würde, wenn das Schaden bringende Ereignis nicht eingetreten sein würde.<sup>64)</sup>

§ 104. Dies bloße Bedingungsverhältnis ist aber nicht genügend für den Fall, daß die Folgen eines schadenbringenden Ereignisses sich physisch in ganz außerordentlicher Weise weiter oder über die Rechtssphäre einer Person hinaus auf die einer anderen erstrecken; denn der Einbruch in jede einzelne Rechtssphäre stellt, was den Schadenersatz betrifft eine besondere beachtliche Folge dar.<sup>65)</sup> Außerdem wird die Schadenersatzpflicht durch die eigene Schuld des Beschädigten beschränkt, und dies hat auch für den Umfang der Schadenersatzpflicht zu gelten und selbst in der Hinsicht, daß es Leichtsinns und Schuld ist, wenn jemand bei Über-

<sup>64)</sup> Ich habe diesen Unterschied des für das schädigende Ereignis selbst erforderlichen Kausalzusammenhanges und andererseits des Umfanges des Schadens bestimmt hervorgehoben: Kausalzusammenhang S. 139. Vgl. neuerdings dafür *Träger* S. 226, 227. Daher ist zivilrechtlich der Begriff Tötung in § 844 des BGB. insofern auch objektiv zu nehmen, als es nicht darauf ankommen kann, ob der Verletzte den Tod des Verletzten vorhersehen konnte, wenngleich die Verletzung selbst schuldhaft erfolgt sein muß. Das Strafrecht hat anders zu rechnen. Hier muß die Schuld sich auf den Enderfolg erstrecken, wenn dafür gestraft werden soll. *Rümelin* (S. 70) erblickt hier eine Schwierigkeit in der Abgrenzung des Kausalzusammenhanges; sie ist aber nicht vorhanden, wenn der Unterschied von Zivil- und Strafrecht, Schaden und Strafe genau beachtet wird. Für den Schadenersatz genügt sog. adäquater Kausalzusammenhang bei dem ersten kleinen Riß in der Rechtssphäre des andern.

<sup>65)</sup> Der fahrlässig verursachte Brand verbreitet sich von einem Hause auf ein anderes, sehr entferntes. Geschieht dies, weil außerordentliche Umstände mitwirken, so besteht Haftung für den Brand des anderen Hauses nicht. A beschädigt eine dem B gehörige Maschine; B kann daher dem C eine versprochene Lieferung nicht machen, und C erleidet dadurch einen besonders großen Schaden. Hier hat A dem B Schadenersatz zu leisten, auch insoweit dieser dem C zum Schadenersatz verpflichtet ist (B müßte denn, vgl. folgende Anm., in gewagter Weise, d. h. schuldhaft, sich allzu weit verpflichtet haben). Dies wird nicht beachtet von *Schmoller* (S. 63) und von *Endemann*, Einführung in das Studium des bürgerl. Rechts I. § 129 Anm. 9. *Schmoller* will allgemein, um eine dem Rechtsgefühl widerstrebende Schadenshaftung auszuschließen, das Urteil über Adäquanz nicht vom haftungsbegründenden Vorgange, sondern von der Handlung des Täters aus abgeben. Dies widerspricht aber dem Begriffe des Schadenersatzes — insbesondere da, wo der Schaden (vgl. oben Anm. 63) überwältigt wird. Das gegebene Beispiel wird so, wie es gestellt ist, praktisch nie zur Erörterung kommen können. Wenn ein vor 20 Jahren gebauter Stall jetzt infolge eines Orkans einstürzt, so wird entweder niemand, auch der Baumeister nicht, für dies außerordentliche Ereignis verantwortlich gemacht werden, oder aber in Wahrheit der Eigentümer oder Benutzer, der die etwaige Fehlerhaftigkeit des Gebäudes bemerken und Abhilfe schaffen mußte, die Verantwortlichkeit tragen. Fallen bei dem Zusammenbruch des Stalles Steine auf eine erst lange Zeit nach Errichtung der Gebäude angelegte Eisenbahn, und kommt dadurch ein Zug zur Entgleisung, so wird wiederum nur ein besonderer Zufall oder eine Schuld der Eisenbahnbeamten im Spiele sein.

nahme und Erfüllung von Verpflichtungen nicht damit rechnet, daß gewisse Unfälle, Hinderungsgründe oder auch selbst Versäumnisse seitens eines anderen Kontrahenten sehr leicht eintreten können. Damit erledigt sich mancher anscheinend schwierige Fall, so der von *Rümelin* S. 135 und *Endemann* BGB. 1 S. 910 angeführte Fall. Durch vorschriftswidriges Fahren hat ein Dampfschiff die Kette einer Ponte zerrissen; soll die Dampfschiffahrtsgesellschaft den Schaden ersetzen, der etwa verspätet eintreffenden Personen durch Konventionalstrafen entsteht? Jeder Verständige weiß nun, daß bei allgemeinen Verkehrsanstalten leicht Verspätungen eintreten können. Wer also die letzte Möglichkeit, zu rechter Zeit einzutreffen, benutzt, obgleich er für den Fall nichtrechtzeitigen Eintreffens sich besonderen Nachteilen unterworfen hat oder solchen sich ausgesetzt sieht, hat diesen Schaden sich selbst zuzuschreiben. (Hier würde übrigens auch das zur vorhergehenden Anmerkung geltend gemachte Prinzip eine vernünftige Beschränkung des Schadenersatzes herbeiführen.) Wer sehr kostbare und zerbrechliche Gegenstände hinter einem großen Schaufenster an einer sehr belebten Straße ausstellt, hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn diese beschädigt werden infolge eines leichten Versehens, z. B. eines Kutschers, oder infolge davon zertrümmert werden, daß einem Kutscher ohne dessen Schuld die Pferde durchgehen. Wer jenes tut, mag Versicherung nehmen; die Versicherungsanstalt wird ihre Prämien nicht deshalb niedriger ansetzen, weil sie in seltenen Fällen hin und wieder von dem Schadenstifter Ersatz erlangen kann.

§ 105. Das Grundprinzip der Schadensberechnung erleidet aber wieder eine Ausnahme, insofern ein sog. *Lucrum cessans* gefordert wird. Das, was jemand möglicherweise gewinnen kann, wenn ihm die geschuldete Leistung rechtzeitig gemacht wird, wenn er im Besitz einer Sache bleibt, ist an sich unbestimmt, unendlich. Hier bleibt nur übrig, einen Verlauf der Dinge anzunehmen, der nach der allgemeinen Verkehrssitte oder nach den individuellen Verhältnissen des Gläubigers (bzw. des Berechtigten), je nachdem das eine oder das andere dem Gläubiger (dem Berechtigten) vorteilhafter ist, noch beachtlich erscheint. Beachtlich aber ist für die Frage, ob jemand mittels eines Vermögensobjektes einen Gewinn machen werde, nur das einigermaßen Wahrscheinliche. (BGB. 252, Abs. 2.)<sup>66</sup>

§ 106. Zu rechtfertigen ist noch der Ausdruck „leicht mögliche“ und „beachtliche“ und andererseits „nicht beachtliche“ Folgen. Der früher von mir gebrauchte Gegensatz: das „Regelmäßige“ und das „außer der Regel Liegende“,<sup>66a)</sup> drückt vielleicht nicht besonders deutlich aus das, was ich meinte.

<sup>66)</sup> Die Auslegung der zitierten Bestimmungen ist freilich bestritten. Die im Text gezogene Konsequenz des Kausalprinzips stimmt mit der herrschenden Ansicht überein. Die von *Träger* S. 253 vertretene Behandlung des *Lucrum cessans* führt zu enormen Härten gegen den Schuldner, wenn z. B. dieser auch haften soll für den Gewinn, der auf ein nicht geliefertes Los von bestimmter Nummer fällt. Der Gewinn dagegen, der dem Aktionär dadurch zufällt, daß die Aktiengesellschaft den Aktionären neue Aktien zu einem Vorzugspreise überläßt, stellt eine beachtliche Gewinnchance dar, die nicht selten schon in dem Kurse der Aktien zum Ausdruck kommt. Wer also den Kontrakt auf Lieferung von Aktien nicht erfüllt, kann für solchen entgangenen Gewinn haftbar gemacht werden. Durch Abrede der Parteien, wie nach dem Sinne eines Vertrages kann selbstverständlich eine weitergehende Haftung begründet werden; so wenn der Geschädigte den Ersatzpflichtigen vorher auf eine Gewinnchance besonders aufmerksam gemacht hatte. Vgl. BGB. 254, 2.

<sup>66a)</sup> Neuerdings ist freilich von *Schmoller* (S. 31) der Ausdruck „regelmäßige“ Folgen für diejenigen Folgen als zutreffend angenommen, welche mit einem als Ursache zu bezeichnenden Vorgange im rechtlichen Kausalzusammenhange stehen sollen. Damit, so scheint es, greift *Schmoller* im wesentlichen zurück auf die von mir früher aufgestellte Theorie. Indes er verwahrt sich dagegen (S. 33) und wirft mir vor, ich habe als notwendige oder regelmäßige Folge nur dasjenige angesehen, was der „Regel des Lebens“ in dem später zu erwähnenden Sinne der vernünftigen, gesetzmäßigen Handlung entspricht. Dies ist ein erhebliches Mißverständnis. Ich glaube, aus meiner früheren Schrift geht deutlich hervor, daß die „Regel des Lebens“ von mir benutzt ist, nur um 1. die Haftung desjenigen auszuschließen, der ihr gemäß handelt; 2. die Haftung zu erstrecken auf eine eingreifende Handlung eines anderen, die sich als der „Regel des Lebens entsprechend“ bezeichnen läßt. Es ist mir nicht eingefallen, den Kausalzusammenhang bei anderen regelmäßigen Folgen zu leugnen, wie die zahlreichen von mir erörterten Beispiele zeigen. Die Korrektur aber, die *Schmoller* an meiner früheren Theorie vornimmt, ist folgende. Ein Ereignis, das eine notwendige oder auch nur regelmäßige Folge seiner Antezedentien ist, erkennen wir nicht als Ursache einer Veränderung an, auch wenn es diese nach unserer Beobachtung häufig im Gefolge hat. Danach würde, wenn die Auffassung des Determinismus die richtige wäre, überhaupt nichts außer des Endursache des Weltalls als Ursache gelten können, denn alles was geschieht, ist dem Determinismus zufolge notwendige Folge der früheren Urzustände, jedenfalls aber könnte man in dem Bereiche des dem menschlichen Wissen Zugänglichen nur den menschlichen (freien) Willen als Ursache gelten lassen, nichts aber in der übrigen Natur. Dies widerspricht dem Sprachgebrauche und der Anschauung wie den Bedürfnissen des praktischen Lebens. Der erfahrene Pferdezüchter weiß genau, wie bestimmte Eigenschaften, z. B. heftige Temperamente, Nervosität sich regelmäßig vererben, der erfahrene Reitlehrer, wie ein Pferd durch sog. Sonntagsreiter verdorben, wie ihm das Steigen, das Scheuen, das Durchgehen angewöhnt werden kann. Ein Tier, dessen Verhalten bei einem bestimmten Anlasse das notwendige Produkt der nach Abstammung, Erziehung und Behandlung in ihm wirksamen Triebe ist, wäre danach nie als Ursache eines von ihm angerichteten Schadens zu betrachten, und dies widerspricht selbst den von *Schmoller* betreffs der Haftung für Tierschäden vertretenen Entscheidungen. Abgesehen von dieser m. E. mißglückten Korrektur, bemerkt man auch sonst Fragwürdiges

Glücklicherweise bleiben unzählige im Leben begangene unvorsichtige Handlungen ohne nachteilige Folgen; dennoch erscheint, wenn solche Folge eintritt, die Verantwortlichkeit begründet.<sup>66b)</sup> Man kann daher nicht fordern, daß die Folge, für welche gehaftet werden soll, gerade regelmäßig oder etwa mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei, und eine Statistik über die Zahl der Fälle, in welcher gleichartige Handlungen schädlich wirkten, und in welcher dies nicht geschah, ist unmöglich, schon deshalb unmöglich, weil *in concreto* die Gleichartigkeit unvorsichtiger fehlerhafter Handlungen sich nicht genau feststellen läßt, die Annahme einer solchen Gleichartigkeit vielmehr nur eine Abstraktion ist, wie sie der Richter, nicht aber der Statistiker vornehmen kann, dem die genaue Kenntnis der einzelnen Tatumstände entgeht.

Auch der Ausdruck „berechenbar“, den *Liepmann* vertritt, paßt nicht vollständig; denn zuweilen läßt sich eine Folge, für welche gehaftet werden muß, nicht im voraus berechnen. Ob der Tod die Folge einer schweren Verwundung ist, kann meist im voraus nicht berechnet werden,<sup>67)</sup> und wenn für einen Schaden überhaupt gehaftet wird, so kommt es dem vorhin Dargelegten zufolge auf die Berechenbarkeit der Folgen insoweit überhaupt nicht an. Dagegen würde es passen, zu unterscheiden Folgen, mit denen man verständigerweise im praktischen Leben rechnet, und andererseits Folgen, mit denen man nicht rechnet. Der Ausdruck ist aber nicht so prägnant wie das Wort „beachtlich“ und „nicht beachtlich“. *Liepmann* war also auf dem Wege, den m. E. richtigen Ausdruck zu finden.<sup>67a)</sup> Der Ausdruck „beachtlich“ weist zugleich darauf hin, daß, wenn Handlungen vorgenommen werden, Ereignisse eintreten, welche

---

von allgemeiner Tragweite in dem Aufsatz von S., S. 54 z. B. den Satz, daß es im Rechte nirgends auf Ursächlichkeit einer Handlung ohne Schuldcharakter ankomme.

<sup>66b)</sup> In diesem Sinne auch *Wharton L. of negl.* § 77. Keine Verteidigung, daß das beobachtete Verfahren hundertmal ohne Unfall erfolgte!

<sup>67)</sup> Im Falle eines auf den Erfolg gerichteten *Dolus* modifiziert sich das im Text Dargelegte.

<sup>67a)</sup> Die von *Träger* (S. 159) vertretene Formulierung, der zufolge adäquater Kausalzusammenhang vorhanden sein soll, wenn die objektive Möglichkeit eines Erfolges generell in nicht unerheblicher Weise erhöht ist, scheint Verantwortlichkeit in zu weitem Umfange zu begründen. Das im praktischen Leben unvermeidliche Risiko (vgl. oben) könnte danach insbesondere die erforderliche Berücksichtigung nicht erfahren.

mit einer schädlichen Folge im rechtlichen Kausalzusammenhange stehen, der verständige Zuschauer aufachten, sich einer gewissen Gefahr bewußt sein wird (sich sagt, „so darf man es nicht machen“), und dies trifft sogar zu, wenn eine Haftung aus einem Verhältnisse wie aus dem Eigentum, dem Besitz einer Sache, dem Halten eines Tieres abgeleitet wird. Der Verständige denkt unwillkürlich, wenn er z. B. einen Hund hält, daß dieser einmal jemand beißen könne, und um dies zu verhüten, erzieht er den Hund oder wendet Vorsichtsmaßregeln an. Dies dürfte auch zu beziehen sein auf die vielbesprochene und vielbestrittene Haftung des Tierhalters nach dem § 833 des BGB. Wenn das Tier, erregt durch einen ganz außerordentlichen Zufall, Schaden anrichtet, so wird dieser Schaden nicht mehr in den Kausalzusammenhang eingerechnet werden dürfen. Wenn bei dem Brande eines Viehstalles Tiere erschreckt aus dem Stalle stürmen und jemanden verletzen, wird m. E. der Eigentümer nicht verantwortlich sein. Dagegen kann es nicht als ein außerordentliches, den Kausalzusammenhang ausschließendes und den Besitzer von Pferden von der ihn als solchen treffenden Haftpflicht befreiendes Ereignis gelten, wenn ein Wagen an einem andern vorbeijagt, und ein starkes Geräusch durch einen herabfallenden Koffer verursacht wird. (Vgl. insoweit auch die Entscheidung Rg. VI. 26/2 1903 E. C. 54. Nr. 22. S. 73.) Im übrigen kann es hier nicht der Ort sein, die Konsequenzen einer buchstäblich genommen unsinnigen<sup>68)</sup> Vorschrift auf ein verständiges Maß zu beschränken.<sup>68a)</sup> Auch die Beschränkung auf die besondere Tiergefahr (vgl. aus der Natur des Tieres entstehende Gefahr) (vgl. *Litten*) reicht dazu nicht ganz aus, wie das von *Litten* S. 92 angeführte Beispiel zeigt, da die daselbst gegebene Entscheidung dem Rechtsgefühl sicher nicht entspricht.

<sup>68)</sup> Dieser meiner Ansicht bin ich weder durch die dem 28. Deutschen Juristentage erstatteten Gutachten von *Marwitz* (Verhandl. 2 S. 86 ff.) und *Träger* das. S. 115 ff. noch durch die Verhandlungen und Beschlüsse des Juristentages, soweit sie bis jetzt bekannt geworden, abwendig gemacht. Eine Beschränkung im vermeintlich sozialen Sinne enthält ein im Winter 1905/06 dem Reichstage vorgelegter Gesetzentwurf. Ich habe mich gegen denselben ausgesprochen („Nation“ Nr. 31 v. 5./10. 06). Er würde die bestehende gesetzliche Bestimmung nur noch verschlechtern.

<sup>68a)</sup> Auch *Träger* (a. a. O. S. 147) hält es für selbstverständlich, daß der Tierhalter nach BGB. S. 833 nicht für einen Schaden hafte, für dessen Eintritt das Tier nur *Conditio sine qua non* war.



§ 107. Der Ausdruck „beachtlich“ ist, wie bemerkt, insofern im objektiven Sinne zu nehmen, als die Frage, ob das Denken an die richtig vorgestellten Folgen von einer Handlung von einem Unternehmen abhalten soll, nicht von dem individuellen Urteil, der individuellen Befähigung einzelner abhängen darf. Es ist zugleich ein Urteil über die rechtliche Zulässigkeit der Handlung. Daher können bei einer an sich untadelhaften Handlung oder Veranstaltung die etwa daran sich schließenden Folgen eine Verantwortung nicht begründen. Die Rechtsordnung erklärt diese Folgen für unbeachtlich, da sie die Handlung oder Veranstaltung unter gewissen Voraussetzungen gestattet. Wenn es daher auch sehr wahrscheinlich, ja gewiß ist, daß aus der Handlung, der Veranstaltung, dem Betriebe (einer Eisenbahn, eines Bergwerkes usw.) einmal schädliche Folgen sich ergeben werden, so ist nach allgemeinen Grundsätzen ein rechtlich zu beachtender Kausalzusammenhang nicht anzunehmen. Ein gewisses Risiko ist, wie bemerkt, im Leben unvermeidlich, und die allgemeine Nützlichkeit des Unternehmens überwiegt.<sup>69)</sup>

Die Antwort, ob unter den konkreten Voraussetzungen das Risiko gestattet war, pflegt aber das Recht nicht ausdrücklich durch besondere Bestimmungen zu geben. Diese Antwort wird vielmehr gegeben durch das, was bei verständigen Menschen üblich ist, durch das, was ich die Regel des Lebens<sup>68a)</sup> genannt habe,<sup>68a)</sup> und in letzter Linie, wenn solche Regel für den fraglichen Fall sich nicht feststellen läßt, durch die Erwägung, welche Folgen für das Gemeinwohl würden sich ergeben, wenn Handlungen oder Veranstaltungen der fraglichen Art verantwortlich machen, also unzulässig sein sollten, und andererseits, wie würde die Freiheit von Verantwortlichkeit, also die Zulässigkeit solcher Handlungen auf das Gemeinwohl einwirken.

Auch das vollständigste Gesetzbuch wird diese nach der

---

67) Man sieht, wie die Möglichkeit des Vorherschens trägt, wie aber auch die Adäquanz des Kausalzusammenhanges irreführt. Bei Unternehmungen, welche das Gesetz mit einer besonders weitgehenden Haftpflicht belastet, wird letzteres allerdings verdeckt.

69) Der Umstand, daß der Handelnde die Regel des Lebens innegehalten hat, unterbricht aber — was eigentlich selbstverständlich ist — den Kausalzusammenhang im natürlichen Sinne nicht. Ich erblicke hier vielmehr nicht einmal eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges im juristischen Sinne. Der Kausalzusammenhang wird nur nicht beachtet.

wachsenden Einsicht sich ändernde Ergänzung durch das tägliche Leben sich gefallen lassen müssen. Die individuelle Ängstlichkeit, welche sich entfernte Folgen eines untadelhaften Verhaltens ausmalt, kann hier nicht in Betracht kommen, ebensowenig aber der Wunsch des Eigentümers oder Besitzers oder Urhebers einer untadelhaften Veranstaltung, es möge jemand durch die Veranstaltung beschädigt werden, z. B. wenn der Hauswirt, der sich mit einem Mieter gezankt hat, den er vorerst im Hause behalten muß, wünscht, der Mieter möge auf der (in ordnungsmäßigem Stande befindlichen) Treppe den Hals brechen.

Untadelhaft ist eine Handlung auch, wenn ein besonderes Recht,<sup>69a)</sup> z. B. kraft Amtes, dazu besteht. Um die etwaigen Folgen der Ausübung braucht also der Berechtigte sich nicht zu kümmern; z. B. haftet der einen Flüchtling rechtmäßig verfolgende Beamte nicht dafür, daß der Verfolgte, indem er sich zu retten sucht, auf ein Dach klettert und dabei den Hals bricht, oder in einen Teich, in einen Fluß läuft und dabei ertrinkt.<sup>69b)</sup> Die Grenzen der Ausübung des Rechts müssen aber

<sup>69a)</sup> Diese viel angegriffene „Regel des Lebens“ ist neuerdings zu Ehren gekommen. Vgl. insbes. *Rümelin* S. 126 Anm. Nr. 128; *Lammasch* S. 31; *Torp*, *Zeitschr.* 23 S. 87 Anm. (mit Beziehung auch auf die skandinavische Jurisprudenz). Manche, die sich vor meinem Buche über den Kausalzusammenhang bekreuzigten, haben, ohne daran zu denken, die betreffenden Sätze benutzt. Es ist aber andererseits ein Irrtum, wenn *Torp* und andere skandinavische Juristen die Untersuchungen über die Frage des Kausalzusammenhanges für überflüssig erklären, weil die Entscheidung darüber, ob eine Handlung rechtmäßig oder unrechtmäßig sei, ohne weiteres in allen Fällen (wenigstens in allen wirklich praktischen Fällen) die Frage der Verantwortlichkeit für die Folgen entscheide. Denn einerseits kennt das Zivilrecht (wenigstens bei uns) auch Haftung für völlig rechtmäßige Handlungen und Veranstaltungen, und andererseits wird die Rechtmäßigkeit der Handlung von *Torp* ja gerade daraus deduziert, daß die Handlung nicht schädlich sei, d. h. mit andern Worten: rechtmäßig ist eine Handlung, wenn sie nicht schädlich ist, und unschädlich (im Rechtssinne) ist sie, wenn sie rechtmäßig ist. Vgl. gegen *Torp* (der ebenso wie die herrschende skandinavische Jurisprudenz überhaupt der Theorie der reinen Bedingung folgt) auch *Bierling* § S. 70. Übrigens zeigen *Torps* Ausführungen mehrfache Unsicherheiten, so bei der Frage, inwiefern der Dolus des Handelnden in Betracht komme.

<sup>69a)</sup> Es kann aber zuweilen recht zweifelhaft sein, wieweit ein Recht reicht. So hat RG. III. 23./12. 81 E. 5 Nr. 107, bes. S. 311 erklärt, daß eine Stauberechtigung nicht vor strafrechtlicher Verantwortlichkeit schütze, wenn durch die Ausübung der Stauberechtigung eine gemeingefährliche Überschwemmung herbeigeführt werde.

<sup>69b)</sup> Daß der Verfolgende diesen Ausgang etwa vorhersieht, ist rechtlich unerheblich. — L. 29 § 7 (a. E.) D. 9, 2: Der Magistratus haftet nicht, wenn der von ihm rechtmäßig gepfändete Sklav aus Ärger über diese Behandlung sich das Leben nimmt.

genau inne gehalten werden. Droht z. B. der verfolgende Beamte mit unzulässigen Mißhandlungen, so ist er verantwortlich.<sup>70)</sup>

Der erwähnte Grundsatz der Befreiung von Verantwortlichkeit erleidet jedoch zwei Ausnahmen.

**§ 108.** Die erste Ausnahme rein positiver Natur besteht darin, daß ausnahmsweise das Gesetz eine Handlung oder (namentlich oft) eine Veranstaltung oder einen Gewerbebetrieb als nützlich oder unentbehrlich gestattet, aber wegen der im allgemeinen damit verbundenen Gefahr, obschon dieselbe sich nur in verhältnismäßig recht wenigen Fällen in einem schadenden Ereignis realisieren mag, durch positive Bestimmungen dem Unternehmer die Haftung auferlegt für körperliche Verletzungen, die andern bei dem Betriebe zugefügt werden. Hiernach wird der Betrieb, die Unternehmung gewissermaßen einer tadelhaften Handlung gleichgesetzt, dadurch aber die Haftung gleichwohl nicht ausgedehnt auf Ereignisse, die bei solchem Betriebe so fern liegen, daß sie nicht beachtet werden können, z. B. nicht auf den Fall, daß trotz ordnungsmäßiger Vorkehrungen ein Blitzstrahl in Verbindung mit dem Betriebe den Schaden herbeiführt.<sup>71)</sup>

Die zweite eigentlich nur scheinbare Ausnahme besteht darin, daß eine äußerlich untadelhafte, rechtmäßige Handlung dadurch zu einer fehlerhaften wird, daß sie vorgenommen wird lediglich in der Absicht, den später wirklich eintretenden schädlichen Erfolg herbeizuführen.<sup>71a)</sup>

<sup>70)</sup> Vgl. einen derartigen Fall in GArch. 8 S. 780ff. und dazu *Bar*, Lehre vom Kausalzusammenhang S. 60.

<sup>71)</sup> Dagegen gehören Nachlässigkeiten einzelner Personen und selbst verbrecherische Handlungen einzelner Personen zu den Vorfällen, welche ordnungsmäßige Geschäftsführung beim Betrieb einer Eisenbahn zu behindern oder zu vermeiden suchen wird, welche also beachtet werden. Vgl. über einzelnes *Rümelin* S. 77 ff. — Jene Haftung rechtfertigt sich aber nur ausnahmsweise. Allgemein angewendet auf Grund des neuerdings vielfach gepriesenen sog. Veranlassungsprinzips führt sie zum juristischen und nationalökonomischen Unsinn, ebenso wie das verwandte Prinzip: wer den Vorteil aus einer Handlung, einem Unternehmen hat, müsse auch den rein zufällig daraus für andere entstehenden Schaden tragen, ein Prinzip, in dessen Konsequenz es z. B. liegen würde, den Vater für Deliktshandlungen des Sohnes zivilrechtlich haftbar zu machen, da der Vater z. B. nach BGB. § 1601 von der Existenz des Sohnes den Vorteil hat, daß dieser ihm nötigenfalls Unterhalt gewähren muß.

<sup>71a)</sup> Der Eigentümer braucht es nicht zu dulden, daß fremdes Vieh auf seinem Grundstücke sich aufhalte und weide; er kann es vertreiben, muß dabei aber mit einer gewissen Schonung verfahren. Versetzt er die Tiere absichtlich in starken Schrecken, so haftet er, wenn sie fallen und sich beschädigen, L. 39.

Da der Mißbrauch eines Rechts in Wahrheit nicht Rechtsgebrauch ist, so wird bei dieser Annahme nur das Prinzip der Haftung für die beachtlichen Folgen wieder geltend gemacht.

§ 109. Ein Unterschied zwischen später eingreifenden Ereignissen und andererseits Wirkungen schon zur Zeit der Handlung (des angeblich kausierenden Ereignisses) bereits vorhandener Umstände ist bei Beurteilung des Kausalzusammenhangs nicht zu machen; denn jedes spätere Ereignis ist nur die Folge früher vorhandener Umstände, und sogenannte selbständige Kausalreihen, von denen öfter geredet wird, gibt es, abgesehen von dem Eingreifen der Tätigkeit einer zurechnungsfähigen Person, genau betrachtet, nicht. Wer die Einwirkung ungewöhnlicher späterer Vorgänge<sup>71a)</sup> nicht in den Kausalzusammenhang einrechnet, darf auch ungewöhnliche Umstände nicht einrechnen, und umgekehrt. Daher ist auch bei einer Gesundheitsbeschädigung eine wegen ungewöhnlicher Leibesbeschaffenheit des Verletzten eintretende besonders schwere Folge dem Schuldigen strafrechtlich nicht zuzurechnen, wenn diese Folge weder beabsichtigt, noch jene Leibesbeschaffenheit dem Schuldigen bekannt war. In der früheren gemeinrechtlichen Jurisprudenz war dies auch unbestritten. Obschon der Satz galt: „*Vulnera non dantur ad mensuram*“<sup>71b)</sup> d. h. „Wer verwundet, kann sich nicht darauf berufen, daß er genau nicht über ein bestimmtes Maß habe verletzen wollen“, so verlangte man doch, um jemanden wegen Tötung zu verurteilen, daß ein *Factum periculosum* vorliege, d. h., daß ein Mittel zur Verletzung angewendet sei, welches die Gefahr einer tödlichen Verletzung in sich schloß.<sup>72)</sup> Ein leichter Stockschlag, der infolge einer ganz außergewöhnlichen Beschaffenheit der Hirnschale des Getroffenen, oder weil er ein verborgenes Geschwür traf, den Tod des Getroffenen herbeiführte, konnte z. B. nicht als gefährliche Handlung aufgefaßt

pr. D. 9, 2. — Der Zollbeamte (*Publicanus*) haftet, wenn er schikanös Vieh in Beschlag nimmt, L. 2 § 20 D. 47, 8. Vgl. *Windscheid*, Lehrb. d. Pandektenrechts I § 121 Anm. 3. BGB. § 226: „Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.“

<sup>71a)</sup> Über dies und insbesondere die eigene Culpa des Beschädigten vgl. unten.

<sup>71b)</sup> Vgl. *Engelmann*, Schuldlehre S. 89.

<sup>72)</sup> Vgl. *Carpsov* qu. 26; *Damhouder* c. 77 n. 20; *Berger*, *Electa jur. crim.* I S. 277 ff. bes. S. 280 (auf den sich *Stübel* für die entgegengesetzte Ansicht unrichtigerweise beruft). *Leysen* Sper. 595 n. 29.

werden.<sup>73)</sup> Die entgegengesetzte Ansicht, für welche insbesondere die Entscheidung der L. 7. § 5. D. 9, 2 angerufen wurde, ist erst seit *Stübel* (Tatbestand der Verbr. § 151)<sup>74)</sup> mehr und mehr zur herrschenden Ansicht geworden und führt um so mehr zu harten Konsequenzen, als nach unserem StGB. Realinjurie und Körperverletzung nicht mehr scharf geschieden werden, und daher eine irgend nennenswerte Verletzung im Sinne des gewöhnlichen Lebens nicht einmal beabsichtigt zu sein braucht.

§ 110. Auf der seit *Stübel* mehr und mehr herrschend gewordenen Ansicht beruht es auch, daß Bestimmungen der §§ 224, 226 über die schwere Körperverletzung und die Körperverletzung mit tödlichem Erfolge rein im Sinne der sogenannten Bedingungstheorie gedeutet werden, daß also eine völlig abnorme dem Handelnden gänzlich unbekannte Leibesbeschaffenheit des Verletzten jenen ohne weiteres auch für die eintretende schwere Folge verantwortlich machen soll.<sup>75)</sup> Die Härte dieser Bestimmungen hat verschiedene Autoren<sup>76)</sup> veranlaßt, zu ihrer Anwendung eine Fahrlässigkeit des Schuldigen in Ansehung des Eintrittes der schweren Folge zu verlangen. Es läßt sich indes diese Interpretation weder mit dem Wortlaut des Gesetzes noch mit der Tendenz, welche der Gesetzgeber verfolgte, noch endlich mit denjenigen Ansichten vereinigen, welche zur Zeit der Abfassung des Gesetzes die herrschenden waren.<sup>77)</sup> Auch

73) Eine nur skrofulöse Anlage ist aber m. E. nicht eine außerordentliche Leibesbeschaffenheit. Wenn daher diese Anlage die Wirkung eines in das Auge versetzten Faustschlages dahin steigert, daß der Verletzte die Sehkraft auf dem getroffenen Auge verliert, so ist m. E. dem Urteil des RG. III. v. 28./9. 81 E. 5 Nr. 9 S. 29 im Ergebnis beizutreten, wengleich nicht in der weiter reichenden Motivierung. In manchen Fällen wird freilich sich darüber streiten lassen, ob ein bestimmter körperlicher Fehler als ein außergewöhnlicher zu betrachten sei.

74) *Stübel* will vor und bei der Tat schon vorhandene Umstände und nachher eintretende besondere Ereignisse unterscheiden.

75) Vgl. *Schwarze* S. 22; *Wahlberg*, Zeitschr. 2 S. 207 (diese beiden Autoren sind auch *de lege ferenda* einverstanden). Ferner *Olshausen*, Abschnitt 4, Anm 3; *Frank*, § 59 II 3; *Liszt*, § 36 Anm. 7 und die Praxis des RG. Vgl. Entscheidungsgründe in II. 28./9. 81 E. 5 Nr. 9 bes. S. 31 und die (weitgehende) Entscheidung IV. 12./3. 95, E. 27 Nr. 35, S. 93.

76) So *Hälsschner* 1 S. 327; *Berner* S. 122; *Binding* 1 S. 366; *Oppenhoff-Delius* § 224, 11; *Schütze* S. 396.

77) Vgl. im Sinne der herrschenden Ansicht in Beziehung auf Tötung die ausdrücklichen Bestimmungen der früheren Gesetzbücher, für Altenburg 120, Württemberg 236, Hannover 226, Hessen 251, Baden 254, Nassau 244, Thüringen 118, Österreich 134. Für die schwere Körperverletzung ohne tödlichen Erfolg enthielten mehrere dieser Gesetzbücher mildere Bestimmungen, denen zufolge der

kann diese Interpretation, da sie in gewissem Umfange auf rein individuelle Unkenntnis des Verletzenden Rücksicht nehmen muß — wenn auch nicht in Ansehung der sachverständigen Beurteilung — in der Tat zu einer übermäßigen Milde veranlassen.<sup>77a)</sup> Dagegen gestattet der Wortlaut des StGB. sehr wohl eine einschränkende Interpretation im Sinne einer rationalen Theorie des Kausalzusammenhanges; denn das Gesetz spricht von „verursachen“, und dem ebenfalls vorkommenden Ausdrucke „zur Folge hat“ ist dieselbe Bedeutung beizumessen.

Die Autorität der L. 7. § 5. D. 9, 2 dürfte dieser Anwendung der Grundsätze des Kausalzusammenhanges nicht entgegenstehen. Die hier gegebene Entscheidung bezieht sich ausschließlich auf die zivilrechtliche Haftung. Sie läßt sich in doppelter Weise so erklären, daß sie strafrechtlich nicht in Betracht kommt. Erstens kann gesagt werden, daß, wenn jemand einen fremden Sklaven auch nur leicht am Körper verletzt hat, für die Bewertung des zu ersetzenden Schadens das Bedingungsverhältnis entscheidet, und der Schaden des Herrn besteht in dem Verlust des Sklaven. Zweitens aber kann zivilrechtlich geltend gemacht werden, daß, da ein Schaden eingetreten ist, dieser Schaden billigerweise eher dem rechtswidrig Handelnden, als dem Verletzten (dem Herrn des Sklaven) aufzuerlegen sei. Die Worte „*quia aliud alii mortiferum esse solet*“ erscheinen nach der einen wie nach der anderen Erklärung nur als Angabe eines Nebengrundes, der die Entscheidung plausibler macht, nicht als das eigentliche, auch strafrechtlich anzunehmende Prinzip.<sup>78)</sup>

Erfolg nur in Betracht kommen sollte, wenn wenigstens unbestimmter Vorsatz oder Fahrlässigkeit angenommen werden konnte. (Württemberg 260, Baden 225, Nassau 258, Thüringen 131.) Das hannoversche GB. 241 erstreckte dagegen die für Tötung gegebene Vorschrift ausdrücklich auf Körperverletzung, ebenso das bayerische GB. v. 1861 Art. 238. Das sächsische StGB. (1855) hatte keine ausdrückliche Bestimmung über den Kausalzusammenhang bei Tötung, handelte aber in Art. 167, 170 von dem Falle, daß ein bestimmter gesundheitlicher Nachteil („dadurch“) durch die Verletzung oder infolge der Verletzung eingetreten sei. Das braunschweigische GB. § 152 ließ dagegen bei mangelndem Tötungsvorsatz Haftung für Tötung nur eintreten, wenn dieser Erfolg mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war.

<sup>77a)</sup> Einige Urteile des preußischen OT. haben auch richtige sachverständige Beurteilung, seitens des Schuldigen zur Verantwortlichkeit für den eingetretenen schwereren Erfolg gefordert (G. Arch 5 bes. S. 390 und 6 bes. S. 243). Vgl. dagegen: *Oppenhoff-Delius* S. 224 Nr. 11.

<sup>78)</sup> *Rumpf (Sherings)* Jahrb. 49 S. 379) möchte die Autorität des „*Aliud alii mortiferum esse solet*“ auch zivilrechtlich nicht mehr gelten lassen. Die von

§ 111. Leichter hat man es in der Bekämpfung der reinen Bedingungstheorie bei anderen sogenannten Erfolgsdelikten,<sup>79)</sup> bei denen diese Theorie die Autorität eines Ausspruches der römischen Quellen anzurufen nicht in der Lage ist, und bei denen der Erfolg einer schweren Körperverletzung oder Tötung doch nicht so nahe liegt wie bei der Körperverletzung selbst.<sup>80)</sup> War z. B. bei einer Brandstiftung (z. B. an einer Hütte, welche zur Wohnung von Menschen diente) es im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß ein Mensch sich in der Hütte zur Zeit der Tat befand, so ist es schwere Ungerechtigkeit, dem Brandstifter den Tod eines Strolches mit auf Rechnung zu setzen, der sich in höchst geschickter Weise in der Hütte versteckt hatte und deshalb von dem Brandstifter nicht bemerkt wurde. Verlangt man aber mit *Hülschner* 2 S. 620, *Schaper* (in *Holtzendorffs* Hdb. 3 S. 885) und *Binding*, Lehrb. 2 S. 19, in allen solchen Fällen mindestens Fahrlässigkeit des Schuldigen in Ansehung des eingetretenen qualifizierenden Erfolgs, so wird die Strafe in vielen Fällen dem schweren Eindrucke, den die Tat hervorbrachte, nicht entsprechen; denn die Fahrlässigkeit muß dem Schuldigen nachgewiesen werden, und sie ist nicht immer vorhanden, obgleich der schwere Erfolg den Umständen nach als sehr leicht möglich erscheinen mußte.

§ 112. Aber für Folgen, welche an ein doloses Eingreifen<sup>80a)</sup> einer anderen zurechnungsfähigen Person<sup>80b)</sup>

ihm angeführte Entscheidung des RG. aus dem Jahre 1903 geht allerdings schon von der Erwägung aus, daß nach dem regelmäßigen Verlaufe der Dinge die stattgehabte Verfolgung (freilich nicht eine wirkliche Verletzung) nicht die Annahme von daraus sich entwickelnder Gesundheitsbeschädigung habe begründen können, und daß demnach eine Fahrlässigkeit des Beklagten nicht vorliege.

<sup>79)</sup> Daß die Verhängung einer besonders schweren Strafe lediglich nach Maßgabe eines Erfolgs, auch eines solchen, der als wahrscheinlich in keiner Weise vorhergesehen werden konnte, dem Gerechtigkeitsprinzip widerstreitet, wird jetzt mehr und mehr anerkannt. Die Frage, wie die Strafsätze zu gestalten sind, wenn Kausalzusammenhang zwischen einem deliktischen Handeln und einem weiteren Erfolge festzustellen sind, soll hier nicht erörtert werden.

<sup>80)</sup> Z. B. StGB. 118, 178, 220, 221, 239, 241, 307, 312.

<sup>80a)</sup> In den Fällen, wo eine andere Person in den Kausalzusammenhang eingreift, erweist sich die Theorie der *Conditio sine qua non* und ihre Ermäßigung durch das Erfordernis des Vorhersehenkönnen als besonders unzulänglich. Hier weicht denn auch die auf einem gesunden Gefühl ruhende englischnordamerikanische Praxis stark ab von der Praxis des RG.

<sup>80b)</sup> Die Zurechnungsfähigkeit ist hier nach vernünftiger richterlicher Ermessen zu beurteilen. Strafrechtliche wie zivilrechtliche *Praesumptiones juris et de jure*, denen zufolge Unerwachsene bis zu einem gewissen Alter von Verantwortung frei sind, können nur zu letzterem Zwecke, nicht aber zum Nachteil anderer Personen geltend gemacht werden.

sich knüpfen, muß die Haftung für ausgeschlossen erachtet werden — ausgenommen den Fall, daß der Ersthandelnde den Erfolg selbst erstrebte, und daß zugleich das Eingreifen des Zweithandelnden<sup>81)</sup> nicht als ein völlig der Vorstellung und daher auch dem Willensbereiche des Ersthandelnden entzogener außerordentlicher Vorgang erscheint. Der nur fahrlässig Handelnde ist daher, wenn ein anderer die von jenem geschaffene Lage der Umstände dolos zur Herbeiführung eines Erfolgs benutzt, von Verantwortung frei.<sup>81a)</sup>

Zu diesem Ergebnis führt folgende Erwägung. Wollte man diese Unterbrechung des Kausalzusammenhanges für das nicht-dolose Handeln nicht gelten lassen, so würde, falls jemand eine Unvorsichtigkeit begangen hat, ein anderer ihm willkürlich eine Schadensersatzpflicht, ja eine Strafe anzuhängen imstande sein, indem er die von dem Ersthandelnden geschaffene Lage zur Begehung einer zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung, zur Begehung eines Verbrechens benutzt. Andererseits verlangt die allgemeine Rechtssicherheit eine Haftung des Ersthandelnden keineswegs; denn der Ersthandelnde hat schließlich doch nur eine von den unzähligen Möglichkeiten geschaffen, die einem anderen zur Begehung eines Verbrechens zu Gebote stehen. Wenn A ein Gewehr unvorsichtig dahin stellt, wo es leicht durch Entladung Schaden anrichten und insbesondere anderen leicht in die Hände kommen kann,<sup>81b)</sup> und B mit dem Gewehr vorsätzlich den C erschießt, so würde, falls man A für diese Tötung verantwortlich machen wollte, ebenso zu ent-

<sup>81)</sup> In diesem Sinne auch *Helmer* S. 54 und *Wharton*, Cr. L. 1 § 166. *Law of negl.* §§ 90ff., der sich sehr entschieden äußert. — Selbstverständlich kann aber zivilrechtlich jemand durch Vertrag oder Amt besonders verpflichtet sein, doloses Eingreifen anderer Personen (z. B. Beschädigungen) abzuwenden und muß dann auch für Handlungen anderer Schadensersatz leisten. Vgl. im Ergebnisse: RG. I 21./11. 83 EC. 13 Nr. 21 S. 61: Rechtzeitige Zusendung von Kannonementen soll auch rechtswidrige Handlungen anderen verhindern. Die Gründe des reichsgerichtlichen Urteils verlassen hier, um die Haftung zu rechtfertigen, das richtige Prinzip.

<sup>81a)</sup> Dasselbe gilt, wenn ein Zurechnungsfähiger eine Gefahr in bewußter Weise auf Veranlassung eines anderen übernimmt. Der Veranlassende ist hier nicht verantwortlich. *Wharton*, *Law of negl.* §§ 200ff. Nach der Theorie der *Conditio sine qua non* würde er es sein, und von Schuldlosigkeit würde andererseits auch nicht geredet werden können, da der etwa eintretende Erfolg vorhergesehen werden konnte.

<sup>81b)</sup> Anders, wenn den Umständen nach es leicht möglich ist, daß das Gewehr in die Hände zurechnungsunfähiger Kinder gerät. Vgl. Urteil des AG. Kiel 14./3. 72 in *Stengleins* Zeitschr. 2 S. 51.



scheiden sein, wenn es sich nicht um ein geladenes Gewehr, sondern um eine Sense, eine Axt, ja um ein Messer handelte, und mit einem dieser Gegenstände das Verbrechen verübt wurde. Wohin würde man mit dieser Ausdehnung der Verantwortlichkeit gelangen? Wird der Zweithandelnde zum Schadensersatz verpflichtet, bzw. bestraft, so ist andererseits den Anforderungen der allgemeinen Rechtssicherheit genügt.<sup>82)</sup><sup>83)</sup>

§ 113. *Wiechowski* (S. 39) und *Träger* (S. 185) wollen dagegen die Haftung des Ersthandelnden im Falle mangelnder auf den Erfolg gerichteten Absicht nicht allgemein ausschließen, vielmehr Haftung eintreten lassen, wenn die zweite Handlung als eine dem Ersthandelnden berechenbare, daher im adäquaten Kausalzusammenhange stehende betrachtet werden kann. Diese Konsequenz scheint sich als solche zu empfehlen. Aber da die gesamte Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhange doch schließlich nur von praktischen Erwägungen getragen wird, darf und muß man die Konsequenz da abbrechen, wo sie zu einem praktisch unhaltbaren Ergebnisse führt, und andere praktische Erwägungen eine andere Entscheidung rechtfertigen.

<sup>82)</sup> Die Haftung für eine später eingreifende, aber nicht in Berechnung gezogene vorsätzliche Handlung eines Zurechnungsfähigen wird auch von mehreren Anhängern der *Burischen* Theorie als den Kausalzusammenhang unterbrechend abgelehnt. So von *Liszt* § 29 IV und *Frank* S. 16. *Liszt* gründet dies rein positiv darauf, daß nach der im StGB. angenommenen Konstruktion der Anstiftung eine psychische Kausalität ausgeschlossen und die Tat des Täters als freie und selbständige Tat zu betrachten sei, womit denn in allen Fällen des Eingreifens einer freien und vorsätzlichen Tätigkeit eines Zurechnungsfähigen die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges gegeben sei. Es ist aber nicht richtig, daß die im StGB. angenommene Konstruktion der Anstiftung die Verneinung jedweder psychischen Kausalität zur Voraussetzung habe. (Vgl. unten die Lehre von der Teilnahme, und gegen *Liszt* in dieser Beziehung: *Brünnek* S. 59 ff., *Liepmann* S. 63 ff., *Träger* S. 180 ff., auch *Wiechowski* S. 34 ff.) In der Formulierung hat *Liszt* geschwankt. *Frank* a. a. O. scheint, indem er physische Kausalität von einer psychisch vermittelten unterscheidet, sich der von *Liszt* gegebenen Begründung anzuschließen. Richtig ist aber, daß die Annahme, es werde durch die dolose Handlung eines anderen der Kausalzusammenhang nicht unterbrochen, in ihren Konsequenzen mit der in unserem StGB. angenommenen Konstruktion der Teilnahme nicht vereinbar erscheint.

<sup>83)</sup> Die moralische Verantwortlichkeit kann weiter reichen. Sie wird mit der rechtlichen verwechselt von *Haas* (Die Mehrtäterschaft, Freiburger Diss. 1898 S. 49), der den Ersthandelnden wegen Fahrlässigkeit, den Zweithandelnden wegen dolosen Delikts in folgendem Falle verantwortlich macht. Der Wirt eines niederbayerischen Dorfwirtshauses, in dem es erfahrungsmäßig bei der Kirchweih zu Schlägereien kommt, läßt während des Tanzes ein geladenes Gewehr an der Wand des Tansaals hängen. (Das wird doch kaum vorkommen.) Einer der betrunkenen Bauern erschießt den anderen. Die moralische Beurteilung braucht um Konsequenzen sich nicht so genau zu kümmern, da der einzige Nachteil, der sich an eine moralische abfällige Beurteilung knüpft, diese Beurteilung selbst ist. *Haas* S. 50 verwickelt sich denn auch in einen Widerspruch.

Positiv rechtlich ist die durch *Wiechowski* und *Träger* vertretene Ansicht aber deshalb nicht zu halten, weil damit die unzulässige Annahme einer fahrlässigen Teilnahme an einer von einem anderen dolos verübten Handlung unausweichlich gegeben wäre.<sup>84)</sup>

*Träger* (S. 184) benutzt zur Unterstützung seiner Ansicht folgendes Beispiel: A schickt den B in ein Café, wo C, wie A weiß, zur bestimmten Stunde eine Bombe werfen wird. Werde B hierbei getötet, so sei A trotz des Dazwischentretens der freien Handlung des B wegen vollendeter Tötung zu bestrafen.

Gewiß! Aber es ist klar, daß A in diesem Falle dolos gehandelt und die Handlung des B, auf welche er rechnete, zu einem Bestandteil seines Handelns gemacht hat. Das Beispiel beweist also nicht.

Ebensowenig beweist aber eine von *Träger* (S. 247) herangezogene reichsgerichtliche Entscheidung.<sup>85)</sup> S. hatte schwere Brandwunden dadurch erlitten, daß J auf Anstiften des P die Jacke, die S am Leibe trug, in Brand steckte, während S tanzte. H hatte die Jacke des S zuvor mit Petroleum begossen, das er vom Wirte W zu diesem Zwecke erhalten hatte. Das Berufungsgericht hatte die Verurteilung des H und W zur Zahlung einer Rente an S von der Verweigerung des Eides der beiden abhängig gemacht, des Inhalts, daß sie von der Absicht des P oder J, die Kleider des S in Brand zu setzen, keine Kenntnis gehabt hätten. Das Reichsgericht hat dieses Urteil aufgehoben, indem es ausführt: „daß der schädliche Erfolg selbst durch die hinzutretende freie Handlung eines Dritten herbeigeführt wird, hebt den auf die erste die Kausalkette beginnende Handlung zurückführbaren Kausalzusammenhang nicht auf, wenn diese freie Handlung im Bereiche des Vorsehbaren gelegen war.“

Offenbar hatten H und W dolos gehandelt. Denn welche andere Absicht konnte dem Begießen der Jacke mit Petroleum

---

<sup>84)</sup> Vgl. *Helmer* S. 55. — Eine andere von *Wiechowski* S. 39 gezogene höchst bedenkliche Konsequenz ist folgende: A hat Gift in ein Glas Wasser gemischt, indem er hofft und beabsichtigt, daß B, der mit Selbstmordgedanken umgeht, die gute Gelegenheit zum Selbstmord benutzen werde. B trinkt in der Tat das Gift, wissend daß es Gift ist, und stirbt. A soll nicht etwa wegen Beihilfe zum Selbstmorde, sondern als Mörder des B bestraft werden.

<sup>85)</sup> RG. VI. 14./12. 96. *Bolse*, Praxis des RG. 23 Nr. 28, S. 87 ff.

zugrunde liegen, als die, den Brand der Jacke durch einen günstigen Zufall oder durch absichtliche Handlung eines anderen, z. B. durch Berührung mit einer brennenden Zigarre, herbeizuführen? H und W hatten auch dergleichen in einem Tanzlokale nicht gerade der feinsten Gesellschaft zuweilen vorkommende schlimme Scherze oder Bosheiten zweifellos mit in Berechnung gezogen, und solche Berechnung braucht nicht auf ein Individuum oder mehrere individuell bestimmte Personen sich zu beschränken. Man kann, eine günstige Gelegenheit absichtlich schaffend auch darauf rechnen, daß irgend jemand diese Gelegenheit zur Begehung einer strafbaren Handlung benutzen werde. Es war daher unrichtig, daß das Berufungsgericht die Entscheidung des Rechtsstreits von dem Umstande abhängig machte, daß die Beklagten gerade von der betreffenden Absicht jener individuell bestimmten Personen keine Kenntnis hatten, und mit Recht hat das RG. der auf diesen Fehler sich gründenden Revisionsbeschwerde stattgegeben. Die Entscheidungsgründe des Reichsgerichts lauten nun allerdings im Sinne der Ansicht *Trägers*. Aber dies beweist nicht, da die Entscheidung auch aus anderem Grunde sich rechtfertigt. Gerichtliche Entscheidungsgründe, auch die vom RG. gegebenen, schießen in schwierigen Fällen zuweilen über das Ziel hinaus.

Dagegen wird man allerdings dem allgemeinen Grundsatz gemäß in folgendem Falle einer dolosen Handlung (mit *Träger* S. 186) den Kausalzusammenhang als unterbrochen zu betrachten haben. Der Wildschütz A hat den Förster B in Tötungsabsicht verwundet; B, im Walde liegēbleibend, wird von C (etwa einem dem A völlig unbekanntem Strolche), der ihn später findet, ausgeraubt und durch Dolchstoß getötet.<sup>86)</sup> So bemerken auch die Entscheidungsgründe eines reichsgerichtlichen Urteils,<sup>86a)</sup>

---

<sup>86)</sup> Übrigens paßt auf Handlungen von Angehörigen wilder Stämme, die völlig außerhalb unserer Kultur und eines dem unsrigen zu vergleichenden Strafgesetzes stehen, die im Texte gegebene Entscheidung nicht (vgl. das ferner von *Träger* a. a. O. benutzte Beispiel). Die Handlungen solcher Wilden können lediglich als mehr oder minder wahrscheinliche Naturereignisse in Betracht gezogen werden. Hier wäre Haftung denkbar, wenn jemand in unmittelbarer Nähe solcher Wilden grob fahrlässig ihnen Gelegenheit zur Ermordung anderer Personen verschafft hätte.

<sup>86a)</sup> Vgl. in diesem Sinne auch RG. III. 9./2. 83 (Zivilsache), *Scuffert*, Archiv 38 Nr. 211, und *Dernburg*, Pandekten I § 45.

es könne derjenige, welcher einen anderen vorsätzlich und tödlich verwundete, nicht einer vollendeten, sondern nur einer versuchten vorsätzlichen Tötung schuldig sein, wenn durch die hierauf folgende Tat eines (jedoch nicht in Mittäterschaft handelnden) Zweiten der Tod des Verwundeten beschleunigt worden sei.

§ 114. Zweifelhafter ist der Fall, wenn auf eine fehlerhafte (fahrlässige) Handlung wieder eine nur fahrlässige Tätigkeit eines anderen folgt. Ist dann nicht auch die Tätigkeit des Ersthandelnden als kausal zu betrachten? Es wird meiner Ansicht nach hier darauf ankommen, ob ein solches Eingreifen weiterer fahrlässiger Tätigkeit dem Ersthandelnden beachtlich erscheinen mußte, ob es nach Lage der Sache leicht vorkommen konnte. Dies wird aber jedenfalls dann nicht anzunehmen sein, wenn dem Ersthandelnden nur ein leichtes, dem Zweithandelnden aber ein grobes Versehen zur Last fällt; denn die nachfolgende Begehung grober Versehen seitens anderer bei allen Handlungen mit in Berechnung (Beachtung) zu ziehen, kann wahrlich nicht verlangt werden. Anders, wenn eine leichte Fahrlässigkeit zur Herbeiführung des Erfolges genügt; denn leichte Versehen werden oft begangen.

In der Regel wird nur entweder dem Ersthandelnden oder dem Zweithandelnden der Vorwurf grober Fahrlässigkeit gemacht werden können, nicht aber werden beide in gleicher Schuld sich befinden. Tatsächlich wird also fast immer derjenige verantwortlich sein, den die größere Schuld trifft;<sup>86a)</sup> ein Prinzip, das in gewisser Weise ja auch in § 254 des BGB. zur Anwendung gebracht ist.<sup>87)</sup> Und in der Regel wird dem Zweithandelnden auch, sofern ihm ein Vorwurf gemacht werden kann, die schwerere Schuld treffen; denn er steht dem schädlichen Erfolg näher und kann die Sachlage meist besser übersehen. Kann er es nicht, so wird er überhaupt von Fahrlässigkeit frei sein.

Danach sind verschiedene zweifelhafte Fälle leicht zu entscheiden. Wer einen geladenen Revolver in der Tasche

<sup>87)</sup> Ausdrücklich freilich nur, wenn der Beschädigte unmittelbar bei seiner Beschädigung mitgewirkt hat, und nach einer arbiträren (m. E. nicht zu rechtfertigenden) Billigkeitserwägung, mit der Modifikation, daß sogar, wenn dem Beschädigten selbst überwiegendes Verschulden zur Last fällt, dem Minder-schuldigen ein Teil des Schadenersatzes auferlegt werden kann.

seines in der Theatergarderobe abgegebenen Überziehers unachtsam stecken läßt, macht sich einer Fahrlässigkeit schuldig, meistens einer nur leichten; daß nun der Logenschließer den Revolver nimmt und grob fahrlässig damit einen andern erschießt, ist für den Besitzer des Revolvers ein nicht beachtlicher Verlauf.<sup>88)</sup> Anders, wenn durch Fallen des Überrocks oder Fallen des Revolvers aus der Tasche die Entladung erfolgt wäre. Wer sich zu der Wette erbietet, er könne eine sehr große Quantität Branntwein auf einen Zug, ohne nur trunken zu werden, austrinken, handelt in Hinsicht der eigenen Gesundheit grob fahrlässig, und er steht, wenn er durch Alkoholvergiftung alsbald stirbt, dem schädlichen Ereignisse am nächsten, näher als derjenige, der die Wette annimmt; er verursacht im rechtlichen Sinne seinen Tod allein, nicht derjenige, der die Wette annimmt; dieser müßte sonst besonders sachkundig sein und wissen, daß solcher Branntweingenuß in sehr vielen Fällen tödlich verlaufen wird.<sup>88a)</sup> Wenn ferner jemand einem Büchsenmacher ein geladenes Gewehr zur Reparatur übergibt, so gehört die Folge, daß durch Selbstentladung jemand getötet oder verletzt werden könne, allerdings zu den beachtlichen; aber da das Gewehr einem Sachkundigen übergeben wird, von dem vorauszusetzen ist, daß er vorsichtig sein werde, und insbesondere, bevor er eine weitere Manipulation vornimmt, sich davon überzeugen wird, daß in dem Gewehr ein Schuß nicht stecke, so ist die Folge, daß durch eine Manipulation des Büchsenmachers jemand verletzt werden könne, nur höchst entfernt beachtlich. Wenn also diese Folge doch eintritt, so war sie für den Büchsenmacher, dem öfter geladene Gewehre zum Entladen gegeben werden, in weit höherem Grade beachtlich. Demnach wird der Büchsenmacher allein zur Verantwortung zu ziehen und der Eigentümer nicht einmal zivilrechtlich verantwortlich sein; er konnte sich auf die Sachkunde und Vorsicht des Büchsenmachers verlassen.<sup>89)</sup>

<sup>88)</sup> Die entgegengesetzte Entscheidung des RG. ist oben erwähnt. Dies Beispiel zeigt, daß der Schuld begriff bei bloßer Fahrlässigkeit des Ersthandelnden keineswegs immer die Verantwortlichkeit ausschließen würde, wie *Träger* S. 185 meint.

<sup>88a)</sup> OT. Berlin 10./6. 66. GArch. 14 S. 533ff. hielt die Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung in solchem Falle für gerechtfertigt. Die Konsequenz ist, daß auch der Gastgeber wegen Gesundheitsbeschädigung strafbar ist, wenn er seine Gäste zu übermäßigem Essen oder Trinken ermuntert, und diese, seiner Aufforderung folgend, erkranken. Vgl. oben die Bemerkung *Leysers*.

In der Regel wird also, wenn nicht die Fahrlässigkeit des Ersthandelnden eine besonders große ist, der Kausalzusammenhang durch eine weitere Fahrlässigkeit eines anderen unterbrochen<sup>90)</sup> und dies entspricht auch der Auffassung des gewöhnlichen, praktischen Lebens, und ebenso dem alten Satze: „*In jure non remota causa, sed proxima spectatur.*“<sup>91)</sup>

Denkbar ist allerdings, daß auch eine leichte Fahrlässigkeit nur deshalb, weil später eine leicht fahrlässige Handlung eines anderen eingreift, den schädlichen Erfolg herbeiführt.<sup>92)</sup>

<sup>89)</sup> Vgl. über einen solchen Fall, in welchem außer dem Büchsenmacher der Eigentümer des Gewehres (Student) zu einer geringen Strafe verurteilt wurde, *Pfizer*, GS. 27 S. 548 ff., der sonderbarerweise die Ursache des Vorfalles darin erblickt, daß der Eigentümer das Gewehr in den Laden des Büchsenmachers gebracht hatte. Dahin führt eine rein physikalische Auffassung des Kausalzusammenhanges. Warum nicht (nach dem von *Pfizer* zitierten Satze: „*Causa causae est causa causati*“) der Verfertiger des Gewehres oder der Vater des Studenten, der diesem etwa das Gewehr geschenkt hatte? *Pfizer* will aber freilich die Schuldfrage von der Kausalfrage absolut trennen. — Auch *Träger*, S. 277, nimmt an, daß sowohl der Student wie der Büchsenmacher in dem erwähnten Falle eine entscheidende (komplementär entscheidende) Bedingung zum Erfolg gesetzt, jeder den ganzen Erfolg verursacht habe. Die Haftung für den Schaden soll dann nach *Trägers* Ansicht davon abhängen, ob Fahrlässigkeit anzunehmen sei. Dies aber führt zurück auf die Frage, ob dem einen oder anderen der Beteiligten oder auch beiden der Erfolg als adäquat erschienen, d. h. ob Kausalzusammenhang im Sinne *Trägers* vorhanden war.

<sup>90)</sup> Vgl. L. 52 pr. D. 9, 2: Wer einen Sklaven verwundet hat, haftet nicht für dessen Tod, wenn dieser durch fehlerhafte Behandlung des Arztes oder durch *neglegentia* des Herrn herbeigeführt ist. — Die Praxis der Strafsenate des RG. erkennt diesen Satz, wie bemerkt, nicht an. Es genügt nach einem Urteile I. 12./4. 80 E. I Nr. 174 S. 373, daß der Ersthandelnde bei gehöriger Aufmerksamkeit sich die Handlung des anderen »als möglich bevorstehend« (*sic*) zum Bewußtsein gebracht haben würde, um jenen wegen fahrlässiger Herbeiführung des Erfolges zu verurteilen.

<sup>91)</sup> Übereinstimmend mit dem im Texte Gesagten *Wharton* I § 160.

<sup>92)</sup> Zivilrechtlich kann die Haftung weiter reichen, einmal wegen besonderer (insbesondere kontraktlicher) Verpflichtung, Beschädigungen, die von anderen Personen ausgehen können, zu verhüten, sodann, weil wegen vorgenommener rechtswidriger Handlung für den gesamten daraus hervorgehenden Schaden gehaftet wird. Damit erledigt sich das Beispiel, welches *Kries* S. 239, 240 und *Wiechowski* S. 39, 40 gegen die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch eingreifende, nicht in Berechnung gezogene Handlungen dritter benutzen. Die strafrechtliche Wendung, welche *Wiechowski* diesem Beispiele gibt, dürfte kaum sehr beweiskräftig sein, auch wenn angenommen würde — was wohl eine Gesetzgebung nie tun wird —, daß fahrlässige Beschädigung beliebiger fremder Sache zu einem öffentlich strafbaren Delikte erklärt wäre; denn wer eine fremde Uhr (insbes. Taschenuhr) ohne Erlaubnis des Eigentümers zur Nachtzeit draußen an ein Erdgeschossenfenster an einer belebten Straße hängt, wird entweder zurechnungsunfähig sein (z. B. betrunken), oder er handelt dolos. Im ersten Falle wird er auch nach *Wiechowski* straffrei sein, im zweiten wäre er (falls die Uhr gestohlen und dem Eigentümer völlig verloren geht) wegen doloser Sachbeschädigung zu strafen, wenn die Uhr verloren geht, und man das Delikt der Sachbeschädigung

Zivilrechtlich werden hier beide — der Ersthandelnde wie der Zweithandelnde — haften, aber strafrechtlich dürfte die Fahrlässigkeit des einen und des anderen der beiden Beteiligten kaum in Betracht kommen.

War aber der eingetretene Verlauf für den später Handelnden, weil ihm die entscheidenden Umstände unbekannt waren, nicht beachtlich, und war derselbe umgekehrt dem Ersthandelnden beachtlich, so ist letzterer allein verantwortlich;<sup>92a)</sup> so ist, wer Explosivstoffe vorschriftswidrig mittels Schiff oder Eisenbahn versendet, allein für die Explosion verantwortlich, falls dem expedierenden Beamten der Inhalt der zur Beförderung übergebenen Kiste nicht oder nicht leicht erkennbar war, und selbstverständlich ist es vollkommen unerheblich, daß etwa die Kiste durch die Hände vieler Personen geht, die sämtlich von dem Inhalt nichts wissen.<sup>93)</sup> Es kann daher freilich der später Handelnde für eine Beziehung des Verlaufs haftbar sein, während er für eine andere, dem eben Gesagten zufolge, nicht haftet. Wenn ein Arbeiter, der eine Kiste auf einen Dampfer zu transportieren hat, diese unvorsichtig fallen läßt, so daß sie und ihr Inhalt zertrümmert, zugleich aber eine andere Kiste zur Explosion gebracht wird, so haftet er und der Transportunternehmer zwar für die Beschädigung der ihnen anvertrauten Kiste und ihren Inhalts, nicht aber für die Explosion und deren Folgen, für welche vielmehr der Absender der mit Explosionsstoff gefüllten Kiste allein verantwortlich sein wird.<sup>94)</sup>

auf dergleichen Fälle nichtkörperlicher Schädigung ausdehnt. (Das Beispiel würde besser passen, wenn angenommen wird, daß ein Vorübergehender die Uhr mutwillig zertrümmert.)

<sup>92a)</sup> In folgendem Falle wurde der Angeklagte F. in England auf Anweisung des Richters freigesprochen. Er hatte vorsichtigerweise sein Gewehr entladen. Während er zur Kirche ging, lud jemand, der zur Familie eines Freundes gehörte, das in der Wohnung des letzteren belassene Gewehr wieder. Als F. auf dem Heimwege das Gewehr seiner Frau abnahm, ging der Schuß los und tötete F.s Frau. *Russell* 3 S. 175.

<sup>93)</sup> Ebenso *Wharton* 1 § 161 und die in *Whartons "Law of negligence"* §§ 851—856 zitierten und bzw. mitgeteilten Entscheidungen englischer und nordamerikanischer Gerichte.

<sup>94)</sup> *Wharton* 1 § 161, *Law of negligence* §§ 90, 854, 855. *Hass*, S. 25. führt den im Text angeführten Fall — unter der Annahme, daß der Transportunternehmer selbst die Kiste vorschriftswidrig mit Explosionsstoffen gefüllt habe — gegen den Satz an, daß eine zweite eingreifende Fahrlässigkeit — hier die Fahrlässigkeit des Arbeiters — den Kausalzusammenhang unterbreche. Er beachtet dabei nicht, daß Beschädigung der Kiste und der weitere durch die Explosion entstehende Schaden zwei verschiedene Erfolge sind: jene fällt dem Arbeiter zur

§ 115. Ein an sich fehlerhaftes späteres Handeln einer andern Person kann aber gleichwohl als beachtliche Folge dem Ersthandelnden zugerechnet werden, wenn jenes fehlerhafte Handeln auf einem Zustande der Bestürzung oder geistiger Verwirrung beruht, der eine nicht ungewöhnliche Folge eines im Kausalzusammenhange mit inbegriffenen Ereignisses ist.<sup>95)</sup> Wer die Pferde eines Wagens erschreckt, so daß diese durchgehen, haftet für die Verletzung, die sich ein Insasse des Wagens dadurch zuzieht, daß er im Schrecken, um sich zu retten, in verkehrter Weise aus dem Wagen springt, sollte auch bewiesen werden, daß andere im Wagen befindliche Personen, die ihren Sitz nicht verließen, ohne Schädigung davon kamen. Ja, der Ersthandelnde könnte verantwortlich sein strafrechtlich und zivilrechtlich für einen Schaden, den ein anderer einem Dritten zufügt, wie in England in einer berühmten, als "*leading case*" behandelten Entscheidung<sup>95a)</sup> angenommen wurde, wenn die nachfolgende Handlung jenes andern als eine natürliche, z. B. durch Erschrecken veranlaßte Folge der tadelnswerten Handlung des Ersteren anzusehen wäre. (A hatte auf einem Jahrmarkte einen sog. Schwärmer in den Verkaufsstand des B. geworfen; B nahm erschreckt den brennenden Gegenstand und warf ihn fort; der Schwärmer fiel in den Verkaufsstand des C, wo er explodierte und das Auge des C verletzte. A's Handlung, nicht diejenige des B, wurde als Ursache des Schadens betrachtet.) Selbstverständlich gibt es aber auch hier eine Grenze. Für völlig unvernünftige Handlungen einer überaus ängstlichen Person wird nicht verantwortlich gemacht werden dürfen wer durch eine an sich schuldhafte Handlung jene Person erschreckt hat.<sup>95b)</sup> Es gibt auch Lebenslagen, in denen man sich durch bestimmte Vorgänge nicht aus der Fassung

---

Last, der den Inhalt der Kiste nicht kennt; für die Explosion ist allein der Unternehmer verantwortlich.

<sup>95)</sup> Auch durch besondere Eile, durch welche ein größerer Schaden, ein bedeutendes Unglück verhütet werden soll, kann ein an sich fehlerhaftes Verhalten gerechtfertigt sein, so daß dann der Kausalzusammenhang nicht unterbrochen wird. Vgl. RG. I. 1./10. 80, E.C. 2 Nr. 24, bes. S. 88. Ebenso *W'harton, Law of negl.* § 314 und die daselbst besprochene Entscheidung.

<sup>95a)</sup> *W'harton, Law of negl.* § 95.

<sup>95b)</sup> Hat die der Regel des Lebens entsprechende Handlung eines anderen zufällig einen den Schaden steigernden Erfolg, so wird der Kausalzusammenhang nicht unterbrochen: z. B. an einer mit Narkose verbundenen Operation stirbt der Verwundete.



bringen lassen darf. Wer z. B. in Berlin den Potsdamer Platz als Fußgänger passiert, darf sich nicht aus der Fassung bringen lassen, wenn er plötzlich unmittelbar hinter sich einen Wagen erblickt. Der Kutscher haftet hier nicht, wenn jemand erschreckt einen völlig ungeeigneten Schritt macht und so unter die Räder des Wagens gerät.

§ 116. Eine Handlung, welche als eine den Umständen nach durchaus vernünftige erwartet werden kann, insbesondere eine Handlung, welche den eingetretenen Schaden vermindern oder schlimmere Folgen abwenden soll, unterbricht, wenn sie zweckmäßig erscheint, den Kausalzusammenhang nicht, sollte sie auch im einzelnen Falle mißglücken und somit die Folgen verschlimmern,<sup>96)</sup> vorausgesetzt, daß dieses Mißglücken nicht aber ein außergewöhnliches Ereignis ist.

Ebenso unterbricht den Kausalzusammenhang nicht eine Handlung, welche einer moralischen oder gar rechtlichen Pflicht entspricht. Die Haftung des fahrlässig Ersthandelnden wird also nicht ausgeschlossen, wenn jemand, der einer solchen Pflicht genügt, beschädigt wird. Z. B. jemand sucht durchgehende, vor einem Wagen gespannte Pferde, durch die eine große Gefahr droht, aufzuhalten. Wer das Durchgehen verschuldet hat oder dafür haftet, haftet auch für die Beschädigung des Anhaltenden, wenn dieser z. B. geschleift wird,<sup>97)</sup> ebenso für die Tötung desjenigen, der es unternimmt, bei einem von dem Beklagten verursachten Ereignisse eine andere Person zu retten. Der Zweithandelnde handelt hier so, wie man es erwarten kann.<sup>97)</sup> Bei unvernünftigen Rettungsversuchen wäre freilich anders zu entscheiden.

Häufig — nicht immer — wird Unterbrechung des Kausalzusammenhanges ausgeschlossen, also die Verantwortlichkeit des Ersthandelnden fort dauern, wenn die später durch ihre

<sup>96)</sup> Übereinstimmend RG. VI. 21./3. 92, E.C. 29 Nr. 31, bes. 121, 122. Vgl. auch RG. VI 20./2. 1902, E.C. 50 Nr. 49, bes. S. 223. — E.C. 29 S. 122 wird ein früheres Urteil des RG. angeführt, in welchem Kausalzusammenhang in folgendem Falle angenommen wurde. Beklagter hatte seiner Pflicht, bei Glatteis den Bürgersteig zu bestreuen, nicht genügt und Kläger sich deshalb, um einen weniger gefährlichen Weg zu finden, auf den Fahrdamm begeben. Hier war er gefallen und hatte Verletzungen erlitten.

<sup>97)</sup> Möglicherweise könnte auch die mit Lebensgefahr verbundene Rettung von Sachen höchst bedeutenden Wertes bei einem Brande als vernünftige Handlung angesehen werden. In der Regel aber wird die Rettung von Sachen unter weitgehender Gefährdung des eigenen Lebens nicht als vernünftig gelten können.

Tätigkeit eingreifende Person zurechnungsunfähig ist. Daß zurechnungsfähige Personen grob fehlerhaft oder gar vorsätzlich handeln, ist in der Regel nicht im Voraus zu beachten, wohl aber, daß zurechnungsunfähige Personen fehlerhaft tätig werden. Indes muß doch den Umständen nach eine solche Tätigkeit einer zurechnungsunfähigen Person nicht gerade unwahrscheinlich sein. Ich brauche nicht immer daran zu denken, daß Kinder, die mir fremd sind, mein Zimmer, Laboratorium, meine Fabrikräume betreten, worin sich gefährliche Werkzeuge oder Stoffe befinden, und damit sich selbst<sup>98)</sup> oder andere beschädigen.

Eine Haftung mehrerer nacheinander durch ihre Tätigkeit in einen tatsächlichen Verlauf eingreifender Personen für einen dadurch bedingten Schaden ist daher keineswegs absolut ausgeschlossen, namentlich nicht nach Zivilrecht, demzufolge auch für geringe Fahrlässigkeit gehaftet wird.<sup>99)</sup>

§ 117. Noch weniger oft ist der Kausalzusammenhang ausgeschlossen, vielmehr zivilrechtlich immer und strafrechtlich häufig anzunehmen bei gleichzeitigem fehlerhaften Handeln noch einer andern oder mehrerer anderer Personen. Hier steht keine der in Betracht kommenden Personen dem Erfolge (dem schadenden Ereignisse) näher als die andere, und sollte die eine zivilrechtlich nicht haften, so würde auch die andere nicht haften, der Beschädigte also leer ausgehen.

Häufig wird auch die Möglichkeit eines gleichzeitigen fehlerhaften Handelns des andern ohne weiteres für jeden der Beteiligten beachtlich sein; so, wenn mehrere Personen in fehlerhafter Weise einen Balken aufheben oder herabwerfen<sup>100)</sup> und dabei jemanden verletzen; wenn zwei Kutscher in fehlerhafter Weise um die Ecke einer Straße einander entgegen fahren, und bei dem Zusammenprall Insassen des Wagens verletzt werden. Dann wird, wenn die Unachtsamkeit groß genug ist, auch strafbare Fahrlässigkeit vorliegen.<sup>101)</sup> Allerdings kann

<sup>98)</sup> Über diesen besonderen Fall vgl. noch unten zu Anm. 112.

<sup>99)</sup> In meiner „Lehre vom Kausalzusammenhang“ hatte ich die Ausschließung der Haftung des Ersthandelnden durch Eingreifen einer fahrlässigen späteren Tätigkeit eines andern zu absolut dargestellt.

<sup>100)</sup> L. 11 § 4 D. 9, 2: „*Si plures trabem deiecerint et hominem oppresserint, aequae veteribus placet omnes lege Aquilia teneri.*“

<sup>101)</sup> Übereinstimmend *Wharton* 1 § 162 und *Law of negligence* § 144 und die daselbst zitierten Entscheidungen. — RG. III. 18./12. 82 E. 7 Nr. 99 S. 332.

das Eingreifen der Unvorsichtigkeit eines andern recht unwahrscheinlich, also nicht beachtlich sein, und dann liegt strafrechtlich ein Zufall vor. Selbstverständlich ist, daß eine gewollte oder auch nur in Berechnung gezogene Tätigkeit anderer dem Täter unbedingt mit zuzurechnen ist,<sup>101a)</sup> und daß, sofern überhaupt für den Schaden gehaftet wird, die Haftung sich auf den gesamten Schaden erstreckt.<sup>102)</sup> Wenn aber z. B. mehrere Personen auf einen andern losschlagen, und eine jener Personen unerwartet dabei plötzlich ein besonders gefährliches Instrument benutzt, so fehlt für die übrigen Personen, bezüglich der mittels dieses Instrumentes zugefügten besonders schweren Verletzungen der Kausalzusammenhang. Und festzuhalten ist, daß, wenn eine der zu gleicher Zeit tätigen Personen dolos handelt, die nur

Die Wärterin B, welcher die Aufsicht über eine, wie ihr bekannt, am Selbstmordtriebe leidende Geisteskranke anvertraut war, hatte vorschriftswidrig ohne abgelöst zu sein, das Zimmer der Geisteskranken verlassen und dabei auch die Tür dieses Zimmers offen stehen lassen. Gleichzeitig hatte eine andere Wärterin das in der Nähe befindliche Badezimmer vorschriftswidrig nicht verschlossen. Die Geisteskranke ertränkte sich im Badezimmer. Das RG. hat in Übereinstimmung mit dem Landgerichte den Kausalnexus bejaht und die Verurteilung beider Wärterinnen wegen fahrlässiger Tötung der Geisteskranken für gerechtfertigt erklärt. — Vgl. auch beiläufig die Entscheidungsgründe in einem Urteile des früheren bayerischen KH. 14./2. 72. *Stengleins Zeitschr.* 2 S. 278.

<sup>101a)</sup> Der von *Träger* S. 278 besprochene, zuerst von *Crome* angeführte Fall wird sich, so wie er mitgeteilt ist, mit voller Sicherheit nicht entscheiden lassen. Die schädlichen Abwässer zweier Fabriken verursachen erst durch ihr Zusammenwirken die Tötung der dem X gehörigen Fischbrut. Wenn der Eigentümer der einen Fabrik A nur soviel verdorbenes Wasser dem Flusse zuführt, daß darunter die Fischbrut nicht leiden kann, und darauf erst der Eigentümer der Fabrik B, nunmehr das gleiche tuend, die Tötung der Fischbrut herbeiführt, so haftet zunächst er allein, wenn er, wie wahrscheinlich, von dem Verfahren des A Kenntnis hat. Hemmt aber A, nachdem er von dem Verfahren des B Kenntnis erhalten hat, nun den Zufluß aus seiner Fabrik nicht, so wird er mit B solidarisch für den Schaden verantwortlich sein. Der letztere Fall ist der wahrscheinlichste, und da A und B rechtswidrig verfahren sind, so muß im Zweifel zugunsten des Beschädigten entschieden werden, wie *Träger* auch entscheidet. Der von *Träger* für die Haftung für den gesamten Schaden angeführte Grund, wenn auch nur eine der Ursachen gefehlt hätte, wäre der Schaden nicht eingetreten, paßt aber nicht, da *Träger* gerade Ursache und *Conditio sine qua non* unterscheidet.

<sup>102)</sup> Zuweilen kann es zweifelhaft sein, ob gleichzeitiges oder nachfolgendes Handeln stattfindet. Z. B. ein Betrunkener oder ein Tauber geht auf dem Fabrikdamm; ein Kutscher überholt und überfährt ihn. In solchem Falle hat der Kutscher aber meist länger als der Verletzte die Möglichkeit, den Unglücksfall zu vermeiden; der Unglücksfall steht also, wenn der Kutscher überhaupt fehlerhaft handelte, z. B. die Pferde noch rechtzeitig anhalten konnte, mit der fehlerhaften Tätigkeit im Kausalzusammenhange, während dieser, was das Verhalten des Trunkenen oder Tauben anbetrifft, fehlt. Vgl. *Wharton* 1 § 163 und *Law of negl.* § 306.

fahrlässig mitwirkende für verantwortlich nicht erklärt werden darf.<sup>102 a)</sup>

Möglich, wengleich bei genauerer Betrachtung in strafrechtlicher Beziehung höchst selten zutreffend,<sup>103)</sup> ist es, daß eine jede von mehreren selbständigen Tatsachen oder Tätigkeiten hingereicht hat, den Schaden (den Erfolg) herbeizuführen. A und B erschießen den C gleichzeitig, oder zwei Fabrikanten, die verschiedene Maschinenteile zu liefern haben, kommen gleichzeitig in Verzug, verhindern also, der eine wie der andere, den rechtzeitigen Gebrauch der Maschine. Wie *Enneccerus* (Bürgerl. R. 1 § 160 Anm. 5) hervorhebt, versagt hier selbst die Theorie der *Conditio sine qua non*; dagegen führt die Theorie des Kausalzusammenhanges nach Maßgabe der leicht möglichen Folgen ohne Schwierigkeit zu der dem Rechtsgefühl entsprechenden Entscheidung, daß A und B solidarisch haften.<sup>104)</sup>

§ 118. Bedient jemand sich anderer Personen bei Ausführung einer Arbeit, so findet im strafrechtlichen Sinne Kausalzusammenhang zwischen dem Auftrage und dem etwa von den Arbeitern schuldhaft angerichteten Schaden nicht statt. Kausalzusammenhang kann aber angenommen werden, wenn die Arbeiter nicht schuldhaft tätig waren, z. B. wenn der Beauftragende sie nicht gehörig über die in Betracht kommenden Umstände unterrichtet hatte, und sie selbst diese Umstände zu beachten nicht in der Lage waren, oder sie den Beauftragenden als Autorität zu betrachten hatten, dessen Weisungen sie im Zweifelsfalle zu befolgen sich verpflichtet fühlen mußten.<sup>104 a)</sup>

<sup>102 a)</sup> Vgl. auch *Wharton* 1 S. 129: "*Negligent cooperation cannot constitute accessoryship in a malicious act.*"

<sup>103)</sup> Strafrechtlich wird es fast immer genau auf den Zeitpunkt des Eintrittes des Erfolges ankommen (vgl. oben), während zivilrechtlich, insbesondere beim Verzuge, meist ein etwas längerer Zeitraum als Einheit gelten muß: es wird keinen Unterschied machen, ob von den zwei Lieferanten in dem im Text erwähnten Beispiele der eine eine Stunde früher in Verzug kam als der andere.

<sup>104)</sup> *Tiise*, Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem BGB., 1900 S. 127, gibt eine andere, wie *Enneccerus* bemerkt, nicht überzeugende, jedenfalls nur für das Zivilrecht passende Lösung. — Ein strafrechtliches Beispiel ist folgendes: A und B durchstechen an zwei verschiedenen, aber benachbarten Stellen einen Damm in der Absicht, eine Überschwemmung herbeizuführen. Das Wasser ergießt sich in demselben Augenblick an jeder der beiden Stellen auf das hinterliegende Land.

<sup>104 a)</sup> Dies wird beiläufig anerkannt in den Entscheidungsgründen RG. I. 4. §. 82 RS. 4 S. 430, welche im übrigen, ohne der eigentümlichen Konsequenzen zu gedenken, davon ausgehen daß, wenn A eine fahrlässige Handlung des B

Entscheidet man anders, so kommt man unausweichlich strafrechtlich zur Annahme einer strafbaren Anstiftung zu einem fahrlässigen Delikt (oder gar zu einer fahrlässigen Anstiftung zu einem dolosen Delikt, falls Arbeiter mittels Vornahme der Arbeit z. B. jemanden absichtlich verletzen). Es genügt aber auch, wenn strafrechtliche Verantwortlichkeit bei fehlerhafter Ausführung einer Arbeit entweder den Arbeitgeber oder den Arbeiter treffen kann,<sup>104b)</sup> und die zivilrechtliche Lehre von der *Culpa in eligendo* kann rationellerweise im Strafrecht nicht allgemein verwendet werden. Wohin sollte es führen, wenn jeder, der einen Arbeiter zur Ausführung einer Arbeit, z. B. zum Transport einer Kiste annimmt, eine Dienstmagd beauftragt zu heizen, erst eine Prüfung vornehmen sollte, ob diese Personen wohl sorgsam und geschickt genug seien, andere nicht zu verletzen, Brände zu verhüten. Soll man hier erst Zeugnisse, einen Befähigungs- und Zuverlässigkeitsnachweis fordern, und sind solche Zeugnisse immer zuverlässig? Man wird daher den Beauftragenden nur dann strafrechtlich verantwortlich machen können, wenn es sich um eine Arbeit handelt, deren Ausführung wirklich technische Fertigkeit erfordert. Prüft ein Unternehmer diese technischen Fertigkeiten nicht gehörig, und fehlen sie den ausführenden Personen, so ist er verantwortlich.

§ 119. Wie der Kausalzusammenhang unterbrochen wird durch Handlungen einer beliebigen zurechnungsfähigen Person, so muß er unter gleichen Voraussetzungen auch unterbrochen werden durch Handlungen des Beschädigten<sup>104c)</sup> selbst, welche den nunmehr eintretenden Enderfolg als einen leicht möglichen erscheinen lassen, also in Beziehung auf diesen Erfolg kausale Handlungen. Dies hat die unrichtige Anschauung veranlaßt, daß hier eine Fahrlässigkeit durch

---

veranlaßt, beider Verhalten im Kausalzusammenhange mit dem eintretenden Erfolge stehe, ein Satz, der mit der Behandlung der Anstiftung im StGB. nicht zu vereinigen ist.

<sup>104b)</sup> Vgl. RG. I. 7./3. 89 E. 19 Nr. 56 S. 204, ein Urteil, welches in strafrechtlicher Hinsicht die Pflicht des Auftraggebers zu einer unausgesetzten Kontrollierung und Nachprüfung der von seinen Beauftragten ausgeführten Arbeiten verneint.

<sup>104c)</sup> Über diese besondere Frage zu vergleichen: *Endemann*, Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation, 1893; *Labowsky*, Eigenes Verschulden bei Schadensersatzansprüchen, 1899; *v. Leyden*, Die sog. Kulpa-kompensation nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1902; *Gottschalk*, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen, 1903.

die andere kompensiert werde, ein Ausdruck, der in den römischen<sup>104d)</sup> Quellen nicht vorkommt und schließlich zu der Ansicht geführt hat, daß man es hier mit einer bloßen Billigkeitsnorm zu tun habe, eine Konsequenz, die in dem § 254 Abs. 2 des BGB. auch eine gesetzlich nicht unbedenkliche Sanktion erhalten hat.<sup>105)</sup>

Man wird aber dem oben Dargelegten zufolge unterscheiden müssen. Bei einer nur leicht fehlerhaften Handlung<sup>105a)</sup> wird zwar der Kausalzusammenhang im rechtlichen Sinne durch eine leicht fehlerhafte Handlung des Beschädigten nicht unterbrochen (bei gleichzeitigem Handeln<sup>105b)</sup> nicht ausgeschlossen). Aber die leichte Fahrlässigkeit sollte überhaupt nicht für strafbar erachtet werden, und zivilrechtlich besteht kein Grund, jemanden für einen Schaden verantwortlich zu machen, wenn die Handlung des Beschädigten dem Schaden mindestens ebenso nahe steht, wie die Handlung jenes, und der Beschädigte jedenfalls ebenso Ursache des Schadens ist wie jener, und wenn

<sup>104d)</sup> *Thon*, S. 11, bezeichnet ebenfalls die sog. Kompensation der *Culpa* als Ablehnung der Verursachung. — Bemerkenswert ist, daß bei eigener Mitschuld des Beschädigten oder Verletzten die nordamerikanische Jurisprudenz von "*Contributory negligence*", nicht aber von "*Comparative negligence*" redet und beides sehr wohl voneinander zu unterscheiden weiß. Das Prinzip, daß bei *Contributory negligence* des Beschädigten nicht gehaftet wird, ist das fast in allen Staaten der Union geltende. Es kommt danach in Ansehung der Ausschließung der zivilrechtlichen Haftung nicht darauf an, ob die *Culpa* (*negligence*) des Beschädigers oder die des Beschädigten größer ist: der Beschädigte wird einfach als (alleinige) Ursache seines Schadens betrachtet. In den Staaten Illinois und Georgia dagegen gilt das Prinzip der "*Comparative negligence*"; der Beschädigte erhält Ersatz, wenn er beweist, daß die Fahrlässigkeit des Beschädigten größer war als die seine. Doch findet eine verhältnismäßige Teilung des Schadens, wie nach dem BGB. nicht statt. Vgl. *Wharton*, *Law of negligence* §§ 323 ff., bes. § 334. — Strafrechtlich scheint aber überall leichte Verschuldung des Verletzten bei grober Fahrlässigkeit des Verletzenden nicht beachtet zu werden, so daß die Praxis strafrechtlich auf den im Text darlegten Satz hinauskommt. Vgl. *Wharton* 1, § 163.

<sup>105)</sup> Das BGB. folgt hierin dem Preußischen Allgemeinen Landrecht I, 6, §§ 18—22, dessen Bestimmungen allerdings verwickelter sind.

<sup>105a)</sup> Es wird hier überall angenommen, daß der Beschädigte zurechnungsfähig ist. Ist er es nicht, so kommt es einfach darauf an, ob das, was er tut (oder nicht tut) den Umständen nach mehr oder weniger unwahrscheinlich ist.

<sup>105b)</sup> Auf gleichzeitiges Handeln bezieht sich die viel benutzte L. 11 pr. D. 9, 2. Wenn ein Barbier sein Gewerbe ausübt an einem Orte, der durch Ballspiel häufig gefährdet ist, und durch einen Ball es nun verursacht wird, daß einem Kunden (einem Sklaven) die Kehle durchschnitten wird, so wird zwar zunächst der Barbier für haftbar erklärt. Zum Schluß aber sagt der Jurist: „*quoniam nec illud male dicitur „ipsum de se queri debere“ si in loco periculoso sellam habenti tonsori se commiserit.*“ Nach C.C.C. 146 soll der Barbier der „an der Gassen“ scheidet, nicht straffrei sein.

endlich, was den Schadenersatz betrifft, der allgemeinen Regel nach leichte und grobe Fahrlässigkeit einander gleich geachtet werden.<sup>105c)</sup> Noch weniger ist Grund zu einer andern Entscheidung, wenn die Handlung des Beschädigten den Enderfolg als wahrscheinlich erscheinen läßt, also im hohen Grade fehlerhaft (grob fahrlässig) ist. Ist die Handlung des Beschädigers eine hochgradig fehlerhafte (grob fahrlässige), so steht es bei ebenfalls grob fehlerhafter Handlung des Beschädigten zivilrechtlich ebenso.<sup>105d)</sup> Dagegen wird eine strafrechtliche Haftung in diesem Falle angenommen werden müssen. Wenn jedoch eine unerfahrene oder ungebildete Person, die verwundet wurde, z. B. die an sich unscheinbare Wunde wenig beachtet und, ihrer gewohnten Beschäftigung nachgehend, eine bösertige Verschlimmerung herbeiführt, so kann dies den Verletzer regelmäßig nicht entlasten.<sup>105e)</sup> Anders dagegen, wenn der Verwundete Exzesse begeht, oder sich ungewöhnlicher Anstrengung, einer Reise bei sehr kaltem Wetter ohne genügende Bekleidung aussetzt.

§ 120. Dabei wird auch ein prinzipieller Unterschied zwischen fehlerhafter Tätigkeit und fehlerhafter Unterlassung zu machen sein, und schon *Arctinus* erwähnt das *committere culpam „vel in non adhibendo medicos vel in non parendo medicis“* hier sogar an erster Stelle als einen der Fälle, in welchen präsumiert werde, daß der Verwundete seinen Tod durch eigene Schuld herbeigeführt habe — vorausgesetzt selbstverständlich, daß die Wunde nicht an sich tödlich war, d. h. in allen Fällen erfahrungsmäßig den Tod bewirkt haben würde, wie *Clarus* genauer ausführt. Ist es aber zweifelhaft, ob ohne die *Culpa* des Verwundeten der Verlauf ein tödlicher gewesen

<sup>105c)</sup> Anders freilich jetzt nach BGB. § 254, demzufolge der Schaden von demjenigen zu tragen ist, der ihn „überwiegend verursacht“ hat, also von dem Beschädigten nicht, wenn ihm nur leichte, dem zugleich mit ihm den Schaden verursachenden anderen dagegen grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. (Das BGB. spricht hier von einem überwiegenderen Verursachen; es kann aber nur überwiegendes Verschulden gemeint sein, da es ein überwiegendes Verursachen nicht gibt.)

<sup>105d)</sup> Vgl. OG. Wolfenbüttel 19./11. 72. (Allgemeine deutsche Strafrechtszeitung 1873 S. 94.)

<sup>105e)</sup> Hiernach erscheinen Urteile wie RG. II. E. 6 Nr. 88 S. 249 und RG. III. 4./6. 83 RS. 5 S. 403 im Ergebnisse zwar nicht unrichtig, aber ungenügend motiviert, wenn sie der Sorglosigkeit oder Nachlässigkeit des Verletzten jeden Einfluß auf den Kausalzusammenhang versagen und dann eine weitere Motivierung des „Vorhersehenkönnens oder Vorhersehenmüssens“ nicht verlangen.

sein würde, so soll nach der richtigen, von *Clarus* gegebenen Entscheidung, dieser Zweifel dem Urheber der Wunde zugute kommen, also nur Verurteilung wegen Verwundung stattfinden.

Daß offenbar schuldhafte Unterlassung des Verletzten den Kausalzusammenhang unterbricht (selbst als kausal in bezug auf den Enderfolg anzusehen ist), beruht aber nicht darauf, daß der Verletzte einer Rechtspflicht nicht nachkommt, vielmehr darauf, daß vernünftigerweise und in aller Regel<sup>106)</sup> der Beschädigte, und insbesondere der an seinem Körper Verletzte — letzterer wegen des mächtigen Selbsterhaltungstriebes — sich bestreben wird, schlimmere Folgen, soweit er den Umständen nach dazu imstande ist, von sich abzuwenden. Das entgegengesetzte Verhalten ist also regelwidrig, unbeachtlich und kommt somit in seinen Folgen nicht mit auf Rechnung desjenigen, der die Wunde zugefügt hat.<sup>107)</sup> Wer freilich mit *Endemann* (vgl. auch dessen Einführung in das Studium des BGB. I. § 131 Anm. 9), *Liszt* und anderen die Kausalität der Unterlassung leugnet, wird auch hier, insoweit der Beschädigende, Verwundende für die weiteren Folgen der Verantwortung enthoben sein soll, eine Rechtspflicht des Verletzten fordern müssen, kraft deren die Unterlassung zugleich als kausal fingiert werden soll, und dann mit *Endemann*<sup>107a)</sup> zu dem Schlusse kommen, daß, selbst wenn der Verletzte eine nach dem zweifellosen Urteil der ärztlichen Autoritäten zur Abwendung weiteren Schadens notwendige und sogar unschädliche Operation ablehnt, der Verletzer für diese weiteren Folgen mithaftet. Jene rein physikalische Auffassung der Kausalität ist aber im gesamten praktischen Leben undurchführbar<sup>107b)</sup> (vgl. unten die

<sup>106)</sup> Vgl. in diesem Sinne *Rümelin* S. 162.

<sup>107)</sup> Auch die nordamerikanische Jurisprudenz beurteilt hier positive Exzesse und schuldhafte Unterlassung gleich *Wharton* I. § 160. — Der Verletzende haftet selbstverständlich für den Enderfolg, wenn er diesen erstrebt (will) und auf das verkehrte Benehmen des Verletzten rechnet.

<sup>107a)</sup> S. 30: „Die Kugel sitzt. Der Arm ist ausgerenkt.“ (Gewiß: ein Schaden ist da, aber noch nicht der weitere Schaden, noch nicht z. B. der Tod des Verletzten.) Die Vorstellung, durch eine Operation hätte dies (der Tod) beseitigt werden können, ist nach *Endemann* nur gedachte Möglichkeit ohne Realität und der Begriff Kausalzusammenhang nur brauchbar, wenn man sich an die nackten Tatsachen hält. Aber ohne die Vorstellung, daß es auch anders hätte sein können, kommen wir überhaupt nicht zur Annahme einer Kausalität.

<sup>107b)</sup> Gegen *Endemanns* Ansicht: *Kipp* in *Windscheids* Pandekten, 8. Auflage § 258, Anm. 17; auch *Rud. Merkel*, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht, 1891, S. 187.



Lehre von der Kausalität durch Unterlassung). Eine wirkliche Rechtspflicht zur Duldung einer Operation, ja nur einer ärztlichen Handlung ist selbstverständlich ausgeschlossen: kann doch selbst an einer zurzeit im zurechnungsunfähigen Zustande befindlichen Person ohne deren präsumtive Zustimmung eine Operation nicht vorgenommen werden (vgl. *Bar* GS. 60 S. 93ff.). So spricht denn auch BGB. 254 nicht von einer Verpflichtung des Beschädigten, vielmehr von einem mitwirkenden Verschulden des letzteren, welches die Verpflichtung des Beschädigers mindern könne, also vom Kausalzusammenhange.

§ 121. Auch die älteren Schriftsteller wissen von einer besonderen Rechtspflicht nichts; sie urteilen einfach nach dem gesunden Menschenverstande, der hier mit der richtigen Kausaltheorie dahin übereinstimmt, daß der Verwundete, der die angemessene ärztliche Behandlung ablehnt, die schlimmeren Folgen selbst (allein) verschuldet oder, was nicht unterschieden wird, verursacht habe. Nach der Konsequenz der Ansicht *Endemanns* würde A, der den B nicht erheblich fahrlässig verwundet hat, für Tötung des B strafrechtlich wie zivilrechtlich verantwortlich sein, wenn B es ablehnte, die Wunde in schmerzloser Weise mit antiseptischem Verbands versehen zu lassen und infolge solcher Unterlassung Blutvergiftung und Tod des B eintrat. Das dürfte allem und jedem Rechtsgefühl widersprechen. Es ist denn auch in Entscheidungen des RG. anerkannt, daß die Ablehnung einer nicht besonders schmerzhaften oder gefährlichen Operation die Schadensersatzforderung ausschließen könne.<sup>109)</sup>

Indes wird nicht, wie in diesen Entscheidungen und z. B.

<sup>108)</sup> So auch RG. II. 6./3. 95 E. 27 Nr. 28 S. 80.

<sup>109)</sup> A. M. freilich *Liszt* § 29 Anm. 6 und Deliktobligationen im System des BGB. S. 81. — Gegen die Annahme einer solchen Rechtspflicht *Rümelin* S. 164. Diese Rechtspflicht wird m. E. auch durch die künstliche Konstruktion *Gottschalks* S. 71 — Pflicht, auch innerhalb der eigenen Rechtssphäre auf andere Rücksicht zu nehmen — nicht begründet.

<sup>110)</sup> RG. VI. 22./12. 90 u. 30./1. 91 (*Seuffert* 46 Nr. 189). *Labowsky*, S. 22ff., unterscheidet allgemein mehr oder minder gefürchtete Operationen und gewöhnliche ungefährliche Behandlung. Der Unterschied ist aber fließend. Genau betrachtet ist jede mechanische Einwirkung auf den Körper eine Operation. Man wird sagen können: die Ablehnung gewagter Operationen unterbreche auch im strafrechtlichen Sinne den Kausalzusammenhang nicht. *Labowsky* beschäftigt sich übrigens nur mit dem Kausalzusammenhange, soweit er Schadensersatz begründet. Indes gerade die Gegenüberstellung von Strafrecht und Zivilrecht gibt Aufschluß.

auch (*Kipp* in *Windscheids* Pandekten, 8. Aufl. 2 § 258 Anm. 17) angenommen wird, nach richterlichem Ermessen zu entscheiden sein, ob der Verletzte sich der ärztlich für notwendig oder rationell erklärten Operation hätte unterwerfen müssen, eine Entscheidung, die zutreffend zu geben mit Rücksicht auf die Individualität, die etwa nervös erregte Stimmung der Verletzten schwierig sein wird. Man wird vielmehr zu fragen haben, wie würde sich nach ärztlichem Gutachten voraussichtlich die Sache gestaltet haben, wenn der Verletzte sich der Operation unterworfen hätte, und den Ersatzhaftpflichtigen nur nach diesem mutmaßlichen Sachverhalte zum Schadensersatz verurteilen. Eben dieser mutmaßliche Sachverhalt ist, wenn schlimmere Folgen nach der Operationsweigerung eingetreten sind, der strafrechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen, und der Unterschied der zivil- und andererseits der strafrechtlichen Beurteilung wird nur darin bestehen, daß ein Zweifel hinsichtlich des Erfolges der abgelehnten Operation strafrechtlich dem Angeklagten, zivilrechtlich dagegen dem Verletzten zugute kommen muß.<sup>110a)</sup> Nehmen wir als Beispiel, daß der Verletzte eine schwere Operation, deren Vornahme gewiß nicht jedem nach billigem Ermessen zugemutet werden kann, z. B. Abnahme dreier Zehen eines Fußes, ablehnt, worauf in der Folge ein Bein abgenommen werden muß. Besagen die ärztlichen Gutachten, daß der Verwundete allen Anzeichen zufolge bei rechtzeitiger Abnahme der Zehen nicht das Bein verloren haben würde, so kann sowohl dem Zivil- wie dem Strafurteil nur der Verlust der drei Zehen, nicht aber Verlust des Beines zugrunde gelegt werden; im Zweifelsfalle aber muß für die Verpflichtung zum Schadensersatz der Verlust des Beines, für die Strafe der Verlust der drei Zehen maßgebend sein.

**§ 122.** Wie aber außerordentlicherweise eingreifende Ereignisse die Haftung nicht vergrößern können, so kann zwar ein wirkliches günstiges Eingreifen diese Haftung verringern, nicht aber schon der nicht im regelmäßigen oder gewöhnlichen

<sup>110a)</sup> Nach der Praxis des RG. verhält es sich beinahe umgekehrt. Während die Zivilsenate die eigene Schuld des Beschädigten als Grund der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges betrachten, hat RG. III. 13./10. 91 E. 22 Nr. 52 S. 173 erklärt, daß beharrliche Verweigerung einer Amputation seitens des Verletzten die strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen fahrlässiger Tötung nicht ausschließt.

Verlaufe der Dinge liegenden Möglichkeit besonders günstiger Ereignisse diese letztere Wirkung zugeschrieben werden. Es kann also nicht in Betracht kommen, daß bei einer schlimmen Verwundung der Tod des Verletzten durch ganz besondere Pflege oder durch Vornahme einer neuen, noch nicht allgemein angewendeten Heilmethode oder Operation wahrscheinlich nach ärztlichem Gutachten hätte abgewendet werden können. Darüber besteht auch heutzutage kein Zweifel,<sup>110b)</sup> und schon im 18. Jahrhundert wurde diese richtige Ansicht von *Leysers* (Spec. 590 n. 20) und anderen vertreten.

§ 123. Da wir es in der Lehre vom Kausalzusammenhange nicht prinzipiell mit der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit zu tun haben, vielmehr die Frage der Zurechnungsfähigkeit einer in dem angeregten Kausalverlauf eingreifenden Person nur insofern in Betracht kommt, als ein verkehrtes Handeln zurechnungsunfähiger Personen<sup>111)</sup> eher erwartet werden kann, so wird es auch auf die Zurechnungsfähigkeit des Beschädigten prinzipiell nicht ankommen. Aber wer eine zurechnungsunfähige Person, z. B. ein Kind, verletzt, wird häufig für schlimme Folgen dieser Verletzung verantwortlich sein, für welche er bei gleichem Verhalten einer völlig zurechnungsfähigen Person nicht haften würde. Dies ist insbesondere auch bei gleichzeitigem Handeln — z. B. wenn ein Kutscher ein Kind oder einen stark Betrunknen<sup>112)</sup> überfährt — zu beachten. Indes bei Eingreifen einer völlig unerwarteten Tätigkeit einer nicht zurechnungsfähigen Person hört der Kausalzusammenhang auf, ebenso wie bei solcher Tätigkeit eines Zurechnungsfähigen. Wenn ein Kind — selbst ein Kind unter sieben Jahren

<sup>110b)</sup> Vgl. die in *Temmes* Archiv für strafrechtliche Entscheidungen 6 S. 216 ff. mitgeteilten Urteile höchster Gerichtshöfe.

<sup>111)</sup> *Leyden* (vgl. bes. S. 34) will eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges nicht anerkennen, vielmehr in der Modifikation der Entschädigungspflicht durch das Verhalten des Geschädigten nur als eine auf die *Culpa* des letzteren gegründete Billigkeitsregel sehen. Der Kausalzusammenhang soll daher außer Betracht bleiben. Diese Auffassung führt aber zu Schwierigkeiten und Widersprüchen. (Siehe dagegen auch *Planck*, Kommentar zum BGB. § 254, Anm. 4.) Die Annahme einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges macht es auch unnötig, hier mit *Zitelmann* (Recht des BGB. 1, S. 166) und *Träger* (S. 329) von einer Erweiterung des Schuldbegriffs über seine ursprüngliche Anwendung etwas hinaus und weiter von Pflichten, die der Beschädigte gegen sich selbst haben soll, zu sprechen, eine jedenfalls recht künstliche Auffassung.

<sup>112)</sup> Anders kann der Fall liegen, wenn es sich um eine taube Person handelt; denn Taubheit ist nicht äußerlich erkennbar.

plötzlich quer über den Fahrdamm läuft, so daß der Kutscher die Pferde nicht mehr rechtzeitig anhalten kann, das Kind daher überfahren wird, so ist m. E. der Kausalzusammenhang zwischen dem Fahren und auch dem Halten der Pferde seitens des Dienstherrn des Kutschers unterbrochen; ebenso wenn ein mutwilliges Kind plötzlich einem Pferde einen Peitschenhieb versetzt oder eine Knallerbse hinter dem Pferde explodieren läßt und nun durch einen Hufschlag des Pferdes verletzt wird.<sup>113)</sup> Nach dem Wortlaut des BGB. § 254 Abs. 2 soll es aber auf die Schuld des Beschädigten ankommen; danach kann in solchem Falle das Kind, das lediglich den Schaden selbst herbeigeführt hat, von dem völlig unschuldigen Tierhalter — nach Entscheidungen<sup>114)</sup> des RG. allerdings nicht, wenn das Pferd sich unter Leitung eines Menschen befand — Schadensersatz fordern! Denn freilich von Schuld kann bei einem Kinde unter sieben Jahren keine Rede sein. Das Gesetzbuch befindet sich nach dieser Auslegung aber im Widerspruch mit einer anderen in ihm enthaltenen Bestimmung, da auch deliktsunfähige Personen nach § 829 unter gewissen Voraussetzungen für den von ihnen verursachten Schaden haften; man sollte glauben, daß unter den gleichen Voraussetzungen ihnen jedenfalls gegen andere der Ersatzanspruch versagt wäre für einen Schaden, den sie selbst mit verursacht haben.

Schwierig scheint die Entscheidung in dem von *Rümelin* (S. 146) erörterten Falle, wenn, nachdem bereits eine Haftung begründet ist, das unsinnige Benehmen der verletzten zurechnungsunfähigen Person den Schaden in einem Exaltationszustande verschlimmert, und nach sachverständigem Urteil gerade ein solcher Zustand eine nicht ungewöhnliche Folge auch kleiner Verletzungen bei der fraglichen Geisteskrankheit sein soll. Strafrechtlich würde ich hier die Schuld in

<sup>113)</sup> Nach RG. VI. 16./3. 96 EC. 37, Nr. 40 S. 155 ff. soll es auf wirkliche *Culpa* und daher darauf ankommen, ob ein beschädigtes Kind *culpa capax* ist, und solche Zurechnungsfähigkeit wird bei einem noch nicht sieben Jahre alten Kinde stets verneint. Dies Ergebnis ist erträglich, wenn Schadenersatz nur bei Fahrlässigkeit des Beschädigenden geleistet werden muß. Anders steht es aber, wenn jemand, der ein Tier hält, auch ohne daß ihm Fahrlässigkeit zur Last fällt, für den durch das Tier verursachten Schaden haften soll.

<sup>114)</sup> Diese Entscheidungen erklären sich aus dem gewiß billigen Bestreben, die nach dem Wortlaut des Gesetzes sich ergebende zu weit gehende Haftung des Tierhalters einzuschränken.

bezug auf den eingetretenen schweren Erfolg verneinen, zivilrechtlich aber für die weitergehende Haftung in *abstracto* mich aussprechen. In *concreto* wird aber meist die Schuld denjenigen beizumessen sein, welche den Geisteskranken zu beaufsichtigen hatten, und aus diesem Grunde derjenige, welcher die zunächst geringfügige Verletzung zugefügt hatte, von der Haftung für den schlimmeren Erfolg auch zivilrechtlich frei sein.

§ 124. Hat der schuldhaft Beschädigte zugleich einer rechtswidrigen Handlung sich schuldig gemacht, so wird dadurch die Schuld und Haftpflicht des Beschädigers nicht ausgeschlossen. Es kommt vielmehr auch hier darauf an, wem die fragliche schädliche Folge beachtlich erscheinen mußte, und folgt auf die rechtswidrige Handlung des Beschädigten gar eine auf den Erfolg vorsätzlich gerichtete Handlung eines anderen, so kann von einem Kausalzusammenhange zwischen der vorausgegangenen rechtswidrigen Handlung und der Beschädigung keine Rede sein. Die zweite Handlung ist die alleinige Ursache; ein Mitverschulden des Beschädigten im juristischen Sinne ist ausgeschlossen. Wird der von dem Bestohlenen abgefaßte Dieb von dem Bestohlenen, ohne daß dieser in Notwehr handelt, verletzt, so ist der Bestohlene verantwortlich. Wird der Ehebrecher von dem Ehemanne auf der Tat ertappt und von letzterem getötet, so existiert, da die Tötungshandlung eine vorsätzliche ist, dem oben dargelegten zufolge kein Kausalzusammenhang im juristischen Sinne zwischen Ehebruch und Tötung. Alimentsberechtignte Angehörige des Ehebrechers können daher von dem, der ihn getötet hat, Schadensersatz fordern.<sup>114a)</sup> Daß es darauf nicht ankommen wird, ob der Beschädigte den erlittenen Schaden voraussehen vermochte, ist klar; denn Mißhandlungen usw. kann der Ehebrecher sehr oft als mögliche Folgen seiner Tat vorhersehen.<sup>115)</sup> Aber der Dieb kann nicht

<sup>114a)</sup> Im Ergebnisse übereinstimmend *Gottschalk* S. 76 und die von ihm besprochene oberlandesgerichtliche Entscheidung. Aber man kommt, wie die Erörterung bei *Gottschalk* zeigt, auf Schwierigkeiten, wenn die nachfolgende vorsätzliche nicht durch Gesetz oder die vernünftige Regel des Lebens gerechtfertigte oder entschuldigte Handlung irgend eines anderen — und so auch eines durch eine rechtswidrige Handlung Verletzten — nicht als den Kausalzusammenhang stets unterbrechend angesehen wird.

<sup>115)</sup> Dies wird auch von *Gottschalk* richtig hervorgehoben. Vgl. aber die Begründung der von *Träger* (S. 30) zitierten, auf Grund des früheren gemeinen

Schadensersatz fordern,<sup>115a)</sup> wenn er nachts eine Mauer überkletternd vom Wachthunde gebissen wird oder in eine Grube mit ungelöschtem Kalk fällt usw. Solche schädliche Hindernisse müssen dem Diebe als leicht mögliche, beachtliche erscheinen, wenn vielleicht auch das Halten eines bissigen Hundes, die Anlage der Kalkgrube an der fraglichen Stelle an sich als fehlerhaft angesehen werden sollte. Die *Causa proxima* ist im letzteren Falle die Handlung des Diebes, und hier kommt auch in Betracht, daß die Handlung des Diebes eine verbotene ist. Solche Handlungen können nicht in dem Sinne beachtlich sein, daß man von denjenigen, die sie etwa vornehmen sollten, den dabei möglichen Schaden im voraus abwenden müßte, auch wenn im einzelnen Falle jene deliktischen Handlungen nicht eben unwahrscheinlich sein sollten. Oder soll man etwa Dieben und Einbrechern Sicherheit gewähren, daß sie bei Ausübung ihres Handwerks keinen Schaden erleiden? Es wird also in der Regel darauf ankommen, ob der Beschädigte eine beschädigende Veranstaltung selbst unmittelbar in Bewegung gesetzt hat, oder ob der Beschädiger, nachdem der andere rechtswidrig gehandelt hatte, beschädigte.<sup>116)</sup> Die Frage, ob man Veranstaltungen, durch welche eindringende Personen verletzt

---

Rechts ergangenen Entscheidung des RG. III. in *Seufferts Archiv* 41 Nr. 89 und 25.9. 85. Kläger wurde vom Beklagten bei unbefugter Ausübung der Jagd betroffen und verfolgt. Hierbei entlud sich das Gewehr, das Beklagter trug, und dessen Hahn gespannt war, und Kläger wurde verletzt. In der Art und Weise, wie Beklagter das Gewehr hielt, wurde ein Verschulden erblickt, dann aber die vom Beklagten eingelegte Revision vom RG. mit der Begründung zurückgewiesen: „Ein eigenes Verschulden des Klägers wird mit Recht verneint. Daß der Kläger in unberechtigter Jagdausübung begriffen war, involviert noch kein Verschulden an der eingetretenen Verletzung, da nicht erkennbar ist, inwiefern der Kläger diese Verletzung als mögliche Folge seines widerrechtlichen Tuns hätte vorhersehen können.“ Gegen diese Begründung der im Ergebnisse richtigen Entscheidung läßt sich allerdings einwenden, daß ihr zufolge, wenn z. B. Beklagter dem Kläger damit gedroht hätte, er werde auf ihn schießen, selbst bei absichtlicher Schußverletzung dem Beklagten der Schadensersatz abgesprochen werden müßte, da Beklagter dies ja in solchem Falle vorhergesehen hätte!

<sup>115a)</sup> *Rümelin* (S. 140) meint, der bei Gelegenheit eines Diebstahls durch den Bestohlenen fahrlässigerweise verletzte Dieb könne überhaupt Schadensersatz nicht fordern. Dies dürfte entschieden unrichtig sein. Vgl. dagegen *Träger* (S. 330, 331), der aber auch den entscheidenden Punkt, ob die Tätigkeit des Verletzenden vor oder nach der rechtswidrigen Handlung des Verletzten erfolgt ist, oder aber eine gleichzeitige war, nicht beachtet.

<sup>116)</sup> Vgl. übereinstimmend *Wharton, Law of negligence* §§ 340, 345 und die daselbst in bezug genommene Entscheidungen. — Bei gleichzeitigem Handeln wird es darauf ankommen, ob Notwehr anzunehmen ist.

werden, treffen dürfe in der Absicht solcher Verletzungen, ist damit noch nicht entschieden; sie wird später erörtert werden.

§ 125. Das Prinzip, von welchem die vorliegende Untersuchung ausgegangen ist — im wesentlichen identisch mit dem Prinzip des adäquaten Kausalzusammenhanges und dem schon früher von mir vertretenen Prinzip der Einrechnung nur der regelmäßigen Folgen in den Kausalzusammenhang — hat, wie anzunehmen gestattet sein wird, ermöglicht, die in der Praxis erörterten zweifelhaften Fälle und ebenso die zur Prüfung der Prinzipien von sehr verschiedenen Seiten aufgestellten Schulbeispiele in einer dem Rechtsgeföhle und den praktischen Bedürfnissen des Lebens entsprechenden Weise zu behandeln und zu entscheiden. Es hat in der Konsequenz mehrfacher, den verschiedenen Kombinationen sich anpassenden Spezialsätze produktiv sich bewährt, ein Beweis, meiner Ansicht nach, daß es den Namen eines wissenschaftlichen Prinzips verdient.<sup>117)</sup>

Dem einfachen und dieser Eigenschaft wegen so beliebten Prinzip, dem jede *Conditio sine qua non* als Ursache gilt, kann eine gleiche Produktivität an einleuchtenden, den verschiedenen Kombinationen des Lebens gerecht werdenden Spezialregeln nicht zugesprochen werden: als starre und unbiegsame Regel ist es angewiesen, um nicht unhaltbare Konsequenzen zu liefern, auf die Korrektur durch das Schuldprinzip, welches, in manchen Fällen ohnehin unanwendbar, nach der herrschenden Theorie die Folgen einer Handlung, eines Ereignisses in solche scheidet, die man vorhersehen konnte oder mußte, und solche, bei denen dies Merkmal nicht zutrifft. Dies Merkmal von so entscheidender Bedeutung hat aber bis jetzt entwicklungsfähig sich nicht erwiesen; ohne Spezialregeln zu produzieren ist es verblieben bei der ihm anhaftenden Unbestimmtheit, welche, ohne daß Korrektur und Kontrolle durch andere Fälle und Entscheidungen ermöglicht wird, den Richter lediglich an sein individuelles Gefühl bei Entscheidung der einzelnen Sache verweist; ja man ist nicht einmal darüber bis jetzt einig geworden, ob die Möglichkeit des Vorhersehens nach der Individualität des Handelnden oder nach einem sog. objektiven Maßstabe festzustellen sei. Dieser Mangel an Produktivität für bestimmtere, dem

<sup>117)</sup> An eine gesetzliche Bestimmung über den Kausalzusammenhang wird man nicht denken. Die einzelnen Regeln greifen zu sehr in einander.

Rechtsgefühl zu Hilfe kommende und dasselbe kontrollierende Spezialregeln enthält das Urteil über das reine Bedingungsprinzip.

Allerdings mag ihm der Vorzug zugesprochen werden, daß es Kausalität und Schuld systematisch scharf zu trennen ermöglicht. Aber das System kann nicht den Vorrang vor der praktischen Wahrheit in Anspruch nehmen, und wenn es dieser entspricht, daß gewisse Erwägungen der Feststellung der Kausalität und der Feststellung der Schuld gemeinsam sein müssen, wie kann daraus die Einwendung<sup>118)</sup> unzulässiger „Vermengung“ zweier Prinzipien hergeleitet werden? Ist es unzulässig, von atmosphärischer Luft zu sprechen, weil die Natur die Bestandteile der atmosphärischen Luft noch in vielfachen anderen Kombinationen verwendet?

---

<sup>118)</sup> Am wenigsten dürften Vertreter des Prinzips des adäquaten Kausalzusammenhanges dieser Einwendung sich bedienen, um abweichende Ansichten zu bekämpfen; denn der adäquate Kausalzusammenhang ist Feststellung des vorher sich ergebenden Spiegelbildes der konkreten Folgen einer Handlung (eines Ereignisses) in der Seele eines (nötigenfalls durch das Wissen eines Sachverständigen aufgeklärten) verständigen Mannes. Dies psychische Spiegelbild gehört selbstverständlich auch zur Unterlage der Feststellung der Schuld.

---



## Anhang.

### Der Kausalzusammenhang bei Unterlassungen.

*Spangenberg*, N. Arch. d. K. 4 (1821) S. 527—555. *Luden*, Abhandlungen 1840, 1 S. 469ff.; 2 aus dem Strafrecht S. 219—262. *Krug*, Abhandlungen S. 21—25. *Glaser*, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafr. 1858, 1 S. 289—503. *Merkel*, Kriminalistische Abhandlungen 1 (1867) S. 76—103. v. *Buri*, GS. 21 S. 189—218. v. *Buri*, Über Kausalität, S. 96—101. *Bar*, Lehrb. vom Kausalzusammenhang, S. 90—132. *Ortmann*, Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung 1873, S. 465—479; GS. 26 S. 439—454. v. *Buri*, GS. 27 S. 25—33, ferner GS. 29, Beilageheft S. 93—142. *Ortmann*, GArch. 23 S. 268 bis 280 und 24 S. 13—103. v. *Buri*, GArch. 24 S. 89—92. *Binding*, Normen 2 S. 224—259 u. S. 451ff. *Sigwart*, Kleine Schriften (1879) 2 S. 191ff. *Adossier*, Inwiefern können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden? 1882. *Geyer*, Grundriß 1 S. 123—125 (vgl. Kritische Vieretjahrsschrift 1882 S. 243ff. *Berger*, Grünhuts Zeitschr. 9 S. 734—776. v. *Rohland*, Die strafbare Unterlassung. Erste Abteilung 1887. *Kohler*, Studien a. d. Strafrecht 1 S. 45—67. *Landenberg*, Die sog. Kommissivdelikte durch Unterlassung, 1890. *P. Merkel*, Begehung durch Unterlassung (Göttinger Diss.), 1895. *Guthmann*, Die negativen Bedingungen in ihrer Beziehung zu der unechten Unterlassung, 1898. *Kitsinger*, Ort und Zeit im Strafrecht, 1902, S. 129—149. *Fischer*, Zeitschr. 23 S. 459—408. *Radslöb*, Die kriminelle Unterlassung, 1906. *Memtha*, *Les délits de commission par omission (Discours de Recteur)*, Neuchâtel 1898. (Über *Sturms* Schriften vgl. Zeitschr. 3 S. 503 und *P. Merkel* a. a. O. S. 39.)

§ 126. Unterlassen heißt etwas nicht tun, was erwartet wird oder erwartet werden kann oder muß. Diese Erwartung kann ausgesprochen sein, direkt durch ein Gesetz, welches eine bestimmte Tätigkeit oder Handlung bei Strafe gebietet, also jedenfalls auch erwartet, z. B. eine Anzeige bei der Obrigkeit gebietet. Dieser Fall, der Fall der eigentlichen Omissivdelikte, bereitet im allgemeinen keine Schwierigkeit. Ein anderer Fall der Unterlassung ist der, daß jemand die zu einem bestimmten Zwecke unternommene Handlung fortwirken läßt, ihre Wirkung zu hemmen, zu vernichten unterläßt. A hat, um den B zu vergiften, diesem ein vergiftetes Getränk hingestellt; er bemerkt, daß B trinken will; die Erwägung kommt ihm, daß er den B noch warnen oder ihm den vergifteten Trank wegnehmen könne; er unterläßt das eine wie das andere. A hat Brand angelegt, er sieht wie ein Balken Feuer fängt; er überlegt, ob

er den Brand nicht doch löschen sollte; er unterläßt dies. In Fällen dieser zweiten Art kommt juristisch lediglich die erste Handlung in Betracht; die unterlassene Hemmung der Wirkungen der vorausgegangenen Tätigkeit wird niemand beachten; es wäre sonst möglich, aus einer Handlung eine ungezählte Menge von Unterlassungen abzuleiten; denn in jedem Augenblicke kann jene Erwägung, ob nicht die Wirkung zu hemmen sei, bis zur völligen Erreichung des Erfolges sich wiederholen. Spricht man hier von Unterlassungen, so deutet man nur auf die noch bestehende Möglichkeit hin, weitere Wirkungen der Handlung zu hindern.

Ein dritter Fall der Unterlassung liegt vor, wenn eine Tätigkeit nur dann nicht als fehlerhaft zu betrachten ist, wenn sie bis zu einem gewissen Zeitpunkte oder bis zur Erreichung eines bestimmten Erfolges fortgesetzt oder durch eine andere Tätigkeit ergänzt wird. Dies ist bei den meisten Fahrlässigkeitshandlungen der Fall; die Unterlassung von Vorsichtsmaßnahmen, die Unterlassung der Leitung oder Beachtung von Naturkräften und Sachen begründet meist die Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit. Die Unterlassung hat, sobald sie eben nur als solche in Betracht kommt, selbständige Bedeutung nicht. Aber man kann allerdings fragen, wie gestaltet sich die Verantwortlichkeit, wenn derjenige, dem die fehlerhafte Tätigkeit zur Last fällt, später, obwohl er es konnte, die Wirkung der fehlerhaften Tätigkeit zu hemmen unterläßt, indem er den Vorsatz faßt, den schädlichen Erfolg eintreten zu lassen? Ist es da möglich, den späteren Vorsatz noch mit der früher vorgenommenen Tätigkeit zu verbinden, da doch sonst der Vorsatz der Tätigkeit vorangeht?

Als vierter Fall endlich, in welchem von Verantwortlichkeit für die Folgen von Unterlassung die Rede ist, stellt sich der Fall dar, daß jemand, ohne vorher etwas Fehlerhaftes getan zu haben, nur in der Lage ist, den Eintritt eines schädlichen Erfolges zu vereiteln, sei es, daß irgend eine besondere Verpflichtung vorlag, dem schädlichen Erfolge entgegen zu wirken, sei es, daß es ihm einfach möglich ist, einen schädlichen Erfolg zu hindern, z. B. jemand ist als Aufseher eines Schwimmbades angestellt, um nötigenfalls auch des Schwimmens Unkundigen Beistand zu leisten; er unterläßt das in einem gegebenen Falle.

Es unterläßt ein Eisenbahnwärter ein Hindernis von den Schienen zu entfernen, eine Haltsignal zu geben. Jemand kann durch Hinwerfen eines Taus einen anderen vom Ertrinken retten; er unterläßt es aus Gleichgültigkeit, oder weil es ihm gar erwünscht ist, daß der andere ertrinke.

Nur in den letztgenannten Fällen handelt es sich eigentlich um das Problem der Kausalität durch Unterlassung. Das unmittelbare Gefühl sagt uns, daß unter gewissen Voraussetzungen wirkliche oder scheinbare Untätigkeit — wir lassen diese Alternative einstweilen unentschieden — benutzt werden kann zur Herbeiführung schwerster Schäden und Verbrechen, daß wir diese Fälle also auch aus Gründen der allgemeinen Sicherheit nicht straflos lassen können.

Es fragt sich, wie wir die Bestrafung mit dem sonst als unumgänglich angesehenen Erfordernis staatlicher Strafe dem Erfordernis einer wirklichen, äußerlich hervortretenden Tätigkeit des Schuldigen vereinigen können.

Begreiflich ist, daß man erst spät diesen Problemen Aufmerksamkeit geschenkt hat.<sup>1)</sup> Denn einerseits beachtet eine mehr naive Auffassung fast ausschließlich die stärker in die Augen fallende, positive Tätigkeit, und andererseits gelangt man zuweilen zu besonderen Rechtssätzen, welche die Staatsangehörigen verpflichten, einzelne schwerere Verbrechen positiv, soweit sie können, zu hindern und die Nichtbeobachtung dieser Normen kurzerhand als Beihilfe zu dem Verbrechen, welchem entgegengetreten werden sollte, oder als besonderes Delikt zu ahnden.

§ 127. Nach römischem Rechte<sup>1a)</sup> wurde so nach dem Gesetze über Fälschung bestraft, wer Münzfälschung nicht hinderte während er es konnte, nach dem Gesetze über Majestätsverbrechen, wer ein Majestätsverbrechen im gleichen Falle nicht

<sup>1)</sup> *Mentha*, S. 11, erblickt den Grund, weshalb man erst seit Anfang des 19. Jahrhunderts sich genauer mit dem Problem der Begehung eines Verbrechens durch Unterlassung beschäftigt habe, in der Geltung, welche seit Ende des 18. Jahrhunderts der Satz erlangte, daß nur auf Grund einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift Strafe zu erkennen sei. Seitdem habe man sich bemüht, in der Unterlassung ein positives Handeln nachzuweisen, das nach dem Wortlaut der Verbotsgesetze allein für strafbar erklärt sei.

<sup>1a)</sup> Vgl. über die Behandlung der Unterlassung im römischen und deutschen Rechte bis auf die neueste Zeit und über die Doktrin bis zur Mitte des XIX. Jahrhunderts *Glaser* S. 326—402.

hinderte. Es waren dies aber nur Ausnahmen, die das spätere von kaiserlicher Willkür vielfach beeinflusste Recht machte, und in einigen dieser Fälle<sup>1b)</sup> ist zweifelhaft, ob das Wort „*Conscii*“ nicht wirkliche Teilnahme bezeichnet, so daß einfache Wissenschaft und unterlassene Hinderung nicht mit Strafe bedroht sein würde. Die Regel lautet vielmehr nach L. 109 D. 50, 17 „*Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere potest.*“ Besondere Strafdrohungen bestanden gegen den Sklaven, der seinen Herrn, den Soldaten, der seinen Vorgesetzten nicht verteidigte, gegen den Bruder, der dem Vater nicht Anzeige machte, wenn ein anderer Bruder dem Leben des Vaters nachstellte.

Die einzige in den römischen Rechtsquellen vorkommende Stelle, welche kraft juristischer Interpretation einen eintretenden Erfolg als durch Unterlassung wirklich verursacht betrachtet, ist die L. 4 D. 25, 3: „*Necare videtur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abicit et qui alimonia denegat.*“<sup>1c)</sup>

Endlich aber erkennt das römische Recht an, daß zuweilen die wissentliche Nichthinderung einer schadenstiftenden Handlung in positive Ermunterung zur Begehung des Verbrechens übergehen oder von ihr nicht unterschieden werden kann, wenn der Inhaber einer weitgehenden autoritären Gewalt, obschon er es leicht kann, die Handlung nicht hindert.<sup>2)</sup>

Moralische Betrachtung wird aber geneigt sein, willkürlich unterlassene Hinderung positiver Herbeiführung eines schädlichen Erfolges oder Verbrechens allgemein gleichzustellen, und so sagt das kanonische Recht C. 8 Causa 23 qu. 3: „*qui potest obviare et perturbare perversos, et non facit, nihil aliud est quam favere eorum impietati.*“<sup>3)</sup> Und je enger und kleiner die Verhältnisse eines Gemeinwesens sind, um so mehr wird man unterlassene Hinderung von Verbrechen selbst als Verbrechen strafen.

Es ist daher erklärlich, daß in städtischen Statuten des Mittelalters nicht selten eine allgemeine Verpflichtung erscheint,

<sup>1b)</sup> Vgl. über die einzelnen Fälle *Rein* S. 122, *Mommsen* S. 91.

<sup>1c)</sup> L. 9 § 2 D. 9, 2 „*qui hominem fame necaverit in factum actione teneri Neratius scribit*“ gehört nicht hierher. Diese Stelle ist zu verstehen von einem Falle, wo jemand einen Sklaven eingeschlossen und so hatte verhungern lassen, wie § ult. J. 4, 3 ergibt. (So auch *Aldosser* S. 129.)

<sup>2)</sup> Der Herr verbündet nicht die verbrecherische Handlung seiner Sklaven; er haftet daher zivilrechtlich *ex lege Aquilia* L. 44 § 1, L. 45 D. 9, 2.

<sup>3)</sup> Vgl. auch Can. 7 u. 11 daselbst.

Verbrechen (Friedbrüche) zu verhindern,<sup>4)</sup> bei gewissen Unglücksfällen Hilfe zu leisten, und daß sogar in der italienischen Jurisprudenz<sup>5)</sup> die Ansicht vertreten wird, unterlassene Hilfeleistung könne als Tötung bestraft werden.

Indes kann diese Ansicht, soviel das gemeine Recht betrifft, als die herrschende nicht bezeichnet werden,<sup>6)</sup> und wenn sie später im XVII. Jahrhundert, wo polizeiliche Tendenzen<sup>7)</sup> und die Idee der Omnipotenz des Gesetzes mannigfach verworrene Meinungen begünstigte,<sup>8)</sup> auch öfter verteidigt wurde, so begegnete sie doch auch dem Widerspruch gerade hochangesehener Juristen.<sup>9)</sup>

In den Gesetzbüchern findet sich nur eine mehr oder weniger ausgedehnte, mit Strafsanktion versehene Verpflichtung von geplanten schweren Verbrechen Anzeige zu machen.<sup>10)</sup> Eine Bestätigung der Ansicht, daß Nichthinderung eines Verbrechens für letzteren oder gar Nichthinderung eines Erfolges kausal sei, kann darin selbstverständlich nicht gefunden werden.

§ 128. Eine bestimmtere Ansicht finden wir dagegen bei *Feuerbach*, Lehrb. §§ 24, 49. Daran, daß durch Unterlassung ein Kausalzusammenhang begründet werden könne, zweifelt er nicht. Aber er fordert für die Verantwortlichkeit wegen Unterlassung eine besondere Rechtspflicht zum Handeln (= Verhindern) durch Vertrag oder Gesetz.

*Spangenberg* sucht dies allerdings einer mehrfachen Deutung fähige Prinzip in praktischer Weise zu verwerten. Indem er davor warnt, rechtliche Verpflichtungen mit moralischen zu

4) Vgl. *Osenbrüggen*, Das alamannische Strafrecht S. 201 ff. und *Geib* 1 S. 189.

5) *Gandinus*, Rubr. *De praesumptionibus* n. 24. Die ältere französische Jurisprudenz hielt sich für berechtigt, Unterlassung von Hilfeleistung nach Umständen arbiträr zu strafen. Vgl. *Ortolan* 1 n. 604.

6) *Clarus*, § fin qu. 87 n. 3, 4.

7) Über derartige Strafbestimmungen, z. B. das in damaliger Zeit sehr begreifliche Gebot, Desertionen von Soldaten zu verhindern, vgl. *Spangenberg* S. 534.

8) Eine sonderbare Ansicht findet sich noch bei *Stübel*, Tatbestand d. Verbr. § 43—45. Nach Naturrecht sei derjenige, der ein Verbrechen nicht verhüte, obwohl er es könne, zwar offenbar Ursache des Verbrechens, aber nicht strafbar, wohl aber nach dem allgemeinen Staatsrecht, d. h. nach dem infolge des Staatsbegründungsvertrags geltenden Rechte. Unklar auch *Klein* § 14.

9) Vgl. z. B. *Bochmer* in CCC. 177 §§ 7, 8. Es werden aber andererseits hier wirkliche Unterlassungen mit scheinbaren zusammengeworfen, z. B. der Fall, daß jemand, der zur Alimentation verpflichtet ist, einen anderen umkommen läßt, mit dem Falle, daß letzteres so geschieht, daß der Verhungerte von dem Schuldigen eingesperrt wird. Vgl. *Glaser* S. 354.

10) *Codex Max. Bavaricus* I, 12 § 7. Theresiana I art. § 13. Preuß. Allgemeines Landr. II, 20 §§ 80—82.

verwechseln, betrachtet er als rechtliche Verhältnisse, welche eine besondere Verpflichtung zum Handeln für einander begründen, die Ehe, das Verhältnis von Aszendenten und Descendenten, das Vormundschaftsverhältnis (im römischen Sinne des Wortes), das Verhältnis des Sklaven zu seinem Herrn, des Soldaten zu seinem Vorgesetzten (nach römischem Rechte), das Verhältnis des Untertanen gegen den Landesherrn (nach patriarchalisch-monarchischem Rechte). Sodann aber sollen wirkliche Verträge (nicht bloße Suppositionen, wie das berühmte *Pactum unionis et subjectionis*), so auch der Vertrag des Staatsdieners mit dem Staate die Verpflichtung zur Hinderung von Verbrechen und schädlichen Erfolgen begründen können. Es wird daher die Mutter, und ebenso die Großmutter eines neugeborenen oder in der Geburt begriffenen Kindes für dessen Pflege verantwortlich gemacht, der Sohn, wenn er den in Lebensgefahr befindlichen Vater nicht rettet.

Eine eingehende Erörterung finden wir bei *Luden*. Er verwirft die Ansicht, daß, wer ein Verbrechen nicht hindere, als Urheber desselben betrachtet werden könne, da hier ein Kausalzusammenhang nicht stattfinde; aber er nimmt Kausalzusammenhang und Verantwortlichkeit an, wenn jemand einen in seinem Zimmer entstandenen Brand nicht lösche, ferner wenn jemand Gift liegen lasse und ohne zu warnen zusehe, wie ein anderer das Gift verzehre, wenn jemand einen Kranken, dessen Pflege er übernommen habe, wissentlich verlasse; denn — das ist *Ludens* Meinung — eine absolute Untätigkeit existiert nicht; irgend etwas tut man in jedem Augenblicke, und diese andere Tätigkeit ist es, die verantwortlich macht, sofern sie eben die Richtung auf den Erfolg hat, also kausal sei.

*Krug* hat diese Theorie kritisiert. Wenn die Mutter, während sie ihr Kind verhungern läßt, Strümpfe stopft, so stirbt nach *Luden* das Kind am Strümpfestopfen, und während *Luden* leugnet, daß Pflichtwidrigkeit den Kausalzusammenhang begründe, so soll doch Pflichtwidrigkeit die Untätigkeit in Tun verwandeln, welche dann mit dem Erfolge im Kausalzusammenhange steht. Dagegen findet *Krug*, indem er bemerkt, daß die Unterlassung selbst als ein Nichts auch nichts verursachen könne, die Ursache des Erfolges schließlich in einer vorangegangenen Tätigkeit oder einer besonders von dem Schuldigen

übernommenen Verpflichtung; diese Verpflichtung wirkt nun bald intellektuell, indem sie andere veranlaßt, sich in eine bestimmte, gefahrdrohende Lage zu begeben, die der Schuldige unwirksam machen soll, bald unmittelbar physisch, wenn er unterläßt, die Folgen einer von ihm vorgenommenen gefährlichen Handlung abzuwenden.

§ 129. Nur eine feinere Ausbildung dieser Theorie hat *Glaser* zu geben versucht; er bemüht sich, um den verschiedentlich von der Begriffs-Jurisprudenz bestrittenen *Dolus subsequens* nicht aufkommen zu lassen, die vorausgegangenen eigentlichen Ursachen und die nachherige Unterlassung als ein einheitliches Ganzes zu konstruieren,<sup>10a)</sup> und um alle denkbaren Fälle zu treffen — denn z. B. in Beziehung auf die Mutter, welche ihrem Kinde Nahrung zu geben unterläßt, ist es schwer, ohne Künstelei von einer besonders übernommenen Verpflichtung, von einer vorausgegangenen Tätigkeit zu sprechen — soll das „in Beziehung treten zu dem verletzten Objekte“ genügen (S. 30). Damit verflüchtigt sich aber die vorausgegangene Ursache in das Unfaßbare, und bei genauerer Betrachtung erklärt die Theorie *Glaser's* nicht mehr als diejenige *Krug's*. Man sieht nicht ein, wie *Binding* bemerkt, wie die Unterlassung rückwirken kann, wenn sie wirklich ein Nichts wäre. Die Übernahme eines Amtes, z. B. des Amtes eines Bahnwärters, kann doch nicht wohl die Ursache der späteren Entgleisung eines Bahnzuges sein; die Anstellung und Existenz von Bahnwärttern wirkt im Gegenteil Unglücksfällen entgegen.<sup>11)</sup>

§ 130. *v. Buri* betrachtet den Willen, eine Gefahr abzuwenden, als eine vom Erfolg abhaltende Bedingung; die Vernichtung dieses Willens, auf welcher die Unterlassung beruht, also als eine den Erfolg fördernde Bedingung.<sup>11a)</sup> Damit wird

<sup>10a)</sup> Z. B. von Übernahme einer Pflicht bis zur Unterlassung der Pflichterfüllung, eine Fiktion, welche unserer strafrechtlichen Anschauung durchaus widerstreitet. Vgl. *Guthmann* S. 25.

<sup>11)</sup> Die Formel, welche *Ad. Merkel* im Anschluß an *Glaser* gibt, ist einfacher und übersichtlicher; aber genau betrachtet ist sie im wesentlichen mit der Beantwortung der Frage, welche *Glaser* vertritt, identisch und gewiß nicht weniger vieldeutig. Unterlassungen sollen für den Eintritt irgend welcher Verletzungen nur insoweit verantwortlich machen können, als wir die Integrität eines anderen in zurechenbarer Weise auf die Vornahme einer entsprechenden Handlung gestellt haben. Was bedeutet hier das „in zurechenbarer Weise“?

<sup>11a)</sup> Besonders prägnant von *Buri* GS. 41 S. 440 ausgesprochen: die durch das Pflichtbewußtsein angetriebenen Kräfte werden zurückgehalten.

erreicht, daß nicht, wie es bei der Theorie *Krugs* und *Glasers* der Fall ist, Wille und Handlung auseinanderfallen; aber es ist nicht erklärt, wie ein rein psychischer Vorgang äußere Wirkungen haben kann, und dieser Mangel muß bei *Buris* Theorie um so schwerer ins Gewicht fallen, als ihm sonst die völlige Scheidung von Kausalzusammenhang und Schuld als ein unerschütterliches, jedem Angriffe entzogenes Axiom gilt. Und wenn schon die Vernichtung des Abwendungswillens kausal sein soll, so würde, wie *Buri* selbst zugesteht, genau betrachtet jede Nichthinderung, zu der jemand imstande ist, rechtlich verantwortlich machen, während meistens doch nur von einer moralischen, nicht von einer rechtlichen Verantwortlichkeit hier die Rede sein kann, eine Einwendung, die *Buri* durch die Bemerkung zu beseitigen sucht, daß das Gesetz die Verantwortlichkeit an die vorangegangene eigene Kausalität des Unterlassenden knüpfe, sofern diese als nicht gerechtfertigt erscheine, und daß die Pflicht zur Unterlassung überhaupt keine absolute sei, vielmehr nach vernünftigem richterlichem Ermessen beurteilt werden müsse (GS. 28 S. 177 ff.).

An *Buris* Theorie schließt sich an die Ausführung *Bergers*, zugleich den Zusammenhang mit *Ludens* Theorie hervorhebend. *Luden* hatte jede beliebige Tätigkeit, welche man statt der unterlassenen relevanten Tätigkeit vornahm, als Ursache des Erfolges angesehen. *Berger* findet die Ursache in dem Entschlusse, welcher den Impuls zur Vornahme der relevanten (man kann zur Verdeutlichung sagen pflichtmäßigen) Tätigkeit unterdrückt: der Impuls z. B., einen Ertrinkenden zu retten, wird unterdrückt, da derjenige, dem die Rettung möglich ist, in dem Ertrinkenden seinen Todfeind erkennt.<sup>12)</sup>

<sup>12)</sup> Diese Theorie wird neuerdings im wesentlichen wieder aufgestellt von *Fischer*. Wer etwas unterläßt, tut in diesem Augenblick immer etwas Anderes; dieses andere beseitigt, indem es die unterlassene Tätigkeit hindert, zugleich eine das schädliche Ereignis, den Erfolg hindernde Bedingung, wirkt also positiv. Aber die Hinderung eines Entschlusses in einem und demselben Subjekte durch den Entschluß etwas Anderes zu tun, ist ein rein innerer Vorgang, dem äußere Kausalität — und diese allein erkennt *F.* an, da er (vgl. S. 468) die Unterlassung als reines Nichts betrachtet — nicht zuzuschreiben ist. *F.* meint, es sei doch dasselbe, ob jemand den A überrede untätig zu sein, oder ob er sich selbst überrede. Aber die Überredung eines anderen ist eine äußere Handlung, die auch vom Gesetze als wirkend angesehen wird. Wer den Bahnwärter dolos veranlaßt, kulpos seine Schuldigkeit nicht zu tun, ist einfach positiv mittelbarer Täter in Ansehung des erfolgenden Eisenbahnunfalles. Die Beweisführung ist somit verfehlt.



§ 131. Auch *Binding* führt die Kausalität der Unterlassung auf eine vorhergehende Handlung zurück. Er geht dabei, wie begreiflich, aus von der überhaupt von ihm zugrunde gelegten Unterscheidung derjenigen Bedingungen, welche einem bestimmten Erfolge hinderlich, und andererseits derjenigen, welche diesem förderlich sind.

Somit kommt es darauf an, in der sog. Unterlassung positiv eine fördernde Bedingung zu entdecken, wenn die sog. Unterlassung kausal sein soll. Diese fördernde Bedingung kann nicht in der einfachen Nichterfüllung einer vorher übernommenen Verpflichtung bestehen. Die Verpflichtung kann vielmehr eher als Setzen einer Hinderung betrachtet werden, und die Nichterfüllung ist demzufolge Beseitigung einer von dem Unterlassenden gesetzten hindernden Bedingung, eine Beseitigung, welche jedem frei stehen muß, falls sie rechtzeitig geschieht; denn in diesem Falle ist das Verhalten des Individuums in seiner Gesamtheit für den Eintritt des Erfolges belanglos. Es wird nun gezeigt, wie in denjenigen Fällen, wo die Unterlassung unbestreitbar verantwortlich machen muß, sie zugleich — wie *Luden* schon angenommen — eine positive Seite haben muß. Aber alle gegebenen Beispiele kommen darauf hinaus, daß der Unterlassende in anderen das Vertrauen erregt, er werde tätig werden, und sie dadurch auch zur Tätigkeit veranlaßt, in *Bindings* Beispielen im Augenblicke der Unterlassung. Wenn hiernach die Schwierigkeit beseitigt erscheint, daß nicht, wie nach *Glasers* Theorie, der Vorsatz der Tat nachfolgt, so deckt *Bindings* Theorie andererseits keineswegs alle hier in Betracht kommenden offenbar Verantwortlichkeit erheischenden Fälle. Wenn der Bahnwärter der übernommenen Verpflichtung zuwider einen Stein auf der Bahn wegzuräumen unterläßt, so braucht er in der Zeit der Pflichtversäumnis niemandes Vertrauen zu täuschen,<sup>13)</sup> und gewiß wäre dies nicht der Fall, wenn jemand sich verpflichtet, einen Damm auszubessern und dies unterläßt; wenn die Fluten hereinbrechen und eine Überschwemmung verursachen, wäre im Augenblick, wo dies geschieht, wohl eine positive Vertrauens Täuschung irgend jemandes nötig zur Verantwortlichkeit des seine Pflicht

<sup>13)</sup> Z. B. der Zug fährt nur infolge des Versagens der Bremse weiter und gerät so auf den vom Wärter nicht fortgeräumten Stein.

nicht Erfüllenden? Die Beispiele endlich, mit denen *Binding* die Irrigkeit aller Theorien nachzuweisen unternimmt, welche in der Unterlassung nach voraufgegangener Verpflichtung eine Kausalität erblickten, sind auch nach diesen Theorien richtig zu entscheiden; denn entweder ist hier nach der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges der Kausalzusammenhang unterbrochen — der Beschädigte selbst Ursache seiner Verletzung —, oder es greift der Satz ein „*Ultra posse nemo obligatur*“.

Auch braucht die Beseitigung abhaltender Bedingungen, wie *Rohland* (S. 73) hervorhebt, nicht ohne weiteres verantwortlich zu machen. Der Hausbesitzer, der einen Polizeibeamten überredet, einen Festgenommenen nicht zu fesseln, ohne sich zur Bewachung des Festgenommenen zu verpflichten, wird nicht haftbar sein, wenn der Festgenommene entweicht; verantwortlich ist in solchem Falle allein der Beamte. Hat der Hausbesitzer sich dagegen zur Bewachung verpflichtet, so wird man ihn für verantwortlich erklären. Es ist also die Rechtspflicht für die Verantwortlichkeit entscheidend.

Wie aber der Wille, einen schädlichen Erfolg abzuwenden, nicht immer zugleich eine fördernde Bedingung setzt, so kann noch weniger das Aufgeben des Abwendungswillens oder der bloße Entschluß, nicht mehr abwenden zu wollen, eine Einwirkung auf den Naturkausalismus üben. Es fallen also auch bei *Bindings* Theorie Tat und Wille in verschiedene Zeitpunkte, und es macht in Wahrheit auch nach *Bindings* Theorie ein *Dolus subsequens* verantwortlich.

*Hälschner* (1 S. 237 ff.) folgt im wesentlichen der Theorie *Bindings*; nur verwandelt er irrigerweise den Entschluß hindern zu wollen, z. B. die Übernahme eines entsprechenden Amtes ohne weiteres in das Setzen einer hindernden Bewegung, und dem Entschluß, nicht mehr hindern zu wollen, legt er dadurch eine in den Naturkausalismus eingreifende Wirkung bei, daß er annimmt, die motorischen Nerven des Schuldigen würden die Tätigkeit ohne weiteres eintreten lassen, falls sie nicht positiv gehemmt würden.

Gerade das Gegenteil aber ist in letzterer Beziehung der Fall, nicht das Unterlassen, vielmehr das pflichtmäßige Eingreifen erfordert eine psychische und physische Anstrengung.

§ 132. *Geyer* und *Finger* (1 S. 285 ff.) betrachten die Unterlassung dann als kausal, wenn sie eine psychische Einwirkung auf andere Personen (nach *Geyer* möglicherweise auch auf Tiere) enthält, gewissen Zuständen als gefahrlos sich anzuvertrauen. Z. B. der Bahnwärter unterläßt es ein Hinderungssignal zu geben; im Vertrauen darauf, daß die Bahn frei sei, fährt der Lokomotivführer weiter, und so erfolgt ein Unfall.<sup>13a)</sup>

*Aldosser* hat diesen Gedanken weiter ausgeführt und zugleich durch die Annahme ergänzt, daß jemand in bewußter, willkürlicher Weise die Herrschaft über die Bedingungen des Erfolges sich verschaffen könne; lasse er diese dann wirken, so verursache er den Erfolg.

In der Tat deckt die Kausalität, wie *Geyer* und *Finger* sie annehmen, nicht alle Fälle, in welchen die allgemeine Anschauung und vielleicht *Geyer* und *Finger* selbst kaum die Verantwortlichkeit leugnen möchten: der Schaden tritt in vielen Fällen ein, ohne daß von einem Handeln im Vertrauen auf die unterlassene Handlung die Rede sein kann. Man unterläßt, eine Reparatur selbst vorzunehmen, weil A sich verpflichtet, dieselbe zu besorgen. A tut dies nicht, und durch Naturgewalten erfolgt bei mangelnder Reparatur (z. B. eines Dammes) der Schaden. Hier hat niemand gehandelt, und doch wird der eine Fall schwerlich anders beurteilt werden als der andere. Prinzipiell ist übrigens gegen *Geyers* und *Fingers* Theorie einzuwenden, daß, wenn die Unterlassung psychisch wirken kann, nicht einzusehen ist, wie man ihr die physische Wirkung absprechen darf und umgekehrt. Ein reines Nichts dürfte auch psychisch Wirkung nicht ausüben. Was *Aldosser*<sup>14)</sup> aber hinzufügt, bezieht sich gar nicht auf wirkliche Unterlassungen, vielmehr auf Begehung, die man nur in ihrem endlichen Verlaufe nicht hindert, ist aber außerdem insofern verkehrt, als nur die bewußte, willkürliche Beherrschung von Verhältnissen und Körpern verantwortlich machen soll, während

<sup>13a)</sup> Der von *Finger* noch hervorgehobene Fall, daß das Gesetz wie unser StGB. in einigen Fällen (vgl. z. B. 357 Ab. 2) ausdrücklich pflichtwidrige Nicht-hinderung dem Bewirken gleichstellt, ist selbstverständlich. In einem Lehrbuche mußte er allerdings erwähnt werden.

<sup>14)</sup> Vgl. gegen *Aldosser* in dieser Hinsicht auch *Geyer*, Kritische Vierteljahrsschrift 1882 S. 241. — Daß *Geyers* und *Aldosser's* Theorie die in Betracht kommenden Fälle nicht erschöpft, ist auch von *H. Meyer* (§ 29 zu Anm. 14) hervorgehoben.

gerade unbewußte Unterlassung oft zweifellos die Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit begründet.

Es ist ferner unrichtig, daß jemand, der die Herrschaft über einen Erfolg bewußterweise erlangt hat, deshalb für die Abwendung verantwortlich sei. Wer einen Apparat zur Rettung von Ertrinkenden sich angefertigt hat, ist deshalb noch nicht verantwortlich, wenn er ihn gegebenenfalls nicht anwendet.

Völlig verkünstelt ist es, wenn gar die Verantwortlichkeit der Mutter, welche ihrem hilflosen Kinde Nahrung zu geben unterläßt, darauf zurückgeführt wird, daß die Mutter sich die faktische Disposition über das Kind beigelegt habe.

§ 133. *Landsberg* bemerkt, daß Ursachen einer Erscheinung nicht nur diejenigen Bedingungen seien, welche wir als positive bezeichnen; die Wirksamkeit dieser Bedingungen ergebe sich vielmehr erst aus dem großen Gesamtzusammenhange der Dinge; wenn ein bestimmter Erfolg eintreten solle, so müsse die Wirksamkeit aller hindernden Bedingungen durch diesen Zusammenhang aufgehoben sein; die Nichtexistenz möglicher, hindernder Bedingungen sei also ebenfalls immer kausal. Könne also ein Mensch hindern, so sei er kausal, wenn er nicht hindere. Die Kausalität der Unterlassung für das Ereignis ist damit gegeben, daß eine das Ereignis ausschließende Tätigkeit möglich war; verantwortlich sei jemand freilich nur, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln, zum Hindern vorhanden sei und wenn das Eintreten des Erfolges vorhergesehen sei oder habe vorhergesehen werden müssen.

Aber es widerstreitet allen unseren Anschauungen, einen Menschen, nur weil er hindern konnte — und wieweit erstreckt sich dies Können?<sup>15)</sup> — als Ursache eines Erfolges zu betrachten, und es ist zugleich in vielen Fällen offenbar unrichtig, daß eine Rechtspflicht bei vorhandener Möglichkeit des Hinderns für den nicht verhinderten Erfolg verantwortlich mache, und zwar auch, wenn der Erfolg als möglich vorhergesehen wurde oder vorhergesehen werden konnte. Der Turmwächter, der begonnene Brände anzeigen soll, ist nicht wegen Brandstiftung oder Beförderung der Brandstiftung verantwortlich, wenn er

<sup>15)</sup> Die von *Landsberg* gegebene Grenze, der zufolge Phantasievorstellungen des Könnens ausgeschlossen sein sollen, ist wohl schwerlich eine genügende Begrenzung.

pflichtwidrig sich dem Schlafe überläßt, und nun wegen Unterlassung der Signale der Brand sich weiter ausbreitet. Der Polizeibeamte, der pflichtwidrig nicht Wache steht, ist aus diesem Grunde nicht Mitschuldiger eines Verbrechens, das verhindert werden sollte.<sup>15a)</sup><sup>16)</sup>

§ 134. *Sigwart* erkennt an, daß Kausalität der Unterlassung für eine mechanische Betrachtung nicht bestehe, wohl aber für das im menschlichen Leben geltende Wirken nach Maßgabe von Zwecken: hier könne die Willenstätigkeit des Menschen im Streben nach bestimmten Erfolgen auch darin bestehen, daß man sich ruhig verhalte, und so gerade könne der gewollte Erfolg herbeigeführt werden. Diese Ausführung ist aber kein Beweis; sie postuliert genau betrachtet die Kausalität der Unterlassung, und das beigefügte Beispiel zeigt, daß der Kern der Frage nicht erfaßt ist. Es ist ein Beispiel, in welchem der Handelnde eine von ihm in Bewegung gesetzte Kraft nur fortwirken läßt. Der Steuermann (der dem Schiffe seinen bisherigen Kurs gegeben hat) läßt es, ungeachtet des voraussehenden Zusammenstoßes, diesen Kurs weiter verfolgen. Hätten wir nur solche Fälle zu entscheiden, so hätte das Problem kaum Behandlung oder Lösung nötig.

§ 135. Dem unmittelbaren Gefühle, der praktischen Anschauung mehr zusagend ist *Kohlers* Behandlung unseres Problems. *Kohler* erblickt in der sozialen Ordnung eine Macht, die in den natürlichen Bereich des Geschehens eindringt und dasselbe modifiziert. Sie erteilt zuweilen dem Menschen einen speziellen Posten, auf dessen Ausfüllung die Menschheit vertrauen soll, damit ein Unglück und ein Verbrechen nicht geschehe. Die Nichterfüllung dessen, was die Pflicht des speziellen Postens

<sup>15a)</sup> Eine ausführlichere Kritik der Auffassung *Landsbergs* gibt *Kitsinger* S. 135 ff.

<sup>16)</sup> *P. Merkel* schließt sich der von *Landsberg* vertretenen Grundansicht an, daß jemand, der verhindern kann, aber die Hinderung unterläßt, ohne weiteres als kausal anzusehen sei (wer ohne einzugreifen, zusieht, wie zwei Jungen sich prügeln, ist nach *Merkel* S. 25 Urheber der fortgesetzten Prügelei). Die Verantwortlichkeit schränkt er aber abweichend von *Landsberg* dadurch ein, daß er für dieselbe Rechtswidrigkeit der Unterlassung fordert. Damit wird das Problem aber nur verschoben, da der Unterlassung an sich nur die selbstverständliche Bedeutung des *Conditio sine qua non* beigelegt wird — daß die Unterlassung zur Herbeiführung des Erfolges unentbehrlich war — und nun erscheinen bei Besprechung der Rechtswidrigkeit die einzelnen Fälle, in welchen andere die Unterlassung als kausal betrachtet haben, und zwar unter recht kurzer, wenig zureichender Begründung der sog. Rechtspflicht.

sozial verlangt, ist Wegnahme eines notwendigen Rades der sozialen Ordnung. Was daraus folgt, muß der Wegnehmende, also der Unterlassende, vertreten. Es kommt nur darauf an, ob die Pflicht, die nicht erfüllt ist, im Sinne der sozialen Ordnung speziell genug ist. Die zivilistische Verantwortlichkeit kann zuweilen dabei mit einem loseren Zusammenhange — es ist wohl gemeint mit einem loseren Zusammenhange der sozialen Stellung mit dem (schädlichen) Erfolge — sich begnügen, als die strafrechtliche. Aber was soll man unter der „Spezialität“ eines sozialen Postens verstehen? Und Unterlassen ist nicht gleich dem positiven Herausnehmen eines sozialen Rades. Während in letzterer Beziehung das, was erst bewiesen werden soll, als bewiesen vorausgesetzt wird, ist diese Theorie so, wie sie aufgestellt ist, kaum mehr als eine Berufung auf das unmittelbare Gefühl, obschon der spezielle soziale Posten, sobald man ihn als Vertrauensposten auffaßt, an die Theorie erinnert, welche die Täuschung des Vertrauens anderer als Kausalität der Unterlassung ansieht. Die Bemerkung über den Unterschied der zivilen und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ist aber zutreffend, wie beim Kausalzusammenhange überhaupt.

§ 136. Deutet dies schon darauf hin, daß eine moralische oder juristische Untersuchung die Lehre vom Kausalzusammenhange nicht absolut trennen darf von dem Begriffe der Schuld, so hat *Windelband*<sup>16)</sup> geradezu betont (nur freilich zu weitgehend), daß die „Gesetze“, welche wir in unserem logischen, ethischen und ästhetischen Gewissen vorfinden, als ideale Normen zu betrachten seien, nach denen der Wert dessen, was naturnotwendig geschieht, beurteilt wird, und *Rohland* sagt schließlich (S. 118 ff.), aus einem Prinzip des Erkennens verwandele sich die Kausalität im Recht in ein Prinzip des Beurteilens.<sup>16a)</sup>

<sup>16)</sup> Präludien (Normen und Naturgesetze) 1884, S. 211 ff., bes. 219, 243.

<sup>16a)</sup> Auch die neuestens erschienene — der darin angewandten Scholastik und abstrusen Dialektik wegen schwer verständliche — Arbeit *Radstob's* kommt zudem Ergebnis (S. 64 ff.), daß der Kausalzusammenhang durch Unterlassung ethisch zu beurteilen sei. Die ethische Strafwürdigkeit der Unterlassung soll „in dem Momente“ eintreten, wo die Unterlassung einen so hohen ethischen Unwert erreicht, daß der ethische Wert der Strafe den ethischen Unwert der Strafe überwiegt. Diese Abwägung aber wird „als eins der dunkelsten kriminalistischen Probleme“ betrachtet; welches *R.* denn auch zu lösen nicht unternimmt, und in Beziehung auf welches nur einige scholastisch formulierte Andeutungen schwer zu entziffernden Sinnes gegeben werden.

Aber die Ausführung, welche den Beweis der Richtigkeit dieser Anschauung liefern sollte, ist ausgeblieben, und so ist denn neuerdings von *Liszt* (§ 30) der Verzicht auf jede Erklärung,<sup>16b)</sup> wie man Unterlassungen nur als kausal betrachten könne, als allein zutreffende proklamiert worden. Lediglich das positive Gesetz ist nach *Liszt* entscheidend; es fingiert die Kausalität. Aber das darf man hinzufügen, nur schade, daß es uns nicht oder nur höchst selten darüber belehrt, wann diese Fiktion gelten soll — eine erschöpfende, gesetzliche Aufzählung der Fälle, in denen Unterlassung positiver Tätigkeit gleichstehen soll, wäre unmöglich — und da Fiktionen zum Nachteile des Angeklagten im Strafrechte jedenfalls strikt zu begrenzen sind, so wäre das Ergebnis, daß Unterlassungen eigentlich niemals verantwortlich machen würden, ein Ergebnis, das dem unmittelbaren Gefühle völlig widerspricht und für die Rechtsordnung höchst gefährlich, ja unannehmbar ist.<sup>16c)</sup>

§ 137. Diese Insolvenz der Theorie der absoluten Trennung von Kausalzusammenhang und Schuld führt aber auf den Weg zu einer Lösung, welche die in den einzelnen früheren Lösungsversuchen liegenden richtigen Momente zu verwerten gestattet und vielleicht eine größere Wahrscheinlichkeit allgemeiner Anerkennung für sich hat.

Wie auf der einen Seite für den Kausalzusammenhang im rechtlichen Sinne gewisse weitgehende Konsequenzen des natürlichen Kausalzusammenhanges nicht beachtet werden, so kann Kausalzusammenhang andererseits in gewissen Verhältnissen angenommen werden müssen, wo er im natürlichen Sinne nicht existiert. Das ist der Fall bei der Unterlassung. Der Kausalzusammenhang existiert also zwar nicht kraft Gesetzes, wohl aber auf Grund einer unausweichlich sich aufdrängenden Anschauung des Lebens,<sup>17)</sup> der das Recht die

<sup>16b)</sup> Auch *Guthmann* S. 32 verneint jede Kausalität der Unterlassung.

<sup>16c)</sup> *Mentha* versucht eine rein dialektische, an den Wortlaut des *Code pénal français* 319 und des *Code pénal neuchâtelais* sich anschließende Lösung des Problems, welche schon deshalb für Gesetzbücher, welche die Fahrlässigkeit nicht ebenso definieren, keine Bedeutung hat, wie *M.* selbst anerkennt.

<sup>17)</sup> Vgl. in diesem Sinne auch *Hass*, *Jherings Jahrb.* 37 S. 416, schließlich *Kitsinger* S. 146 und früher schon (freilich ohne Begründung) *Wächter*, *Vorlesungen* S. 195; *Schwärze*, *Kommentar* S. 43; *H. Meyer* § 29; *Bierling*, *Juristische Grundbegriffe* 3 S. 86. Die bloße Aufstellung dieses oder eines ähnlichen Satzes genügt aber nicht. Es kommt einerseits darauf an, seine Überein-

Anerkennung nicht versagen kann. Es ist, wie ich es früher ausgedrückt habe: die Regel des Lebens,<sup>17a)</sup> welche uns sagt: hier fehlt etwas, das wir mit gutem Grunde erwarten durften, und dessen Fehlen wir daher dieselbe verderbliche Wirkung eintretenden Falles zuschreiben können, wie der Lücke in der Schiffswand, durch welche die Meereswogen eindringen. Diese Lücke ist, rein physisch betrachtet, ebenfalls nur ein Nichts; aber nach der Vorstellung, die wir von seetüchtigen, der Regel entsprechenden Schiffen uns machen, erscheint sie uns als Reales, als ein Etwas von sehr realen Wirkungen. Das Fehlen erscheint als Tatsache.<sup>17b)</sup>

Prinzipiell setzt nun die strafrechtliche Verantwortlichkeit voraus einen äußerlich hervortretenden Willensakt, eine Körperbewegung. Ein rein innerer Seelenvorgang — wozu auch die nicht unterbrochene Fortdauer eines länger dauernden Zustandes, die Seelenruhe gerechnet werden muß — ist zwar nicht ein reines Nichts, bedeutet aber für das Strafrecht nichts, und daraus ergibt sich, daß in aller Regel, sofern mit einem Erfolge eine äußerlich hervortretende Willensäußerung, eine Körperbewegung einer Person in kausaler Verbindung nicht steht, die Person für den Erfolg nicht verantwortlich sein kann. Mit anderen Worten: in aller Regel macht bloße Untätigkeit, Unterlassung nicht verantwortlich, kann sie nicht als kausal angesehen werden.<sup>17c)</sup>

Aber es können und müssen Ausnahmen anerkannt werden, die als solche besonders zu begründen und ohne

---

stimmung mit unserem übrigen Denken (insbesondere unseren ethischen und juristischen Ideen) nachzuweisen, andererseits auf eine in das einzelne gehende Prüfung der Elemente dieser Anschauung und der Konsequenzen.

<sup>17a)</sup> *Rohland* (S. 46) dessen Auffassung der Kausalität durch Unterlassung der meinigen sehr nahe steht, vielleicht — der zweite Teil der Arbeit *Rohlands* ist noch nicht erschienen — mit ihr übereinstimmt, hält es für unrichtig, daß ich als Regel des Lebens bezeichne einmal dasjenige, was regelmäßig geschieht (erfolgt), und sodann dasjenige, was das Gesetz (das Recht) vorschreibt. In einem geordneten Staatswesen wird man aber von der Voraussetzung ausgehen können, daß, wenn das Gesetz nicht ein völlig verkehrtes ist (was jedenfalls wieder regelmäßig nicht der Fall sein wird), das, was das Gesetz vorschreibt, regelmäßig auch befolgt wird. Es scheint mir also, daß ich eines logischen Fehlers mich nicht schuldig machte, *Rohland* aber bei der erhobenen Einwendung ein, wie ich glaubte, sich als selbstverständlich aufdrängendes Zwischenglied meiner Argumentation übersehen hat.

<sup>17b)</sup> So auch *Huther*, *Zeitschr.* 17 S. 233.

<sup>17c)</sup> Der Ausgangspunkt ist also gerade ein der Theorie *Landsbergs* entgegengesetzter.



zwingende Gründe nicht anzuerkennen sind. Daß solche Ausnahmen anerkannt werden dürfen folgt daraus, daß der Zustand der Seelenruhe doch eine Realität<sup>17d)</sup> ist, und daß daher die gesunde Anschauung des Lebens da, wo sie eine Lücke findet, in demjenigen, was sein soll, berechtigt ist, die Existenz dieser Lücke auch auf den äußerlich nicht hervortretenden Seelenzustand als Ursache zurückzuführen. Und zwar ist dies da der Fall,<sup>17e)</sup> wo das Tätigwerden gleichsam selbstverständlich ist, so daß das Untätigbleiben gegenüber dem in den Verhältnissen liegenden Antriebe zum Handeln entweder auf einem diesen Antrieb hemmenden besonderen Entschlusse, oder auf einem nachlässigen Vergessen oder Außerachtlassen der rechtlichen, zur Tätigkeit auffordernden Situation beruht<sup>18)</sup> — nicht im natürlichen Sinne, demzufolge die Tätigkeit, nicht aber die Untätigkeit eine Anstrengung fordert, wohl aber in dem ethischen Sinne, daß wer in solcher Situation nicht den Antrieb zum Handeln empfindet (also fahrlässig tätig zu werden unterläßt), oder gar dem empfundenen Antriebe absichtlich nicht Folge gibt, als ein den ethischen Anforderungen nicht entsprechender, als ein schlechter, ein strafwürdiger und strafbedürftiger Mensch erscheint. Der Betrachtung erscheint dann die Untätigkeit, weil sie der als selbstverständlich vorausgesetzten Tätigkeit widerspricht, als positive Aufhebung eines Hindernisses des eintretenden Erfolges, mit anderen Worten als kausal.<sup>18a)</sup>

§ 138. Durch diese Auffassung wird zugleich der Einwand

<sup>17d)</sup> Der Satz „Aus nichts wird nichts“ paßt also nicht. *Schwalbach*, GS. 31 S. 607: prinzipiell werde für das Verbrechen nicht Handlung, vielmehr nur pflichtwidriges Verhalten gefordert.

<sup>17e)</sup> Die englisch-nordamerikanische Jurisprudenz nimmt Verantwortlichkeit wegen Unterlassung (*omission*) an, wenn 1. der Person eine besondere Verantwortlichkeit obliegt, und 2. die Nichterfüllung der durch diese Verantwortlichkeit auferlegten Pflicht nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge einen Schaden für eine andere Person oder den Staat zur Folge hat. So *Wharton* 1 § 130. Dies stimmt im wesentlichen mit den Ergebnissen des Textes überein. Vgl. über einzelne Fälle auch *Archbold* S. 784.

<sup>18)</sup> Dies ist das richtige Moment in der Theorie *Buri*. Aber da *Buri* den Kausalzusammenhang lediglich im natürlichen oder mechanischen Sinne gelten läßt, ist die Kluft, welche den Entschluß des Nichttuens von dem Kausalzusammenhange trennt, für *Buri* nicht zu überbrücken.

<sup>18a)</sup> Auch *Binding* war also auf dem richtigen Wege; aber er bemerkte nicht die Differenz der rein mechanischen Auffassung gegenüber der hier maßgebenden, ethischen Betrachtung.

beseitigt, daß nach den meisten der bisher aufgestellten Theorien bei vorsätzlicher Herbeiführung eines Erfolges durch Unterlassung der Vorsatz statt, wie erforderlich, dem kausalen Eingreifen vorherzugehen, diesem oft erst nachzufolgen scheint. Mechanisch richtig ist dies freilich nicht;<sup>18b)</sup> nach rein mechanischer Auffassung gehört zum Handeln eine hier fehlende Körperbewegung — aber das praktische Leben verläßt hier wie in manchen anderen Fällen die lediglich mechanische Auffassung. Man nimmt ja auch an, daß derjenige eine oft folgenschwere Handlung vorgenommen habe, der ein wichtiges Anerbieten dadurch ablehnt, daß er die für die Annahme gesetzte Frist verstreichen läßt; man hat das von alters her (vgl. *Aristoteles*, Phys. II, 3 § 195 und Metaphysik II, 2 1013<sup>b</sup>) getan und damit freilich den schweren Vorwurf eines logischen Fehlers auf sich gezogen, den insbesondere *R. Loening* (Geschichte der strafr. Zurechnungsl. 1, S. 253) in dieser Hinsicht gegen den sonst als Begründer unserer Zurechnungslehre von ihm betrachteten Stagiriten erhebt.<sup>18c)</sup>

Die Annahme einer Kausalität der Unterlassung beruht also auf einem ethischen Urteile,<sup>19)</sup> wie wir denn auch sonst schon das ethische Urteil im Kausalzusammenhang in gewissen Beziehungen als maßgebend gefunden haben.

§ 139. Eine Rechtspflicht<sup>20)</sup> — welche übrigens auch ohne einen darauf gerichteten Willensakt des Verpflichteten

<sup>18b)</sup> Der Streit über die Möglichkeit eines sog. *Dolus subsequens* ist genau betrachtet ein Wortstreit. Aber man wird besser diesen Ausdruck vermeiden.

<sup>18c)</sup> Wenn *Loening* (Die strafrechtl. Verantwortlichkeit des verantwortl. Redakteurs, 1889, S. 137) gegen die Anschauung des gewöhnlichen Lebens Einsprache erhebt, hat er insofern recht, als die Wissenschaft jene Anschauung nicht ohne Begründung und Prüfung im einzelnen gelten lassen darf.

<sup>19)</sup> Wo es zweifellos Torheit wäre, auf den hindernden Erfolg einer versprochenen Tätigkeit zu rechnen, würde nicht die Unterlassung, vielmehr die Verleitung zu einem tollkühnen oder lediglich vom Zufall abhängigen Unternehmen verantwortlich machen. Es kommt dann darauf an, ob dem Geschädigten selbst eine Schuld trifft, und ob man im Bejahungsfälle den Kausalzusammenhang zwischen der Verleitung und dem Schlußereignis noch als existierend betrachtet. Im Falle eines auf den Erfolg gerichteten Dolus ist freilich Verantwortlichkeit auch hier immer vorhanden, und im Falle eines nur bezüglich der Unterlassung selbst vorliegenden dolosen Verhaltens wird man es mit der Verantwortlichkeit des Unterlassenden jedenfalls nicht leicht nehmen dürfen.

<sup>20)</sup> Sie braucht nicht unmittelbar auf Gesetz zu beruhen, sie kann auch eine kontraktliche sein. So RG. I. 14./2. 84 E. Nr. 30 S. 101.

Ist die Zeit einer kontraktlichen Verpflichtung, für einen hilflosen Menschen zu sorgen, abgelaufen, so wird man ihn doch nicht rücksichtslos seinem Schicksal überlassen dürfen. Ist aber eine andere durch Gesetz unmittelbar verpflichtete

entstehen kann,<sup>21)</sup> z. B. durch Verwandtschaft mit einer Person, für die man sorgen muß — soll ihrer Natur nach immer einen genügenden Antrieb zum entsprechenden Handeln anderer erhalten. Man wird sich darauf verlassen dürfen, daß in der Regel der Rechtspflicht entsprechend gehandelt wird oder gehandelt ist.<sup>21a) 21b)</sup> Aber es kann hinreichen, daß jemand anderen nur tatsächlich das Vertrauen einflößt, er werde in bestimmter Weise tätig werden — das bekannte Beispiel des guten Schwimmers, der unter dem Versprechen, er werde nötigenfalls Hilfe leisten, einen anderen zu einer gefährlichen Schwimmpartie überredet —, daß das Publikum überhaupt erwarten kann, gewisse Dinge — z. B. eine Treppe, eine Falltür — werden vom Eigentümer, Mieter in Ordnung gehalten werden.<sup>22)</sup>

Andererseits muß man auch genau untersuchen, welchen Inhalt eine Rechtspflicht in Wahrheit hat. Wenn für die Mutter die wirkliche Rechtspflicht besteht, für das noch hilf-

Person vorhanden, so muß hartnäckige und unbegründete Weigerung, dieser Verpflichtung nachzukommen, die gesetzlich verpflichtete Person verantwortlich machen, während die kontraktlich verpflichtete frei wird. Dies ist m. E. übersehen in den Entscheidungsgründen RG. III. 21./3. 88 E. 17 Nr. 67 S. 260 ff.

<sup>21)</sup> Die Mutter hat auch für das in Notzucht erzeugte Kind zu sorgen.

<sup>21a)</sup> Bei Vernachlässigung der Rechtspflicht ist aber keineswegs immer Kausalzusammenhang im rechtlichen (adäquaten) Sinne mit dem dadurch herbeigeführten Schaden anzunehmen. Vgl. unten.

<sup>21b)</sup> RG. I. 12./6. 97 (GArch. 45 S. 275) nimmt an, daß regelmäßig mit dem Aufhören der Verpflichtung zum Handeln auch die Verantwortlichkeit für einen Erfolg aufhöre (an die Stelle eines Bergwerksdirektors, der für die Sicherheit des Betriebes zu sorgen hat, tritt ein anderer). Dies dürfte nur insofern zutreffen, als der Nachfolger in der Lage war, den Fehler zu bemerken und die (nach den Umständen zu bemessende) Zeit hatte, dem Mangel abzuweichen.

<sup>22)</sup> Vgl. RG. II. 27./1. 88 RS. 10 bes. S. 79, auch durch Unterlassung könne jemand sich in bezug auf Verbotsgesetze strafbar machen, „sofern der Täter infolge eines vorausgegangenen eigenen Tuns oder kraft einer Rechtspflicht zur Abwendung des Strafgesetzes zuwiderlaufenden Erfolgs verbunden war“. — Rechtspflicht: K. Sächs. OAG. 25./3. 78: auch der außereheliche Vater, der mit der Mutter zusammen in häuslicher Gemeinschaft lebte, zugleich mit der Mutter für möglicherweise verantwortlich erklärt, für eine durch mangelnde Pflege herbeigeführte Gesundheitsbeschädigung der Kinder. — Vertragmäßige Verpflichtung für eine Blinde zu sorgen: RG. I. 14./2. 84 E. 10 Nr. 30 S. 101. — Die englische Praxis verlangt (mit Recht), daß, wenn jemand wegen mangelnder Pflege einer Person verantwortlich gemacht werden soll, diese hilflos oder zu rechnungsunfähig gewesen sein muß. Wer freiwillig sich schlechte Behandlung gefallen läßt, habe es sich selbst zuzuschreiben, wenn er Schaden leide. *Archbold* S. 784. — Das preußische OT. hat GArch. angenommen, daß der Gastwirt verantwortlich sei, wenn durch Verweigerung der Aufnahme jemand gezwungen sei, im Freien zu bleiben und durch die Kälte Schaden erleide. Wenn der Gastwirt zur Aufnahme für gesetzlich verpflichtet gehalten wird, ist die Entscheidung richtig.

lose Kind unmittelbar zu sorgen, oder diese Sorge durch eine andre Person zu beschaffen, so enthält die allgemeinere auf der Verwandtschaft beruhende Alimentationspflicht keineswegs die Verpflichtung zu solch unmittelbarer persönlicher Fürsorge; die Großmutter ist daher als solche keineswegs verantwortlich, wenn die Tochter ihr neugeborenes Kind durch Nachlässigkeit umkommen läßt. Es liegt in der Natur der Dinge begründet, ist selbstverständlich, daß die Mutter für die Ernährung und Erhaltung des neugeborenen Kindes sorgt; aber daß Großeltern hier unmittelbar helfend eingreifen, darauf kann die Rechtsordnung doch sich nicht verlassen wollen: die Großmutter braucht doch z. B. nicht anwesend zu sein, wenn die Tochter ein Kind zur Welt bringt.<sup>23)</sup>

Indes die für positives Eingreifen geltenden Grenzen des Kausalzusammenhanges gelten auch hier. Nur wo die Hinderung des schädlichen Erfolges der Tätigkeit adäquat ist, oder dem gewöhnlichen Laufe der Dinge entspricht,<sup>24)</sup> nur wo man darauf rechnet und darauf rechnen darf, die Tätigkeit werde den Erfolg vermeiden lassen, macht Untätigkeit für den Erfolg verantwortlich. Eine Rechtspflicht begründet daher an sich noch nicht einen Kausalzusammenhang.<sup>25)</sup> Der Gesetzgeber kann z. B. mit einer anderweiten Strafe wie im Falle des StGB. 138, ja mit disziplinarer Ahndung sich begnügen, und ganz falsch ist es, aus der Verpflichtung zu einer Handlung durch Polizeiverordnung zu folgern, daß die Unterlassung hier stets als kausal für den schädlichen Erfolg zu gelten habe, der durch die Unterlassung bedingt sein mag.<sup>26)</sup> Die reine Theorie

<sup>23)</sup> Vgl. in diesem Sinne auch *Wharton* 1 § 331. Die von *Spangenberg* S. 554 mitgeteilte und gebilligte Entscheidung ist daher jedenfalls unbegründet, insofern sie davon ausgeht, daß der Großmutter die im Text besprochene Verpflichtung obliege. In dem fraglichen Falle konnte aber sehr wohl eine Verantwortlichkeit der Großmutter deshalb angenommen werden, weil diese ihre Tochter — anscheinend sogar doloserweise — abgehalten hatte, sich rechtzeitig Hilfe bei einer Geburt zu verschaffen, und nun ihre Hilfe versagte, während die gebärende Tochter m. E. wahrscheinlich infolge der ihrer Mutter zur Last fallenden Täuschung schuldlos war.

<sup>24)</sup> Es ist nur in diesem Sinne richtig RG. I. 14./2. 84 E. 10 Nr. 30 S. 101: „Die strafbare Unterlassung einer durch die Pflicht gebotenen Handlung steht im Sinne des Strafgesetzbuchs einer strafbaren Handlung völlig gleich.“ Im Falle eines Dolus reichen die einzurechnenden Folgen weiter.

<sup>25)</sup> Vgl. *Löffler* in *Grünhuts Zeitschr.* 20 S. 768—770.

<sup>26)</sup> Glücklicherweise gilt § 823 Abs. 2 des BGB. für das Strafrecht nicht. Wenn *Guthmann*, S. 32, sagt: „Nur die Unterlassung einer durch Rechts-

der *Conditio sine qua non* kann freilich dahin führen, die Polizeibehörde hier indirekt zum Gesetzgeber in Kriminal­sachen zu erheben.

Darauf, daß der Turmwächter die Brände, die Polizei die Verbrechen in aller Regel verhindern werde, rechnet man nicht; der nachlässige Turmwächter ist also für die nicht gemeldeten Brände, der nachlässige Polizeibeamte für begangene Verbrechen anderer kausal nicht verantwortlich.

Aber man rechnet darauf, daß jemand, der ein bestimmtes Feuer bewachen soll, die Feuersbrunst verhindern werde.<sup>27)</sup> In vielen Fällen kann dabei im Sinne *Geyers* und *Aldossers* auch die psychologische Einwirkung auf andere in Betracht kommen. Es ist natürlich oder entspricht der Gewöhnung, der *Bona fides*, daß man annimmt, gewisse Dinge seien in Ordnung, und daß man sich ihnen dann anvertraut, während, wenn sie nicht in Ordnung sind, der Vertrauende regelmäßig beschädigt wird. Kann andererseits der durch die Unterlassung Gefährdete sich selbst helfen, tut dies aber nicht, so ist der die Erfüllung einer Rechtspflicht Unterlassende nicht verantwortlich.<sup>28)</sup>

§ 140. Unsere Betrachtung aber ist nicht eine moralische, sondern eine rechtliche. Nicht überall, wo man helfen oder hindern kann — wo das Können nicht besteht, kann selbstverständlich auch keine Pflicht gelten, es wäre denn, daß das Nichtkönnen auf Schuld oder die Übernahme der Pflicht auf Leichtsinne beruhe —, existiert rechtliche Verantwortlichkeit, sollte auch in dem ethischen Anschauungen folgenden Menschen der Trieb zum Handeln selbstverständlich sein. Die rechtliche Verantwortlichkeit enthält den Zwang zum Handeln. Man muß also fragen, welche Folgen würde der Zwang mit sich

---

satz gebotenen Handlung macht verantwortlich, und zwar dann, wenn der Unterlassende den Erfolg abwenden konnte“, so trifft m. E. die Bejahung der Verantwortlichkeit nach den allgemeinen für den Kausalzusammenhang geltenden Grundsätzen nur im Falle eines auf den Erfolg gerichteten Dolus des Unterlassenden zu. Andererseits aber ist ein ausdrücklicher Rechtssatz zur Begründung der Verantwortlichkeit nicht erforderlich.

<sup>27)</sup> L. 27 § 9 D. 9, 2.

<sup>28)</sup> Wer zur Ernährung und Fürsorge einer Person verpflichtet ist, wird nach englisch-nordamerikanischem *Common-law* für kriminell verantwortlich wegen unterlassener Ernährung und Fürsorge nur dann erachtet, wenn jene Person, welche unter unmittelbarer Obhut des Verpflichteten sich befand, wegen ihres Gesundheitszustandes, ihres Alters nicht imstande war, sich andere Hilfe zu verschaffen. *Wharton* 1 § 330 in Übereinstimmung mit *Stephen*.

bringen, und dabei ist zu berücksichtigen, daß das Helfen und Hindern auch häufig Opfer auferlegen wird, Opfer nicht nur an äußeren Gütern, sondern auch an Bequemlichkeit, Opfer auch insofern, als jemand sich Gefahren aussetzen müßte. Ohne weiteres können solche Opfer nicht von jedermann verlangt werden. Das Helfen- und Hindernkönnen ist also nicht immer im strikten Sinne zu nehmen, und wenn eine rechtliche Verantwortlichkeit angenommen werden soll, so muß dem Richter auch über dieses Können ein einigermaßen sicheres Urteil möglich sein. Und selbst die Rechtspflicht, zu hindern, zu helfen, ist nicht immer eine Pflicht, auch mit Gefahr des Lebens zu hindern, zu helfen, unter Nichtbeachtung des eigenen Notstandes oder des Notstandes naher Angehörigen die Pflicht zu erfüllen.

Eine Probe für die Richtigkeit der Annahme oder Nichtannahme der Verantwortlichkeit auf Grund einer Unterlassung ist es, die Konsequenz für gleichartige Fälle zu ziehen und insbesondere den Zwang und was damit verbunden ist, genauer ins Auge zu fassen. Wer einem Verhungernden nicht Nahrung reicht, ist, abgesehen von besonderer Verpflichtung, eintretendenfalls nicht wegen Tötung verantwortlich. Solche Verantwortlichkeit würde eine allgemeine rechtliche Menschenpflicht zur Unterstützung Notleidender durch Gaben voraussetzen. Es ist zweifellos, daß solche Pflicht nicht existiert. Es besteht auch keine allgemeine Rettungspflicht, für die Rettung anderer auch nur eigenes Gut zu gefährden; denn gefährden heißt hier eventuell zum Verluste bereit sein. Auch keine Verpflichtung sich anzustrengen; denn Aufwendung von Kräften ist unter Umständen Aufwendung von Gesundheit, indirekt auch von Vermögen, und da die Grenze zwischen Anstrengung und bloßer Unbequemlichkeit schwer zu ziehen ist, da meistens auch die Rettung anderer einen raschen Entschluß verlangt, der nicht jedermanns Sache ist,<sup>29)</sup> da sich Leute auch frivolerweise in

<sup>29)</sup> Mit Recht spricht daher *Kohler*, S. 51, sich gegen die Bestimmung des *Code Lévisgstone* Art. 485 aus, wonach jemand für den Tod eines Kindes verantwortlich erklärt wird, wenn er es vor dem Überfahrenwerden nicht rette, obwohl er es ohne Gefahr und Vermögensschaden von der Straße entfernen kann. „Dies würde dazu führen, daß in unseren komplizierten Lebensverhältnissen der einzelne in eine Unmasse der bedenklichsten Situationen gerate, so daß ein Moment übereilter Unterlassung den unschuldigen Passanten zum Mörder stem-

Gefahr begeben und dann gewiß einen Rechtsanspruch auf Rettung nicht erheben können, so wird die unterlassene Rettung anderer, falls nicht aus besonderen Gründen eine Rechtspflicht abzuleiten ist, nicht wegen Tötung oder Körperverletzung verantwortlich machen.

Dagegen kann es als natürliche Regung betrachtet werden daß jemand einen ihm selbst drohenden Schaden möglichst abzuwenden, die Vergrößerung eines eingetretenen Schadens möglichst zu verhindern sich bestrebe, und hier sind auch diejenigen Gründe, welche eine Befassung mit der Rettung anderer (oder der anderen gehörigen Sachen) widerraten können, nicht vorhanden. Es bedarf vielmehr der positiven Unterdrückung einer natürlichen Regung,<sup>29a)</sup> wenn jemand eine sich anbietende oder leicht vorzunehmende Rettungshandlung hier unterläßt, Er selbst und nicht der andere, dessen Tun den ersten Anstoß zu dem Eintritt des Schadens, der Verletzung gab, ist im rechtlichen Sinne Ursache.

Aber noch bedenklicher als ein Zwang zur Rettung aus Unglücksfällen wäre ein Zwang zur Hinderung strafbarer Handlungen, wobei der Hindernde sich sehr leicht eigener Gefahr aussetzen kann.<sup>30)</sup>

Man muß dabei erwägen, daß solche Bestimmungen, eben weil, um sie richtig zu handhaben, große Umsicht und Erfahrung erfordert wird, leicht verkehrt angewendet werden und daher der einzelne sehr leicht der Gefahr ungerechter Verurteilung oder was schon an sich ein nicht geringes Übel sein kann, der Gefahr unbegründeter Anklage und Untersuchung ausgesetzt sein würde. Das moralische Gefühl braucht solche Unvollkommenheiten der Justiz nicht zu berücksichtigen und kann darum strenger sein. Es kann daher auch, ungeachtet StGB. 139 in bedenklicher Weise zur Anzeige geplanter schwerer

---

pehn könne“. — Daß nach unserem StGB. eine allgemeine Rettungspflicht positiv zu verwerfen ist, ergibt sich aus § 360, 10; denn hier ist nur unter Übertretungsstrafe gestellt, wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not der ergehenden Aufforderung der Polizeibehörde nicht Folge leistet (obgleich er es ohne erhebliche eigene Gefahr konnte).

<sup>29a)</sup> Vgl. über den Trieb zur Selbsterhaltung und zur Erhaltung der eigenen Güter die richtige Ausführung bei *Labowsky*, Eigenes Verschulden bei Schadenersatzansprüchen, S. 22.

<sup>30)</sup> L. 109 D. 50, 17: „*Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere potest.*“

Verbrechen in gewissem Umfange verpflichtet, dabei wenigstens nicht gleichzeitig eine Verantwortlichkeit für die wirklich ausgeführten Verbrechen angenommen werden, wenn die Anzeige schuldhafterweise unterlassen wurde. Aber wie schutzlos würde die Gesellschaft sein, wenn sie nicht die Verantwortlichkeit eines Bahnwärters, Weichenstellers, Maschinisten, Steuer-manns usw. für den aus unterlassener Pflichterfüllung hervorgehenden Erfolg annähme? In der Tat treffen hier auch die vorhin für die Verantwortlichkeit angegebenen Kriterien zu. Es wird zweifellos darauf gerechnet, daß diese Personen der allgemeinen Regel nach Unglücksfälle abwenden werden und können; der Unglücksfall ist andererseits bei unterlassener Pflichterfüllung nicht ein völlig außerordentliches Ereignis, und unterläßt eine jener Personen doloserweise ihre Pflicht zu tun, so wird sie den Entschluß dazu in sich empfinden als Hinderung des psychischen Antriebs zur Pflichterfüllung.<sup>31)</sup>

§ 141. Abwendung schädlicher Folgen. Ebenso werden wir es als selbstverständlich<sup>32)</sup> ansehen, daß jemand die schädlichen Folgen eines an sich fehlerhaften (schuldhaften) Verhaltens durch positive Tätigkeit abwendet, sofern er noch rechtzeitig von dem wahrscheinlichen Eintreten jener Folgen Kenntnis erhält, oder daß er diese Folgen, sofern sie schon eingetreten sind, minder schädlich, minder dauernd mache. So hat das RG. mit Recht angenommen, daß wegen doloser Freiheitsberaubung jemand straffällig sei, der einen anderen versehentlich einschließt, dann aber wissentlich — im betreffenden Falle trotz erfolgter Aufforderung — unterläßt, ihn zu befreien.<sup>33)</sup> Und wer unvorsichtig eine brennende Zigarre wegwerfend bemerkt, daß sie Schaden anrichten könne, nicht einmal den Fuß bewegen will, den Schaden zu verhüten, sollte ebenfalls für den Schaden, z. B. dafür verantwortlich gemacht werden, daß die Kleider einer vorübergehenden Dame Feuer fangen und die Dame schwere Brandwunden erleidet. Allerdings wird in den meisten, derartigen Fällen es sich nur um

<sup>31)</sup> Dieser Punkt ist in der Theorie *Buris* schon richtig erkannt worden.

<sup>32)</sup> Häufig wird sich übrigens bei gefahrdrohenden Tätigkeiten Unterlassung und positives Handeln gar nicht unterscheiden; z. B. kann man ebensogut sagen, jemand lasse ein Automobil weiter laufen, wie jemand unterlasse zu bremsen.

<sup>33)</sup> RG. II. 20./10. 93 E. 24 Nr. 117 S. 339.



Fahrlässigkeit handeln, ein auf den schadenden Erfolg gerichteter Vorsatz sich auch schwer, selbst wenn er vorhanden ist, nachweisen lassen. Sehr häufig wird der Schuldige denken, die Sache werde nicht schlimm werden. Aber ihn nicht einmal wegen Fahrlässigkeit strafen, heißt doch die Frevelhaftigkeit und die Nichtachtung der Gesundheit und des Vermögens, ja des Lebens anderer groß ziehen.

Dagegen ist niemand rechtlich verpflichtet, bei einem voraufgegangenem, völlig fehlerlosen, eine komplementäre Tätigkeit nicht erfordernden Verhalten<sup>33a)</sup> noch tätig zu werden, um unvorsichtige Personen zu warnen, ihnen zu helfen oder sonstige, allerdings im mechanischen Sinne durch sein Verhalten verursachte Unglücksfälle zu verhüten. Wer seine Treppe gehörig beleuchtet hat, braucht fremde Kinder, welche die Treppe hinunterpoltern, nicht zu warnen oder aufzuhalten, Blinden, für die er sonst nicht zu sorgen hat, beim Hinabsteigen nicht den Arm zu geben usw.; der Kanalbauer, der den von ihm gegrabenen Schacht gehörig mit Warnungslaterne versehen hat, ist rechtlich nicht verpflichtet, unvorsichtig Gehende oder Fahrende noch besonders zu warnen. Die Erfüllung der Rechtspflicht muß ihrem Begriffe nach rechtlich genügen. Die Ansprüche der Moral können unter Umständen weitergehen. Aber Ansprüche der Moral können, mit dem rechtlichen Zwange versehen, unsinnig werden.

Die Ergebnisse unserer Untersuchung sind zusammengefaßt folgende:

Rein naturalistisch oder mechanisch ist eine reine Unterlassung — zu unterscheiden von den Fällen einer vorausgegangenem Tätigkeit, welche, um fehlerlos zu sein, eine komplementäre, spätere Tätigkeit fordert — nicht kausal. Die Annahme der Kausalität der reinen Unterlassung beruht vielmehr auf einer durch unsere moralischen und rechtlichen Anschauungen, nicht minder aber durch die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung gebotenen (idealen) Erweiterung des Kausal-

---

<sup>33a)</sup> Ein an sich fehlerlos erscheinendes Handeln kann seiner Natur nach ein weiteres komplementäres Handeln fordern. Ein Arzt ist, wenn er den Patienten nicht rechtzeitig benachrichtigt, verpflichtet die ärztliche Behandlung ordnungsgemäß fortzusetzen. Vgl. OT. Berlin 31./10., GA. Arch. 10 S. 57: Verurteilung eines Arztes, der unterlassen hatte, einen von ihm angelegten Verband zu besichtigen, wegen fahrlässiger Körperverletzung.

zusammenhanges — man könnte sie fingiert nennen, wenn nicht der Begriff der Fiktion den des Künstlichseins in sich schlösse, während hier gerade die gleichsam natürliche Betrachtung des praktischen Lebens ihr Recht fordert.

Diese Kausalität ist anzunehmen: 1. wenn die Vornahme der Tätigkeit so selbstverständlich erscheint, daß alle Beteiligten sie erwarten, und diese Erwartung sich dem Schuldigen, wenn er nicht durchaus sorglos ist, fahrlässig sich des Nachdenkens enthält, sich ebenfalls psychisch aufdrängt,<sup>34)</sup> und 2. die Vornahme der Tätigkeit, nach sonst geltenden Regeln über den Kausalzusammenhang beurteilt, den Eintritt des schadenden Schlußerfolges verhindert haben würde. Es besteht dann auch eine Verantwortlichkeit für Dolus, wenn ein psychischer Antrieb zur Vornahme der Tätigkeit bei dem Untätigen vorhanden ist, aber von diesem unterdrückt wird; denn das Niederkämpfen des Antriebes zum Handeln steht in Konsequenz jener praktisch-idealen Anschauung dem positiven Eingreifen des Naturkausalismus gleich.

§ 142. *Liszt* hat neuerdings (12. Aufl. S. 134ff.) den Streit über den Kausalzusammenhang durch Unterlassung, während er früher den philosophischen (d. h. mechanischen oder naturalistischen) Kausalbegriff im Sinne *Buris* nicht für ausschließlich berechtigt erklärte (vgl. 3. Aufl. S. 123ff.), als einen der unfruchtbarsten der gesamten Rechtswissenschaft bezeichnet.

Diesem Urteil kann nicht beigetreten werden. Es ist freilich wahr, daß ebenso wie überhaupt die praktische Anschauung in sehr vielen Fällen einer wissenschaftlichen Lehre vom Kausalzusammenhange nicht bedarf,<sup>35)</sup> so auch in den

<sup>34)</sup> Die genaue Erwägung der praktischen Konsequenzen; einerseits wenn man Kausalzusammenhang, also indirekt gesetzlichen Zwang zum Handeln annimmt, und andererseits, wenn man Kausalzusammenhang verneint, also die Unterlassung von Verantwortlichkeit befreit, gibt aber, wie ausgeführt, erst Sicherheit der Entscheidung für die einzelnen Fälle.

<sup>35)</sup> So scheint die französische Jurisprudenz die Frage des Kausalzusammenhanges bei Unterlassungen dem praktischen Takte des Richters oder dem unmittelbaren Gefühle der Geschworenen zu überlassen. In diesem Sinne spricht sich auch *Garraud* 4 n. 1573 aus, während *Ortolan* 1 n. 597—608 die Frage doch genauer behandelt und z. B. n. 607 Anm. in Ansehung unterlassener Hilfeleistung bemerkt, die französische Jurisprudenz verlange zur Verantwortlichkeit wegen «*inaction*» — den Ausdruck *omission* findet *O.* nicht passend — stets eine vorhergehende Tatsache (*fait antérieur*), aus welcher die Verpflichtung abzuleiten sei. Über die englisch-nordamerikanische Jurisprudenz vgl. oben Anm. 17<sup>c</sup> und 28.

meisten Fällen, wo Verantwortlichkeit für einen schädlichen Erfolg wegen Unterlassung in Frage steht, das unmittelbare Gefühl die richtige Entscheidung finden wird. Aber es gibt Fälle, in denen das unmittelbare Gefühl ziemlich ratlos läßt oder leicht fehl geht. So erweisen sich auch teilweise irrige Untersuchungen nicht unfruchtbar: sie gruppieren die verschiedenen vorgekommenen oder denkbaren Fälle und zeigen die Konsequenzen. Daß dies ein Gewinn ist, wird man nicht bestreiten können.

Eine gesetzliche Bestimmung über den Kausalzusammenhang bei Unterlassungen soll damit freilich in keiner Weise empfohlen werden. Sie würde voraussichtlich entweder inhaltlos oder zu verwickelt und schon deshalb fehlerhaft ausfallen.

Vorsatz und Fahrlässigkeit.



*Berner*, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre 1843. *Berner*, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa 1847. *Krug*, Über Dolus und Culpa und insbesondere über den Begriff der unbestimmten Absicht 1854. *Herrmann*, Über Absicht und Vorsatz und über unbestimmte und indirecte Absicht insbesondere, Arch. d. Cr. 1856, S. 1—39, S. 441—478. *v. Wick*, Über Vorsatz und Absicht 1866. *Gefstler*, Über den Begriff und die Arten des Dolus 1860. *Bar*, Lehre vom Causalzusammenhang 1871. *Binding*, Normen 2 S. 102 ff., S. 402 ff. *Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft 1872. *Lucas*, Die subjektive Verschuldung im Strafrecht 1883. *Heits*, Das Wesen des Vorsatzes 1885 (Straßburger Diss.). *Büniger*, Zeitschr. 6 S. 291—364. *Kohler*, Studien I S. 67 ff. *Kuhlenbeck*, Der Schuldbegriff als Einheit von Wille und Vorstellung 1892. *Löffler*, Die Schuldformen des Strafrechts Abt. 1, 1895. *Alimena* vgl. oben zu § 1; desgl. *Engelmann*. *Thyrén*, Abhandl. a. d. Strafrecht II. Über Dolus und Culpa. Erster Teil, Lund 1896. *Hauser*, GS. 54 S. 1—44. *R. Horn* GS. 53 S. 56—98. *Huther*, GS. 54 S. 88—129. *Stenglein*, Gutachten, Verhandl. d. 24. deutschen Juristentags 1 S. 90—106. *v. Lissé*, Gutachten, Verhandl. d. 24. d. Juristentags 1 S. 107—133. *Hamm*, D. Juristentag 1898 S. 356. *Bar*, *Dolus eventualis?* Zeitschr. 18 S. 534 bis 559 und GS. 56 S. 401 ff. *Huther*, GS. 56 S. 240 ff., 58 S. 270—338. *M. E. Mayer*, Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht 1901. *Mwíčka*, Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung 1903. *v. Hippel*, Die Grenzen von Vorsatz und Fahrlässigkeit 1903. (Teilweis auch in der Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für *Regelsberger* 1901.) *R. Loening*, Geschichte der strafrechtlichen Zurechnung Bd. 1. Die Zurechnungslehre des Aristoteles 1903. (Dazu *Kraus*, GS. 65 S. 153—199 und *Lasson*, GArch. 51 S. 232 ff.) *v. Rohland*, Willensfreiheit und Vorstellungstheorie 1904. *Klee*, Der Dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld 1906.

*Pfotenhauer*, Der Einfluß des factischen Irrtums und der sog. Verirrung auf die Strafbarkeit vorsätzlich verübter Verbrechen. *Bühlau*, Der Criminalproceß Rose und Rosahl 1859 und GArch. 8 S. 156 ff. *Hülschmer*, GArch. 7 S. 433 ff. *Klee*, Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz 1897 (Breslauer Sammlung Heft 10). *Windaus*, Zu der Streitfrage über den *Dolus generalis* (Erlanger Diss.) 1898. *Wiskott*, Zur Lehre von der *Aberratio ictus* (Erlanger Diss.) 1899. *Verron*, Verwechslung und Abirring (Rostocker Diss.) 1903.

*Oether*, Der Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht 1876. *Herts*, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts 1 1880 S. 145 ff. *Bar*, GS. 38 S. 252—289. *H. Heinemann*, Die Bindingsche Schuldlehre 1889. *Hammerer*, Der Einfluß des Rechtsirrtums auf die Bestrafung 1890. *Ortloff*, Die Strafbarkeitskenntnis als Schuld voraussetzung. *Basedow*, Die strafrechtliche Verschuldung (Erlanger Diss.) 1898. *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. 1. Teil 1903. *Rosenblatt*, GS. 61 S. 1—43. *Alfeld*, Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht 1904. *Köhler*, Die Strafbarkeit des Rechtsirrtums 1904.

Fahrlässigkeit insbesondere betreffend vgl. *Binding*, Culpose Verbrechen im gemeinen römischen Rechte (2 Abhandlungen, Fakultätsprogramme) 1877. *Bar*, *Grünhuts* Zeitschr. 4 S. 21—90. *v. Prittwitz*, GArch. 30 S. 145 ff. *Wahlberg*, Kleine Schriften 3 S. 268—292. *Bruck*, Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht 1885. *Eccard*, Die Fahrlässigkeit nach dem geltenden deutschen Strafrecht (Straßburger Diss.) 1889. *Rotering*, Fahrlässigkeit und Unfallsgefahr 1892. *Helmer*, Über den Begriff der fahrlässigen Täterschaft (Straßburger Diss.) 1895.

§ 143. Allgemein anerkannt ist, daß das Strafrecht sich gegen den strafbaren Willen<sup>1)</sup> der Person richtet;<sup>1a)</sup> freilich muß dieser Wille in bestimmter Weise — wir lassen zunächst dahingestellt sein, in welcher Weise — in der Außenwelt verwirklicht sein. Es entsteht die Frage, wenn wir eine bestimmte Erscheinung (einen bestimmten Erfolg) auf die Tätigkeit eines Menschen kausal zurückzuführen haben, kann und muß diese Erscheinung (kann dieser Erfolg), und inwieweit als den Willen jenes Menschen darstellend angesehen werden? Ist sie juristisch ausgedrückt eine dolose?

In sehr vielen Fällen — wenn der Handelnde genau für dasjenige kausal geworden ist, was er erstrebte — bedarf es keiner besonderen Untersuchung hierüber. Wie aber, wenn eine Differenz zwischen dem Erstrebten und dem Bewirkten hervortritt, sei es, daß das Bewirkte weiter reicht oder mehr

<sup>1)</sup> Die Frage, ob überhaupt der Wille als ein besonderes psychisches Element zu betrachten sei, was gegenwärtig von vielen geleugnet wird, kann hier unerörtert bleiben. Nehmen wir an, daß der Wille nichts anderes sei, als eine so mächtig werdende, sich auf die Zukunft beziehende Vorstellung, daß sie durch Innervation Bewegungen des Körpers hervorruft, welche als kausal für die Verwirklichung jener Zukunftsvorstellungen erscheinen, so würde das Strafrecht eben die Übermacht der zum Verbrechen Anlaß gebenden Vorstellungen zu bekämpfen haben, und die Schuld des Individuums würde darin bestehen, daß es eine Vorstellung der letzteren Art übermächtig werden ließ. Es ist also gleich, ob man ein besonderes Willensvermögen annimmt oder dasselbe auf andere psychische Elemente reduziert. — Übrigens paßt der im Texte angeführte Satz auf sämtliche Begriffe, die unter dem Worte „Wille“ verstanden werden können. Das Strafrecht will reagieren gegen psychische Tätigkeiten, die zu Verbrechen führen, ebenso aber gegen einen Willensinhalt, der ein Verbrechen darstellen würde, und endlich gegen die allgemeine Tendenz des Charakters, die zu Verbrechen Anlaß gibt.

<sup>1a)</sup> Daher fallen nicht unter das Strafgesetz sog. Reflexbewegungen (falls dadurch Schaden entstehen sollte) — und dahin wären auch zu rechnen unwillkürliche, z. B. durch Erschreckung veranlaßte Ausrufe, die, wenn mit einiger Überlegung getan, eine Beleidigung enthalten würden — und durch körperlichen (physischen) Zwang (sog. *Vis absoluta*) bewirkte Bewegungen (Tätigkeiten, Duldungen), die nicht Willensakte sind (vgl. auch L. 14 § 7 L. 39 pr. D. 48, 5 und *Siegwart*, Kleine Schriften 2 S. 133). Von einem Ausschlusse der Zurechnungsfähigkeit ist hier aber nicht zu reden (so freilich *Finger* S. 236). Wer gezwungen wird, bleibt gleichwohl zurechnungsfähig; nur kann die Tätigkeit, zu welcher physische Gewalt zwingt, ihm nicht zugerechnet werden; er könnte, obschon in der Unmöglichkeit befindlich, dem nach einer Richtung hin ausgeübten Zwange zu widerstehen, nach einer anderen Richtung hin gleichzeitig eine wirkliche Handlung, z. B. durch Zuruf an eine dritte Person vornehmen. — Ob die Gewalt, der man (in dem entscheidenden Zeitpunkte) nicht widerstehen kann, von Menschen oder von Naturkräften ausgeht, ist gleich. Eine Gewalt kann auch durch Überraschung überwältigend sein. — Über sog. kompensiven Zwang (*Metus*) vgl. unten. Der Unterschied wird scharf hervorgehoben in Cap. 5 X 1, 40.

umfaßt als das Erstrebte (wenn z. B. statt der erstrebten Verwundung eines anderen dessen Tod eintritt, oder wenn nicht eine Person, sondern eine Mehrzahl von Personen getroffen wird), oder daß es dem Handelnden nicht dasjenige gewährt, welches allein ihn zum Handeln bewog (wenn z. B. nicht der A, der Feind des Handelnden, von dem Schusse getroffen wird, sondern der B, der dem Handelnden durchaus unbekannt ist?)

§ 144. Im klassischen römischen Recht wird als *dolos* handelnd derjenige bezeichnet, der genau den Tatbestand verwirklichen will, den das Gesetz mit Strafe bedroht.<sup>2)</sup> Dabei wird nun bald mehr das Wissen um den Erfolg (das Wissen, daß ein Faktum eintreten werde, in welchem der abstrakte Tatbestand des Gesetzes konkretisiert wird), bald mehr die Tendenz des Handelnden hervorgehoben, ohne daß genauere Unterschiede gemacht werden; denn Gewißheit, daß ein bestimmter Erfolg eintreten werde, soweit man im Sinne des gewöhnlichen Lebens von Gewißheit bei künftigen Ereignissen reden kann, schließt bei dem Handelnden auch die Willens-tendenz zu diesem Erfolge in sich. Die mannigfachen Ausdrücke für den *Dolus* „*voluntas, consilium, consulto, data opera, proposita, sponte, animo (occidendi, furti faciendi)*“, oder auch die Hervorhebung des Zweckes, auf welchen der Handelnde steuert, mit dem Worte *causa* (z. B. *necandi causa*) bedeuten daher nichts anderes als diejenigen Ausdrücke, welche betonen, daß der Handelnde über den Eintritt des Erfolges Wissenschaft gehabt habe, wie *sciens* oder *sciens prudensque* (vorhersehend) oder das pleonastische *sciens dolo malo*.<sup>2a)</sup> Aber der *Dolus* bezeichnet

<sup>2)</sup> Löffler S. 78ff., Mommsen S. 86ff. — Reichhaltige Zusammenstellungen des Gebrauchs der verschiedenen Ausdrücke hat gegeben: Voigt, Über den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung . . . einer Tat bezeichnender technischer lateinischer Ausdrücke. Bd. 6 der Abhandlungen d. philol. histor. Klasse der Königl. Sächs. Gesellschaft d. Wissenschaften Nr. 1. Die daselbst S. 46 gezogene Folgerung, daß die alten Römer den rechtswidrigen Vorsatz ebenfalls aus dem Gebiete der Willensrichtung in die Sphäre der Reflexion und des Bewußtseins verlegten, dürfte aber unrichtig sein.

<sup>2a)</sup> Auf früheren Stufen der Rechtsentwicklung sind die Verbrechensbegriffe weniger scharf durch Worte definiert. Den Ersatz für diese mangelnde Schärfe bietet das Erfordernis, daß die Absicht eine verwerfliche, böse sein müsse. Die römische Jurisprudenz, die sich gern anlehnt an das von den Vorfahren Überlieferte, behielt den Ausdruck „*Dolus malus*“ vielfach bei, als längst schon der zum Wesen der einzelnen Delikte geforderte Tatbestand objektiv schärfer präzisiert feststand. — Der in L. 1 § 3 D. 4, 3 vorkommende Ausdruck „*Dolus bonus*“ bezeichnet eine Handlungsweise, die der Regel nach unerlaubt, in dem



auch die geistige Verfassung überhaupt, in der sich jemand befinden muß, wenn er der Strafe des Gesetzes verfallen soll.

§ 145. Der Anfang genauerer Untersuchung liegt hier wie so oft bei den italienischen Juristen des Mittelalters. Im Anschluß an die Ausdrucksweise der sog. *Leges Barbarorum* pflegten die Statuten auch da, wo sie die schwersten öffentlichen Strafen drohten, nur die Tat, den durch menschliche Tätigkeit verursachten Erfolg, als Voraussetzung der Strafe anzuführen. Die Italiener stellen aber bald den prinzipiellen Satz auf, daß rein kasuelle Rechtsverletzungen nicht strafbar sein können,<sup>3)</sup> und interpretieren hiernach allmählich siegreich das Statutarrecht, dem sie eine allzu starke Abweichung von dem ihrer Ansicht nach eigentlich die Welt beherrschenden römischen Rechte nicht gestatten. Da man aber nicht nach freier Überzeugung den Angeklagten verurteilen konnte, lag es nahe, daß dieser sich damit verteidigte, er habe nicht den im Statut vorgesehenen schweren Erfolg, z. B. die Tötung, vielmehr nur einen geringeren Erfolg, z. B. Verwundung, beabsichtigt, und vielleicht war die gewollte Herbeiführung dieses geringeren Erfolges gar nicht mit öffentlicher Strafe bedroht. Solche Ausrede mußte — dieser Grund wird öfter neben anderen Gründen auch angeführt — abgeschnitten werden, damit grobe Verbrechen nicht ungestraft blieben, und jenes geschah dadurch, daß man alles, was aus der unmittelbar gewollten Handlung mit einiger Wahrscheinlichkeit hervorgehen konnte, falls es wirklich eintraf, dem Handelnden als gewollt, als in dessen Dolus mitbegriffen, zur Last legte. Ein ganz besonderes Bedürfnis war für diese weite Auffassung des Dolus in den in damaliger Zeit so häufigen Fällen vorhanden, daß ein Vornehmer jemandem aus seinem Gefolge oder einem Diener den Auftrag oder Befehl erteilte, jemanden zu verletzen oder sonst eine Gewalttat zu begehen. Wer den Auftrag erteilte zu verwunden, haftete für dolose Tötung, wenn der Beauftragte so verwundete,

---

vorliegenden Falle aber durch besondere Umstände gerechtfertigt ist, so (nach der zitierten Stelle) kann sie gerechtfertigt sein, wenn sie sich richtet „*adversus hostem latronem ve.*“

3) R. Loening, Münchener krit. Vierteljahrsschrift 1896 S. 232. Über die Aufnahme des Satzes, daß kasuelle Verletzung (*fortuito casu, casu qui praevideri non potuit*) straffrei sei, in die städtischen Statuten Italiens, vgl. Kohler, Strafr. d. italien. Statuten S. 204 ff.

daß der Verwundete starb.<sup>4)</sup> „*Si quidem Delictum quod principaliter facere proposuerit tendit ad illum finem, qui secutus est*“, sagt *Bartolus ad L. Cornel. de sic. L. Divus nro. 7* „*tunc inspicimus eventum. Si vero ad hoc non tendebat delictum, quod principaliter facere proposuerat, tunc non tenetur.*“ Die Anwendung auf das Mandat macht dann *Baldus*, der freilich mehr als *Bartolus* ein wirkliches Bewußtsein des Handelnden von der Wahrscheinlichkeit des Erfolges zuweilen fordert und daher die *Doctrina Bartoli* etwas einschränkt,<sup>5)</sup> zuweilen allerdings sich mit dem *putare debuit* der objektiven Wahrscheinlichkeit begnügt. Zwischen der Ansicht, welche wirkliches Vorhersehen des Erfolges als eines wahrscheinlichen, und der Ansicht, welche objektive Wahrscheinlichkeit für genügend erklärt, schwankt die Doktrin.

*Gandinus (Rubr. de. Homic. n. 28)* geht sogar so weit, einfach eine Präsümption dafür aufzustellen, daß bei Tötung der üble Erfolg auf dem Willen des Handelnden beruhe. Vorausgesetzt wird dabei, daß dieser Wille überhaupt ein böser, rechtswidriger sei. So findet Eingang die Jahrhunderte hindurch festgehaltene der kanonistischen Doktrin entstammende Lehre, daß, wer *in facto illicito* versiere oder den *Animus nocendi* habe, den aus seiner Handlung hervorgehenden Erfolg als dolos hervorgebracht sich anrechnen lassen müsse. Nur nennt man es später *Dolus directus*, wenn jemand geradezu einen aus seiner Handlung hervorgehenden schädlichen Erfolg erstrebt, während der Fall, wo jemand mit allgemein böser Absicht handelt, als Fall des *Dolus indirectus* bezeichnet wird. Der *Dolus directus* wird als in höherem Grade strafbar betrachtet; indes ist dies nur eine sekundäre, für das Strafmaß, nicht für den Begriff des Dolus maßgebende Unterscheidung.<sup>6a)</sup>

§ 146. Doch findet sich, während das österreichische Gesetzbuch Josefs II. I, I §§ 2, 3: als durch bösen Vorsatz

<sup>4)</sup> Dieser Fall wird daher auch sehr häufig erörtert.

<sup>5)</sup> Vgl. *Engelmann* S. 80, 81.

<sup>6)</sup> *Löffler*, S. 139 ff., der in dem Satze eine Konzession an die deutschrechtliche Erfolgshaftung erblickt.

<sup>6a)</sup> Vgl. *Blumlacher*, *Comentarius in CCC. art. 137 n. 6; Carpsov*, *Pr. cr. I, 1 n. 28 ff.; Damhouder*, *Pr. cr. n. 74 a. E.* (der sogar ohne weiteres den Fälscher von Lebensmitteln wegen doloser Tötung bestrafen will). *Harpprecht*, *Cons. 75 n. 164, 165; Leyser*, *Spec. 603 n. 1 ff. Boehmer*, *Med. in CCC. art. 130 § 2, 131, § 137.* (Wer einen Liebestrank gibt, wird wegen doloser Tötung bestraft, wenn der Trank den Tod zur Folge hat.) Die allgemeine schlechte Absicht macht für die besondere schädliche Folge verantwortlich.

verursacht noch dasjenige betrachtet, was aus einer zunächst in anderer böser Absicht unternommenen Handlung gemeinlich folgt, bei *Engau*, *Elementa juris crim.* § 34, bereits die freilich durch einen Zusatz recht unklar gemachte Beschränkung, daß zum Dolus nur angerechnet werde, was aus der Handlung *neccessario* folge, und allmählich nimmt die Theorie auch eine mehr subjektive Wendung. Statt demjenigen, der in böser Absicht oder *Animus nocendi* handelt, alle diejenigen wirklichen Folgen seines Handelns als dolos hervorgebrachte aufzubürden, welche gewöhnlich daraus hervorgehen, und nur die durch besonderen Zufall herbeigeführten auszunehmen, fängt man an, als entscheidend den Umstand zu betrachten, ob der Schuldige die fragliche Folge wirklich wenigstens als möglich vorhersah. Wird dies verneint, so wird nur Haftung für Unvorsichtigkeit, d. h. Fahrlässigkeit angenommen. Also wird anstelle der objektiven Beurteilung der Wahrscheinlichkeit die subjektive des Handelnden maßgebend. Zuerst war dies prinzipiell geschehen in der viel besprochenen Dissertation von *Nettelbladt-Gläntzer* (*De homicidio ex intentione indirecta commisso* 1756)<sup>7)</sup> und ihr folgte *Engau*, der den Täter von der Folge für den schlimmen Erfolg freisprach, wenn dieser *praeter spem et opinionem* eingetreten sei.<sup>8)</sup> Freilich bleibt diese Beurteilung des Dolus nach der wirklichen individuellen Auffassung des Handelnden von den Folgen seines Handelns nicht ohne Widerspruch, und das österreichische GB. von 1803 § 1 verharret unter dem Beifalle *Gönners*<sup>9)</sup> noch auf dem bezeichneten Standpunkte des Gesetzes von 1787.<sup>10)</sup>

7) Vgl. das. § XII. „*Si agens ignorat ex sua actione praeter id quod intendit, eadem facilitate aliud quid sequi posse, quod hoc si sequitur, non est in dolo.*“

8) Vgl. auch *Püttmann*, *Diss. de distinctione inter animum occidendi directum et indirectum*. Lips. 1789. Ähnlich auch *Quistorp*, *Grundsätze d. peinl. Rechts* I § 35, welcher die Folgen, die der Handelnde weder vorhersah noch vorhersehen konnte, ihm nur zur Fahrlässigkeit anrechnet. — Viele sind aber insofern unklar, als sie den Beweis des Wissens aus den Umständen der Tat mit der Tatsache des Wissens verwechseln und so wieder auf die frühere objektive Beurteilung zurückkommen, so insbesondere *Boehmer*, *Med.* 137 § 6, der übrigens (vgl. unten) als der erste von einem *Dolus eventualis* redet.

9) Revision des Begriffes und der Einteilungen des Dolus 1810, namentlich S. 117.

10) Dieser Passus ist in Österreich noch gegenwärtig geltendes Recht und jetzt unbestritten, daß hier nicht etwa nur eine Beweisregel gegeben sei. Nach der mit den Ausführungen *Glaser's* (Kl. Schriften über Strafr. u. Strafproz. 2. Aufl.

Eine Beschränkung der Haftung für Dolus durch das Erfordernis der „Absicht“ tritt (anscheinend zuerst) bei *Klein* (1796) §§ 116ff. hervor. Diese Wendung ist indes nicht so neu wie man annehmen möchte; denn alle früheren Autoren gehen von der stillschweigenden Voraussetzung aus, daß der Handelnde etwas Böses, und zwar einen dem wirklichen Erfolge ähnlichen Erfolg, eine Vorstufe des wirklichen Erfolges gewollt, (bezweckt) habe, daß er in *re illicita* sich befunden habe oder den *Animus nocendi* gehabt habe.

*Kleins* Hervorhebung der Absicht enthielt allerdings Neues, wenn man als Erfordernis auch den später wirklich eingetretenen schwereren Erfolg speziell als beabsichtigt bezeichnen wollte, was bei *Klein* unklar ist, bei *Stübel*<sup>11)</sup> aber deutlich hervortritt, der nur dann eine Haftung für dolose Herbeiführung des schwereren Erfolges annimmt, wenn entweder dieser Erfolg aus der Handlung notwendig folgt, oder der Handelnde den fraglichen Erfolg wünschte und zugleich für wahrscheinlich hielt. Hielt der Handelnde nur den Erfolg für möglich, so soll er gar nicht haften, hielt er ihn für wahrscheinlich, ohne ihn zu wünschen, so soll er nur für Culpa haften.

§ 147. Bis hierher ist — abgesehen von der prinzipiell abweichenden Meinung *Almendingens* (vgl. unten) — die Entwicklung eine in sich konsequente, da immer schärfer als eigentliches Element des Dolus das Streben nach einem bestimmten Erfolge hervorgehoben wird, die bloße Wahrscheinlichkeit des Erfolges aber nunmehr den Handelnden nicht wegen Dolus verantwortlich machen und nur die Notwendigkeit des Erfolges einen abweichenden Willen ausschließen soll. Auch *Feuerbach*, dessen Theorie längere Zeit die herrschende wurde,<sup>12)</sup> folgt prinzipiell dieser Tendenz. Er fordert,<sup>12a)</sup> ohne übrigens *Stübels* Ansichten zu berücksichtigen, für den Dolus,

---

S. 61 ff., bes. S. 90) übereinstimmenden Praxis des österr. KH.s ist demzufolge der Handelnde (wenn er überhaupt ein Verbrechen beabsichtigt) für alle Folgen als dolos verursachte verantwortlich, auch wenn er diese Folge nicht vorhersehen konnte. (Vgl. *Löffler* S. 194, auch *Stoß*, *Grünhuts* Zeitschr. 31 S. 1 ff.)

<sup>11)</sup> System d. peincl. Rechts 2 (1795) §§ 262 ff.

<sup>12)</sup> Vgl. mit *Feuerbach* übereinstimmend *Henke* 1 §§ 54, 56; *Wächter*, Lehrb. 1 § 78. — *Grolmann*, Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft 1 St. 1 und St. 3, Lehrb. §§ 46 ff. bis § 52 bestimmt den Dolus gleichfalls nach dem Zwecke des Handelnden; das, was als notwendig damit verbunden vorausgesehen wird, ist ebenfalls zum Dolus anzurechnen, und möglich ist, daß der Handelnde

daß der Handelnde die Rechtsverletzung bezwecke und verwirft ausdrücklich den *Dolus indirectus*; die nur als wahrscheinlich vorhergesehenen Folgen sollen nur zur Culpa zugerechnet werden, zu einer, wie *Feuerbach* sie bezeichnet hat, *Culpa dolo determinata*.

Aber wenn *Feuerbach* gleichzeitig einen *Dolus indeterminatus* aufstellte, mit dessen zwei Abarten, dem *Dolus alternativus* und dem *Dolus eventualis*, so war dies nichts anderes, als Rückkehr zur Lehre vom *Dolus indirectus*. Diese Rückkehr beruht, was den *Dolus indeterminatus*<sup>13)</sup> betrifft, auf einer Verwechslung vulgärer Beurteilung des Seelenzustandes des Handelnden mit diesem Zustande selbst. *Feuerbach* nimmt unbestimmten Dolus, den man später auch *Dolus generalis* genannt hat, in dem Falle an, daß es dem Handelnden gleichgültig sei, ob der eine oder andere Erfolg — Verwundung oder Tötung — sich aus seiner Handlung ergebe, daß er daher beide Erfolge, den schwereren wie den weniger bedeutsamen, wie es nun auch kommen möge, gleichmäßig und unbestimmt wolle: es schlägt jemand blind zu; ihm ist es gleich, ob er nur verwundet oder tötet. Aber in Wahrheit entspringt die Tötung erst aus der Verwundung; es ist unmöglich, Tötung und Verwundung in solcher Weise unbestimmt zu wollen; die Verwundung wird bestimmt, die Tötung bei solchem Handeln, wenn überhaupt gewollt, erst in zweiter Linie — indirekt oder eventuell — gewollt. Sie kann auch nicht alternativ gleichmäßig gewollt werden. Das hat man später eingesehen, und daher ist von den Arten des Dolus, welche *Feuerbach* aufgestellt hat, nur der *Dolus eventualis* bis jetzt haften geblieben. Weniger klar als *Stübel* hat *Feuerbach* somit meiner Ansicht nach die folgerichtige Entwicklung in einem Hauptpunkte nur irregeleitet.

---

mehrere verbrecherische Zwecke nebeneinander verfolgt. Aber mehr oder minder nur als möglich vorausgesehene Folgen können nach *Grolmann* nur zur Culpa angerechnet werden. *Grolmann* verwirft daher den indeterminierten indirekten Dolus im Sinne *Feuerbachs*.

<sup>12a)</sup> Lehrb. § 54: „Dolus, eine Bestimmung des Willens zu einer Rechtsverletzung als Zweck“ (mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des Begehrens). Vgl. *Feuerbach*, Betrachtungen über Dolus und Culpa und den *Dolus indirectus* insbesondere in der Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft, Bd. 2, S. 193—243.

<sup>13)</sup> Gleiche Beurteilung der *Feuerbachs*chen Theorie bei *Löffler* S. 216, 217.

Noch mehr in die Irre ging allerdings *Harscher v. Almendingen*,<sup>13a)</sup> da er selbst, einen unwahrscheinlichen oder nur möglichen Erfolg dem notwendigen prinzipiell gleichstellend, Vorstellung und Streben identifizierte.<sup>14)</sup>

§ 148. Ein wesentlicher Fortschritt der Theorie des Dolus im XIX. Jahrhundert besteht aber darin, daß das irreführende Wort „Zweck“ aus den Definitionen des Dolus nach und nach verschwindet und das Wesen des Dolus einfach in dem auf Herbeiführung des strafgesetzwidrigen Erfolges gerichteten Willen erblickt wurde. Daher war auch von einem für den Dolus erforderlichen *Animus nocendi* keine Rede mehr.

Ein zweiter bedeutsamer Fortschritt ist die Trennung des tatsächlichen Erfolges von seiner rechtlichen Beurteilung.

Dieser letztere Fortschritt vollzieht sich in der allmählich eintretenden Abwendung von der *Feuerbachs*chen psychologischen Zwangstheorie. *Feuerbach* mußte in Konsequenz dieser Theorie für die Verantwortlichkeit des Handelnden verlangen, daß dieser sich einer für die beabsichtigte Handlung angebotenen Strafe bewußt sei, — eine Konsequenz, deren praktisch bedenkliche Spitze er durch eine Präsumtion abbrach.

Man ging nunmehr einfach von der Annahme aus, daß die Rechtswidrigkeit des Verbrechens diesem immanent, daher auch — abgesehen von singulären (rein positiven) Verboten und Geboten — dem Zurechnungsfähigen ohne weiteres erkennbar sei.<sup>15)</sup> Damit erhielt die Lehre vom Dolus eine

<sup>13a)</sup> Untersuchungen über das culpose Verbrechen, auch in der Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft I (1804) S. 1ff., bes. S. 46. Wenn ich den möglichen oder wahrscheinlichen Kausalzusammenhang einer Handlung voraussehe und sie dennoch vornehme, so habe ich den Kausalzusammenhang gewollt!

<sup>14)</sup> Man kann daher die Ansicht *Almendingens* in ihrem Ergebnisse als mit der modernen Vorstellungstheorie übereinstimmend bezeichnen; so auch *Frank*, Zeitschr. 10, S. 177, obschon S. 239 seiner Schrift der Dolus als ein reiner Willensfehler, die *Culpa* als reiner Verstandsfehler charakterisiert wird. *v. Hippel* S. 3 will *Almendingen* nicht als Vertreter der Vorstellungstheorie gelten lassen und beruft sich dafür (vgl. S. 151) auf Stellen in *A.s* Schriften, in denen *A.* Wollen oder Begehren als für den Dolus entscheidend betrachtet. Aber dergleichen Widersprüche sind in der unklaren, freilich sehr prätentios geschriebenen Arbeit *A.s* nun einmal vorhanden. Es kommt auf die Ergebnisse an, und wer die Grenzlinie zwischen Dolus und *Culpa* so zieht, wie es von *Almendingen* geschieht, kann wohl nur als Vertreter der gegenwärtigen Vorstellungstheorie bezeichnet werden. Die moderne Vorstellungstheorie findet sich bei *Almendingen* freilich noch im Zustande des „unbewußten Daseins“. In das von *Frank* der Arbeit *Almendingens* erteilte Lob vermag ich nicht einzustimmen.

<sup>15)</sup> Vgl. in dieser Hinsicht z. B. *Mittermaier* a. a. O.; *Jarcke* I S. 189; *Berner Imputationslehre* S. 63 (besonders scharf); *Luden*, Handb. 1, S. 245.

breitere wissenschaftliche Basis. Es handelte sich nicht mehr nur um den bösen oder rechtswidrigen Willen, sondern um Willen und Handlung überhaupt. Die Theorie des Dolus wird somit von der Lehre vom Rechtsirrtum getrennt.<sup>16)</sup>

§ 149. Die auch sonst für die Entwicklung der strafrechtlichen Doctrin bedeutungsvolle Philosophie *Hegels* konnte daher um so größeren Einfluß üben.

Indes war auch hier die von *Hegel* zur Anwendung gebrachte Theorie des Gegensatzes nachteilig, weniger durch dasjenige, was *Hegel* selbst sagte, als durch dasjenige, was von anderer Seite daraus gemacht wurde.

*Hegel* (Rechtsphilosophie §§ 118, 119) unterschied Vorsatz und Absicht. Der Vorsatz betrifft nach *Hegel* die Handlung in ihrer unmittelbaren konkreten Erscheinung, die Absicht die Handlung in ihrer allgemeinen Bedeutung. Dann aber machte *Hegel* darauf aufmerksam, daß es das Recht des Willens sei, nur das anzuerkennen, was im Vorsatze lag, von ihm als Folge gewußt wurde, während andererseits das Recht der Äußerlichkeit (Objektivität) darin bestehe, daß die Folgen der Handlung diese letztere selbst sind, und daß der Handelnde, indem er handelt, sich der Äußerlichkeit preisgebe; „der Stein, der aus der Hand fliegt, ist“, so sagt das Sprichwort, „des Teufels“ (§§ 115, 119). Wie dieser letztere Widerspruch sich löse, hat *Hegel* nicht gesagt; damit mochte sich die Rechtswissenschaft abgeben.<sup>16a)</sup>

<sup>16)</sup> Vgl. besonders *Rosshirt*, Arch. d. Cr. 1827, S. 491 ff., namentlich S. 523. — Doch verfahren manche auch später noch inkonsequent, indem sie nur eine Lehre vom Dolus als Bestreben, einen rechtswidrigen Erfolg hervorzubringen, nicht aber eine allgemeine Lehre vom Willen aufstellen, aber gleichwohl den Rechtsirrtum besonders behandeln. So *Heffter* §§ 65, 55. Eine Art Rettung des „bösen“ Vorsatzes unternahm *Birnbaum*, Arch. d. Cr. 1837 S. 296 ff., S. 473 ff. In Frankreich hat die Frage nach der *«Intention de nuire»*, welche der Jury nach den Gesetzen von 1791 und 4. brumaire IV. gestellt werden mußte, eine verhängnisvolle, irreleitende Rolle gespielt. Bemerkenswert ist, daß im preussischen allgem. Landrecht II, 20, § 26 in der Definition des Vorsatzes das Adjektiv „böse“ nicht mehr vorkommt (vgl. jedoch § 32 daselbst). Dagegen ist im österreichischen GB. Josef II, I § 149, 2, vgl. auch §§ 121, 127, 149 von bösem Vorsatz die Rede und § 1 des gegenwärtig noch geltenden Gesetzbuchs sagt noch „Zu einem Verbrechen wird böser Vorsatz erfordert“. Das Adjektiv „böse“ zur Kennzeichnung des strafbaren Dolus findet sich später noch im braunschweigischen GB. § 26 und im hamburgischen Krim. GB. von 1869 Art. 21.

<sup>16a)</sup> *Gefler* meint, Absicht sei der Wille in bezug auf den allgemeinen Inhalt der Handlung, Vorsatz der Wille in bezug auf Verwirklichung des Aktes nach seiner einzelnen Bestimmtheit (Individualisierung), da doch nach § 89

*Berner* und *Köstlin* versuchten, indem sie jene Unterscheidung von Vorsatz und Absicht annahmen, die Lösung. Nach *Berner*<sup>17)</sup> hat der Handelnde die Notwendigkeit (reale Möglichkeit) der Folgen seines Handelns, ebenso aber auch die von ihm eingesehene bloße Möglichkeit des Erfolges zu vertreten, falls er sie vorher billigt<sup>18)</sup> (*Dolus alternativus*, wenn eine Mehrzahl von Erfolgen gleichmäßig als möglich vorhergesehen und gebilligt ist, *Dolus indeterminatus* oder *eventualis*, wenn der Handelnde einsieht, daß statt des zunächst erstrebten Erfolges ein anderer aber ebenfalls gebilligter eintreten könne). Die nicht vorhergesehene oder zwar vorhergesehene, aber nicht gebilligte Folge fällt nach *Berner* in das Gebiet der Fahrlässigkeit. Erscheint hier das Willensmoment schon in der verschwommenen Form des „Billigens“ und wird hier der Nachdruck auf die Art des Vorhersehens — auf die Absicht — gelegt, so ist dies noch mehr der Fall bei *Köstlin*, der, im übrigen mit *Berner* übereinstimmend (allerdings aber direkte Absicht mit dem Vorsatze identifizierend),<sup>19)</sup> schon in der Gleichgültigkeit gegen den Erfolg ein Wollen erblickt und schließlich zwischen Dolus und Culpa zwei von ihm erfundene Schuldformen „*Impetus*“ und „*Luxuria*“ einschiebt:<sup>20)</sup> Handeln im Affekt mit rechtswidrigen Willen, aber ohne deutliches Wissen, und andererseits Handeln ohne Billigung des rechtsverletzenden Erfolges, vielmehr in der Hoffnung, daß er nicht eintrete, aber mit dem Bewußtsein der in der Handlung eingeschlossenen Bedingungen des Erfolges.

Die Prüfung dieser letzteren besonderen Ansicht wird zweckmäßig noch zu verschieben sein. Es wird aber deutlich, wie in *Köstlins* Ansicht das Moment des Erstrebens des Erfolges

---

keine Absicht ohne Vorsatz, kein Vorsatz ohne Absicht sein soll, vielmehr beide in unzertrennlicher Verbindung stehen. Gegen *Gefler* vgl. auch *Voigt*, Über den Bedeutungswechsel S. 73.

<sup>17)</sup> Imputationslehre S. 178 ff., S. 192, 193; Teilnahme S. 120 ff., Lehrb. § 68.

<sup>18)</sup> Dies Erfordernis des Dolus war übrigens schon von *Wächter*, Lehrb. I § 78 Anm. 53 aufgestellt; auch *Henke* I §§ 56, 57 verlangte, daß die Folgen vom Handelnden „genehmigt“ seien.

<sup>19)</sup> Vgl. N. Revision S. 248 ff., bes. S. 251.

<sup>20)</sup> System S. 183 ff. — Gegen die nur der Phantasie entstammende Ansicht *Köstlins*, daß der römische Dolus dem Vorsatz, der deutschrechtliche der Absicht (im Sinne *K.s*) entspreche, vgl. *Herrmann*, Arch. d. Cr. 1856, S. 7.



zurücktritt und dafür das mehr oder weniger deutliche Vorhersehen des Erfolges an Bedeutung gewinnt.<sup>21)</sup>

§ 150. Weiter noch geht in der Unterscheidung von Vorsatz und Absicht *Herrmann*. Vorsatz ist Wille, Absicht, Wissen: „kraft der Absicht weiß der Mensch, was er will, kraft des Vorsatzes will er, was er weiß“. Unbestimmtheit des Vorsatzes scheint *Herrmann* unmöglich, möglich aber Unbestimmtheit des Wissens oder der Absicht. Diese Unbestimmtheit kann sich beziehen auf die rechtliche Gestaltung der Handlung (z. B. ob Körperverletzung oder Tötung, Fundunterschlagung oder Diebstahl) oder auf die Frage des Eintritts der Folge überhaupt. Im ersteren Falle liegt nach *Herrmann* generelle Absicht (nicht Vorsatz) vor, im letzteren hypothetische Absicht, und diese ist nach *Herrmann* nicht schon dann vorhanden, wenn die Folge nicht notwendig ist — denn als notwendig eintretend kann man ein künftiges Ereignis nie bezeichnen — sondern erst dann, wenn der Handelnde die Folge nicht als wirklich ansieht, und wirklich ist, was eintreten wird.<sup>22)</sup> Die Eigenschaft des Notwendigen lasse sich künftigen Ereignissen nicht beilegen; die Gegensätze seien daher: Wirklichkeit — der Erfolg wird eintreten — und Möglichkeit — der Erfolg (oder ein bestimmter) kann eintreten. Im letzteren Falle soll eine generelle oder eine hypothetische Absicht vorliegen. Bei genereller Absicht begnügt sich der Handelnde mit einem unklaren Bilde der Tat; bei hypothetischer macht er die Absicht von dem wirklichen Erfolge abhängig. Daher gibt es einen Versuch mit genereller Absicht — wobei freilich nach der Regel *in dubio mitius* das geringere Delikt über die Bestrafung entscheiden soll — nicht aber einen Versuch mit hypothetischer Absicht, weil hierbei der Handelnde die Absicht von der nicht eintretenden Folge abhängig gemacht hat.

<sup>21)</sup> Eine retrograde Tendenz verfolgt auf einer Basis, die an Stelle einer genauen Analyse die vulgäre Auffassung zum Ausgangspunkte nimmt, die (soviel die Kritik anderer, insbesondere *Feuerbachs*, betrifft) scharfsinnige Schrift *Krugs*; es wird die Möglichkeit eines allgemeinen generellen Vorsatzes (einer unbestimmten Verletzungsabsicht) angenommen, auf Grund dessen dem Handelnden die wirklich eintretenden Folgen seines Handelns zum Dolus angerechnet werden sollen. allerdings nur zu einem Dolus, der weniger strafbar sein soll, als der bestimmt auf die (später eingetretene) Folge gerichtete.

<sup>22)</sup> Das Gebiet des Möglichen und also auch der hypothetischen Absicht ist hiernach ein engeres, als wenn die Kategorie des Notwendigen die Fälle der Absicht erschöpfen soll.

Die von *Herrmann* gemachten Unterscheidungen der verschiedenen Arten der Absicht sind nicht haltbar, zunächst nicht die Unterscheidung von rechtlich und tatsächlich unbestimmter Absicht. Die rechtlich unbestimmte Auffassung der Tat ist nur von Erheblichkeit, sofern sie das Ergebnis tatsächlicher Unbestimmtheit ist; denn ob der Handelnde die in allen ihren einzelnen Beziehungen richtig vorgestellte Tat als Diebstahl oder Unterschlagung oder Betrug qualifiziert hat, ist gewiß unerheblich, selbst nach der äußersten Konsequenz der psychologischen Zwangstheorie, wenn er die Tat überhaupt nur als verboten ansieht; die rechtliche Beurteilung der Tat als Ganzes kann nur Sache des Richters sein.<sup>23)</sup> Dagegen macht es allerdings einen Unterschied — auch für die richterliche Beurteilung — ob jemand, der eine Sache sich aneignet, die Meinung hat, die Sache sei wirklich verloren oder etwa vom Besitzer an dem betreffenden Orte absichtlich niedergelegt, und denken läßt sich hier, daß der Handelnde sich sagt: „Ich nehme die Sache auf alle Fälle, mag sie verloren oder niedergelegt sein.“ Sodann aber ist die generelle Absicht, wenn auf rein Tatsächliches bezogen, nichts anderes als eine bestimmte Absicht, verbunden mit der Einsicht, daß eine weitere Folge eintreten könne. Die anscheinende Allgemeinheit der Absicht beruht auf einer Verwechslung der vulgären Auffassung des psychologischen Vorganges mit dem letzteren selbst, wie das schon oben bemerkt ist — wer blind zuschlägt, weiß bestimmt, daß er verletzen wird, nicht aber ob er die getroffene Person töten wird. In Wahrheit wäre die generelle Absicht *Herrmanns* nichts als der *Animus nocendi* der früheren Zeit und zugleich auch identisch mit dem — ungeachtet der von *Herrmann* dagegen eingelegten Verwahrung — *Dolus eventualis*, wenn sie sich nicht in zwei wichtigen Beziehungen von dem hergebrachten Begriffe dieses letzteren Dolus unterschiede, in einer Beziehung in bedenklicher, in einer anderen in vorteilhafter Weise.

Denn wie *Herrmann* ganz besonders hervorhebt, die subjektive Befriedigung — also das Billigen des Erfolges, wie man gesagt hat — spielt hierbei keine Rolle, es entscheidet

<sup>23)</sup> Nach *Herrmanns* Theorie würde ein ungebildeter Mensch fast immer mit genereller Absicht handeln.

nur die Art der Voraussicht des Erfolges. Das «*Parceque*» und «*Quoique*» soll im Recht, wie *Herrmann*, hierin *Krug*<sup>23a)</sup> folgend, (S. 35) sagt, keinen Unterschied machen. Das letztere ist insofern richtig, als jemand Folgen und Begleiterscheinungen seines Tuns sich als dolos bewirkt mit anrechnen lassen muß, obgleich sie ihm höchst unlieb sind, falls jene Folgen und Begleiterscheinungen ihm als notwendig bekannt waren. Aber auf Folgen und Begleiterscheinungen bezogen, die nur als mögliche betrachtet werden, bedeutet dies eine unhaltbare Ausdehnung der Verantwortlichkeit wegen Dolus. Nur mögliche Folgen, die man weder wünscht noch erstrebt, sind sicher nicht gewollt.<sup>24)</sup> Hier kann nur von Fahrlässigkeit die Rede sein. Gleiche Art der Voraussicht ist keineswegs stets für gleiche Art des Willens entscheidend. Danach wäre, wie *Löffler* bemerkt, ein Bergführer wegen Dolus verantwortlich, wenn er den Touristen veranlaßt, eine Schneebrücke zu betreten, die, wie er annimmt, wahrscheinlich halten wird, wenn gegen diese Wahrscheinlichkeit die Brücke einstürzt. Allerdings aber in einem Punkte unterscheidet sich *Herrmanns* Theorie vorteilhaft von der neuesten Theorie des *Dolus eventualis*. *Herrmanns* generelle Absicht setzt voraus, daß der Handelnde jedenfalls ein Delikt begehen will, und zwar eins von mehreren verwandten, in derselben Tatlinie liegenden, z. B. Körperverletzung, wenn Körperverletzung und Tötung möglich sind.<sup>25)</sup> Es gibt also keinen Versuch des schwereren Deliktes ohne bestimmte Absicht eines geringeren Deliktes, und bei hypothetischer Absicht ist nach *Herrmann* auch der Versuch ausgeschlossen. Nach der neuesten Theorie des *Dolus eventualis* aber kann man auch wegen Versuchs mit *Dolus eventualis* verantwortlich werden, obgleich man zunächst nur eine völlig erlaubte Handlung vorgenommen hat, sobald man an eine mögliche schadenbringende Folge denkt.<sup>25a)</sup>

### § 151. Die Unterscheidung von Wollen und Wissen oder

<sup>23a)</sup> Über Dolus und Culpa S. 26.

<sup>24)</sup> Vgl. dagegen *Löffler* S. 232.

<sup>25)</sup> Daß die Vorstellungstheorie der Sache nach bereits bei *Harscher v. Alendingen* vorkommt, ist, vgl. Anm. 14 hervorgehoben.

<sup>25a)</sup> Über die verdienstliche von *Herrmann* durchgeführte Widerlegung einer unrichtigen, von *Köstlin* aufgestellten Auffassung des *Impetus* und der *Luxuria* vgl. unten.

Vorhersehen wird in noch schärferer Weise gefaßt von *Bekker*,<sup>26)</sup> dem eigentlichen Begründer der später von *Frank* so bezeichneten Vorstellungstheorie. Der Wille beherrscht allein die Körperbewegung; denn nur diese ist ausschließlich von ihm abhängig; also ist nur die Körperbewegung Handlung, was sich daran schließt, ist Erfolg. Daher braucht nur die Körperbewegung gewollt, der Erfolg vorhergesehen zu sein, und zwar keineswegs als notwendig oder erwünscht.<sup>27)</sup>

Die hiernach sich ergebende bedenklich weite Ausdehnung der Verantwortlichkeit — und zwar wegen Dolus — wird dann eingeschränkt durch die Betrachtung, daß ein ganz schwaches, verschwimmendes Vorhersehen praktisch nicht beachtet werden soll. Als ein Vorzug seiner Theorie aber erscheint es *Bekker*, daß danach eine unendlich verschiedene Bestrafung des dolosen Verbrechenens je nach der Deutlichkeit des Vorhersehens des Erfolges eintreten könnte.

Dies alles ist unzutreffend. Der Wille beherrscht keineswegs die Körperbewegung unbedingt; erfahrungsmäßig können auch gewollte Körperbewegungen ausbleiben; genau betrachtet besteht also kein Unterschied zwischen dem, was *Bekker* Handlung, und dem, was er Erfolg nennt, und damit schon fällt die gesamte Theorie *Bekkers*,<sup>28)</sup> der zugleich in der beigefügten, völlig verschwimmenden Milderung der Strafe je nach der Deutlichkeit der Vorstellung des Handelnden von ihrem Urheber selbst das Urteil gesprochen wird. Es kommt aber hinzu, daß es einen Willen ohne Vorstellungsinhalt nicht gibt, und daß, wie auch die Psychologie allgemein annimmt, die Vorstellung von irgend etwas Begehrenswertem der Willensäußerung der Körperbewegung vorhergeht, die Körperbewegung hervorruft. Die Beispiele sodann, mittels derer bewiesen werden soll, daß es gar nicht auf Absicht (d. h. ein Erstreben des Erfolges) ankomme, sind entweder solche, in denen der nicht erwünschte (erstrebte) Erfolg mit einem anderen als notwendig (wenigstens im Sinne des praktischen Lebens) verbunden

<sup>26)</sup> Vgl. Theorie d. Strafrechts, bes. S. 254.

<sup>27)</sup> Vgl. die Beispiele S. 309 ff.

<sup>28)</sup> Vgl. gegen *Bekker* namentlich *Löffler* S. 236 ff. und neuerdings *Hippel* S. 16 ff. und S. 45. Richtig erfaßt ist das Verhältnis von Wille und Vorstellung von *Finger* I S. 256, 257.

erscheint, oder sie sind offensichtlich falsch entschieden, wie der Fall, daß A dem B einen gefährlichen Schlaftrunk gibt, wünschend, daß nur Schlaf, nicht aber der Tod eintreten möge. (Es wird wohl heutzutage niemand zweifeln, daß hier nur grobe Fahrlässigkeit angenommen werden kann.) Das Gebiet der Fahrlässigkeit wird, was ebenfalls zweifellos unrichtig ist, auf Fälle beschränkt, in denen ein Vorhersehen des schädlichen Erfolges nicht stattfindet (bes. S. 331). Dieser naheliegenden, man möchte fast sagen, von selbst sich einstellenden Widerlegung ungeachtet hat indes *Bekkers* Theorie von der Beschränkung des Willens auf die Körperbewegung oder die für die Körperbewegung erforderliche Innervation Schule gemacht. Er ist in der Tat der bewußte<sup>28a)</sup> Begründer der gegenwärtig stark vertretenen, wenngleich keineswegs herrschenden,<sup>28b)</sup> wie *Liszt* neuestens meint, sog. Vorstellungstheorie, welche für den Vorsatz das Wollen der den Erfolg bedingenden Körperbewegung und das Voraussehen des Erfolges als eines möglichen als genügend betrachtet, den Willen also auf den Erfolg nicht miterstreckt.<sup>28c)</sup>

§ 152. Am ausführlichsten hat diese Ansicht *Zitelmann* begründet. Der unmittelbare Wille betrifft nur die Körperbewegung, der mittelbare bezieht sich auf weitere Folgen, auf Mittel und Zweck, welch letzterer aus der Vorstellung von Lust und Unlust entspringt; er bezieht sich aber auch auf die vorhergesehenen Folgen, mögen sie nun erwünscht oder unerwünscht sein. Sieht man hier von dem ansprechenden und geistreichen Beiwerk ab, welches den Trugschluß verdeckt, so

<sup>28a)</sup> *Almendingen* ist, wie oben bemerkt, der noch unbewußte Begründer.

<sup>28b)</sup> *Hippel*, S. 10, 11, ist im Gegenteil der Meinung, daß die Vorstellungstheorie nur von einer Minderheit vertreten werde. Aus dem Gebrauche des Wortes „wollen“ oder „Wille“ zur Bestimmung des Dolus ist aber ein sicherer Schluß auf die wirkliche Ansicht eines Autors hier nicht zu ziehen. Es kommt auf die Konsequenzen, auf die Abgrenzung des Dolus gegenüber der Fahrlässigkeit an. So kann nicht gesagt werden, daß die Willentheorie konsequent vom RG. angenommen sei, ebensowenig aber, daß das RG. der Vorstellungstheorie folge, wie *Liszt* und *Frank* behaupten. Die für letztere angeführten Entscheidungen beweisen dies nicht (vgl. *Hippel* S. 8 ff.). Es ist vielmehr in den Entscheidungen vom „Willen“ die Rede.

<sup>28c)</sup> Für dieselbe *Bekker*, *Zitelmann*, *Bünnger*, *Frank*, *Klee*, *Lilienthal*, *Lucas*, *Wachenfeld* (S. 262), *Träger* (Wille, Determinismus, S. 28). Für die Willentheorie: *H. Meyer*, *Binding*, *Birkmeyer*, *Lanmasch*, *Olshausen*, *Loening*, *Hippel*, *Rohland*. Es kommt aber weniger an auf das formelle Bekenntnis zu der einen oder anderen Theorie, als vielmehr auf die Konsequenzen.

beruht die gesamte Beweisführung auf einer Identifikation der notwendigen und andererseits der nur möglichen Folgen. Für erstere ist der Satz, daß auch die unerwünschte, nicht erstrebte Folge gewollt ist, so richtig, wie er für die nur mögliche (als möglich vorgestellte) Folge unrichtig ist. Da nun das Erstreben oder Nichterstreben für die notwendigen Folgen irrelevant ist, mit den Kategorien der notwendigen und der möglichen Folgen aber das Gebiet der Folgen erschöpft ist, so ergibt sich für *Zitelmann*, daß für das Wollen der Folgen nur das Vorhersehen entscheidet.<sup>29)</sup>

Der Grund, weshalb jene Beschränkung des Willens auf die gewollte Körperbewegung mehrfach Anerkennung<sup>29a)</sup> gefunden hat, auch bei anderen Schriftstellern, denen ebenfalls Scharfsinn nicht abzusprechen ist, liegt in folgendem. Einerseits glaubte man einen Begriff des Willens, der für die Psychologie ausreichend sein kann, ohne weiteres für die Rechtswissenschaft verwenden zu sollen: der Psychologie kommt es nur auf den inneren psychischen Vorgang und dessen Zusammenhang mit dem Körper an, während die Rechtswissenschaft gerade die Beziehung des Willens auf die weitere Außenwelt interessiert. Andererseits ist es allerdings richtig, daß bei allen nicht durch Unterlassung zu bewirkenden Folgen im Rechtssinne mit Sicherheit von einem Wollen jedenfalls erst dann zu reden ist, wenn

<sup>29)</sup> Jene unrichtige Identifikation (vgl. dagegen auch *v. Hippel* S. 34) tritt mit völliger Klarheit S. 33 hervor, wo gesagt ist, daß die unerwünschte Folge mit der erwünschten (erstrebten) eine untrennbare Einheit bilde. (Wer die A heiratet, hat deren böse Mutter B zur Schwiegermutter, ist ein von *Zitelmann* als dafür beweisend gebrauchtes Beispiel, daß überhaupt vorhergesehene Folgen nicht gewollt (erstrebt, erwünscht) zu sein brauchen). Das ist aber nur bei notwendigen Folgen der Fall. Allerdings kommt es nur darauf an, ob der Handelnde sich die Folge als notwendig vorstellte. In der Wirklichkeit ist (sofern nicht die Freiheit eines eingreifenden menschlichen Willens mit in Betracht gezogen wird) jede eintretende Wirkung (Folge) notwendig, gibt es also, jene Ausnahme abgerechnet, nur mögliche Folgen nicht. Insoweit entscheidet die Vorstellung des Handelnden. Die Vorstellungstheorie *Zitelmanns* verleugnet also genau betrachtet hier, daß die Vorstellung des Handelnden den Ausschlag gibt. Übrigens stimmt die Auffassung des Willens als bloßer Körperbewegung mit der Auffassung der neueren Psychologie durchaus nicht überein.

<sup>29a)</sup> So beschränken *Liszt*, Lehrb. § 28 (I.), 12. Aufl. (Wollen = Innervation, in den verschiedenen Auflagen kommen etwas verschiedene, aber dasselbe besagende Ausdrücke vor; *Träger*, Wille, Determinismus, Strafe, S. 28; *Bünger*, Zeitschr. 6 S. 321; *M. E. Mayer*, S. 27—29; *Frank*, Zeitschr. 10, bes. S. 202ff. den Begriff des Willens auf die Körperbewegung. Für diesen beschränkten Handlungsbegriff auch *Hertz* S. 143ff. — Gegen die Begriffsbestimmung des Willens als bloßer Körperbewegung aber treffend: *Kuhlenbeck* S. 36ff., auch *Ordloff*, Zeitschr. 14 S. 161ff.

eine Körperbewegung vorgenommen wird, welche von dem Individuum als mit dem erstrebten Ziele im Kausalzusammenhange stehend vorgestellt (gedacht) wird.<sup>30)</sup> Willensbeschlüsse, die sich auf die Zukunft beziehen, hatte bereits *Schopenhauer* (Die Welt als Wille und Vorstellung) als bloße Überlegungen über das, was man dereinst wollen wird, bezeichnet. Dieser letztere Satz ist juristisch unzweifelhaft richtig; wenn Psychologie und allgemeine Philosophie diesen letzteren Satz über den Willen lieferten, so schien auch der erstere, der mit ihm im Zusammenhang stand, nicht nur richtig, sondern auch unmittelbar juristisch brauchbar zu sein.<sup>31)</sup> So gelangte man dahin, den Willen als Körperbewegung aufzufassen, ohne zu bedenken, daß damit ein Fehlschluß begangen wurde. Wenn zum Willen eine Körperbewegung erfordert wurde, so brauchte der Wille doch nicht lediglich in solcher zu bestehen.<sup>32)</sup>

Leugnet man aber einmal, daß der Wille, dessen Wesen das Streben nach der Verwirklichung eines vorgestellten Zustandes ist, auf mehr als auf die Körperbewegung sich beziehe, so ist man genötigt, für die Zurechnung der über die Körperbewegung hinausgehenden Erfolge nicht das Streben nach diesen, vielmehr ausschließlich das Voraussehen der Erfolge als ausschlaggebend zu betrachten; denn die Wirksamkeit und folglich die rechtliche Beachtung des Willens ist mit der körperlichen Bewegung abgeschlossen. Es kann sich dann nur um die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit des weiteren Erfolges handeln.<sup>33)</sup>

<sup>30)</sup> Dies tritt besonders hervor in dem Aufsätze *Büngers*, vgl. das. S. 320. *Rohland*, S. 16 ff., würdigt dies der Vorstellungstheorie zugrunde liegende Moment nicht genügend. Im Sinne des gewöhnlichen Lebens, wo von Rechtsfolgen nicht die Rede ist, bedarf das Wollen freilich der Körperbewegung durchaus nicht. Aber es wäre im höchsten Grade bedenklich, wenn man, wie *Rohland* meint — immer abgesehen von dem Falle der Unterlassung — bei strafbaren Angriffen auf ideelle Güter, z. B. auf die Ehre, die Religion, das Erfordernis eines körperlichen Substrates (Körperbewegung) streichen wollte.

<sup>31)</sup> Zugleich wirkt der *Schopenhauersche* Satz mit, wenn Willensakt und Körperbewegung dasselbe sein sollen. Unter Wille versteht aber *Schopenhauer* auch die allgemeine Lebens- und Existenzkraft, welche das Weltall durchdringt, während die Rechtswissenschaft darunter die bewußte Tendenz des Individuums verstehen muß, bestimmte äußere Erscheinungen hervorzurufen.

<sup>32)</sup> Dies wäre übrigens nicht nachweisbar.

<sup>33)</sup> Zu welchen paradoxen Folgerungen man damit kommen kann, zeigt *Büngers* Aufsatz S. 321. Nur wenn jemand ein Handeln, also z. B. das „Turnen“, als „Selbstzweck ohne weitergehende Absicht betreibt“, könne man von einem gewollten Erfolge sprechen. Es läßt sich aber keine menschliche

§ 153. Indes wird von einigen nicht gerade der auf die Körperbewegung beschränkte Willensbegriff als Ausgangspunkt genommen, vielmehr ohne weiteres das Vorhersehen des Erfolges in der einen oder anderen Weise als genügend für den Dolus angesehen. Das erklärt sich vielleicht aus der anscheinend überzeugenden Kraft einzelner drastischer Beispiele, bei welchen die volle Verantwortlichkeit wegen Dolus durch das unmittelbare Gefühl gefordert wird, aber, wie jene Autoren glauben, alsdann nicht konstruiert werden kann, wenn für die Annahme eines Dolus ein wirkliches Streben, ein Befriedigtwerden des Schuldigen durch den Erfolg für nötig erklärt wird. Zuweilen geben sie dem sog. *Dolus eventualis* ein ganz ungebührliches Anwendungsgebiet, und den *Dolus eventualis* glauben sie nicht anders als durch die Begründung des Dolus lediglich auf das Vorhersehen retten zu können.

Zu diesen Autoren gehört *Lucas*,<sup>34)</sup> der Vorsatz und Absicht in der Art unterscheidet, daß er ersteren auf die Handlung, letztere auf den Erfolg bezieht. Das ist eine unmögliche Unterscheidung, da jede Handlung zugleich ein Erfolg ist. Nachdem sodann einige Beispiele aufgestellt sind, in welchen die Anwendung eines Mittels als nicht beabsichtigt, nicht gewollt bezeichnet wird (aber zweifellos gerade weil der Täter diesen näher liegenden Erfolg gewollt hat, auch direkt gewollt ist) wird kurzweg gesagt: „Hiernach beweist sich der Satz: Gewollt ist der Erfolg, den auch der Täter als solchen (d. h. unter dem Gesichtspunkte der Kausalität) sich vorstellt.“

Ich glaube nicht, daß dies eine haltbare Beweisführung ist. Eventuell könnte doch nur der Enderfolg gewollt sein, nicht das Mittel, dessen Verwirklichung der Erreichung des weiteren Zweckes vorangeht. Es wird hier verwechselt die Entstehung

---

Handlung im wahren Sinne als Selbstzweck bezeichnen (vgl. unten). Auch wer das Turnen „aus Lust an der Bewegung“ betreibt, verbindet damit die Absicht, weitere Lustgefühle in sich zu erregen.

\*) *Lucas*, S. 11 ff., charakterisiert das Zertrümmern einer Glasscheibe als *Dolus eventualis*, wenn der Dieb diese Zertrümmerung vornimmt, um den hinter der Glasscheibe befindlichen Gegenstand sich anzueignen. Das angewandte und für nötig erkannte Mittel soll eventuell gewollt sein, obschon das Mittel dem erstrebten Zwecke unzweifelhaft vorangeht. *Lucas* meint, „der Täter habe die Zertrümmerung der Scheibe nicht beabsichtigt“. Jene Auffassung des *Dolus eventualis* ist übrigens auch unhistorisch.



des Willens in der Seele des Handelnden mit der Erscheinung des Willens in der Wirklichkeit, in welcher letzteren allein der strafrechtlich zu beachtende Dolus bestehen kann. Eine weitere Verwechslung ist es, daß *Lucas* das Ungewisse mit dem Eventuellen identifiziert und nunmehr zu dem allerdings richtigen Satze kommt, daß auch nicht als gewiß angesehene Folgen gewollt sein können, ein Satz, den er nun aber wieder — weil doch nicht alle nur als möglich vorgestellten Folgen, bei wirklichem Eintritte dem Handelnden angerechnet werden können — dahin beschränkt, daß nur in dem gewöhnlichen Gang der Dinge liegende Folgen dem Handelnden als dolos bewirkt angerechnet werden sollen. Diese Beschränkung ist unrichtig.<sup>35)</sup> Oder soll etwa Verantwortlichkeit wegen Dolus in folgendem viel benutzten Falle gezeugnet werden? Jemand schießt auf eine in so weiter Entfernung befindliche Person, daß Treffen und Töten durchaus nicht dem gewöhnlichen Laufe der Dinge entspricht; er trifft und tötet aber wirklich, und damit ist ein längst gehegter Racheplan verwirklicht. Kann jemand nicht darauf hin handeln und darauf einen Plan gründen, daß einmal auch das Unwahrscheinliche, das Ungewöhnliche Ereignis werde?

§ 154. *Lilienthal*<sup>36)</sup> ferner bezeichnet zwar die Unterscheidung von Willens- und andererseits Vorstellungstheorie als „müßig“, ist aber vielleicht einer der entschiedensten Vertreter der letzteren Theorie; denn seiner Meinung nach kommt es lediglich darauf an, ob der Handelnde mit mehr oder minder großer Sicherheit darauf rechnet, daß die Bedingungen gegeben sind, bei deren Vorhandensein der Erfolg notwendig erfolgt. Der Begriff des Willens wird deshalb ausdrücklich abgewiesen, weil damit das „Begriffselement des Begehrens“ herangezogen; das sei aber unrichtig, weil man auch unbegehrte, ja gefürchtete Erfolge wollen könne.<sup>36a)</sup>

Die Begründung wird damit gegeben, daß es zu einem

35) Es wird hier unvermittelt der Gesichtspunkt geltend gemacht, daß der Dolus in dem Handeln auf eine erkannte Gefahr bestehe (vgl. S. 18 unten), und dann, was *Hippel* S. 15 mit Recht gegen *Lucas* geltend gemacht hat, der Gefährdungsvorsatz, mit dem auf den wirklichen Erfolg gerichteten Vorsatz verwechselt.

36) Zeitschr. 15 S. 278—281.

36a) Vgl. darüber unten.

Willensakte nur komme durch Vorstellung des Eintritts einer Veränderung der Außenwelt. Die Entstehungsgeschichte einer jeden Handlung durchlaufe die folgenden Stadien: Unlustgefühl, Vorstellung, daß eine Änderung der Außenwelt die vorhandene Unlust beseitigen werde, Vorstellung der zu dieser Änderung erforderlichen Körperbewegung, Vornahme der Körperbewegung. Es scheint mit dieser Beschreibung keine Begründung der eigentümlichen Erscheinung gegeben zu sein, weshalb wir bei den erwähnten Differenzen in der Wahrscheinlichkeit des Eintritts gewisser Folgen der Körperbewegung das eine Mal wegen Vorsatz strafen, das andere Mal so viel geringere oder gar keine Strafbarkeit annehmen. Höchstens könnte man sagen, je mehr das Individuum die Folgen erwägt, um so strenger wird es gestraft. Daß man auch nicht begehrte, ja gefürchtete Erfolge herbeiführen wollen kann, ist nur ein Scheinargument dagegen, daß im Willen doch ein Streben oder wenn man den Ausdruck vorzieht, ein Begehren mitenthalten ist, das von einer bloßen Vorstellung sich wesentlich unterscheidet.

*Frank* ist, übrigens auch davon ausgehend, daß genau betrachtet nur die Körperbewegung gewollt werde, wesentlich deshalb Anhänger der Vorstellungstheorie, weil er ohne dieselbe die Haftung des Handelnden in Fällen des nur als möglich vorgestellten und andererseits des nicht erwünschten Erfolges nicht glaubt konstruieren zu können. Das Beispiel, das *Frank* unmittelbar vor der endgültigen Formulierung seiner Leitsätze über den Vorsatz verwendet, ist in ersterer Beziehung bezeichnend. „Gesetzt“, sagt *Frank* (S. 219), „ich fasse den Plan, den Schaffner von dem Trittbrett in den Abgrund zu stürzen, über welchen der Zug fährt. Ich weiß genau, daß mein Stoß möglicherweise deshalb wirkungslos bleibt, weil sich jener vielleicht festhält . . . (so) wird doch kein Richter Bedenken tragen, mich wegen Mordes zu verurteilen, falls mir der Stoß gelingt.“ Aber *Frank* sieht ein, daß die Zurechnung aller als möglich vorgestellten Erfolge zum Dolus zu weit führe, den Dolus in vielen Fällen annehmen hieße, in denen zweifellos höchstens Fahrlässigkeit vorliegt. Diese Erwägung führt zu folgender Beschränkung. Während bei der Vorstellung, der Erfolg sei notwendig, und ebenso bei der Vorstellung, „der Erfolg wird eintreten“, der Dolus in Ansehung des Erfolges stets vorhanden

sein soll, wird bei Annahme nur der Möglichkeit des Erfolges die Verantwortlichkeit wegen Dolus auf den Fall beschränkt, wenn die Voraussicht des Erfolges als eines gewissen oder notwendigen nicht vom Handeln abgehalten hätte. (Sog. *Franksche* Formel.) *v. Hippel* (bes. S. 58) erblickt mit Recht in dieser (übrigens unrichtigen, weil praktisch unbenutzbaren) Beschränkung ein Zugeständnis, daß mit der reinen Vorstellungstheorie nicht auszukommen sei, also eine Anwendung des Willensprinzips. Es ist aber eine Entscheidung nach der Sinnesart des Handelnden.

Ebenso<sup>37)</sup> verhält es sich mit der Vorstellungstheorie bei *v. Liszt*<sup>38)</sup>, der verschiedene und wechselnd formulierte Beschränkungen für richtig erklärt hat.<sup>39)</sup> Einmal sollte bei nur als möglich vorgestellten Erfolgen die Verantwortlichkeit wegen Dolus beschränkt sein auf die Fälle der Vorstellung „der Erfolg wird eintreten“, und sodann auf die Fälle der Billigung,<sup>40)</sup> der Einwilligung. *Liszt* ist dabei der Ansicht, daß die letztere Formulierung mit der Formel *Franks* denselben Sinn habe. Daß Einwilligen, Billigen Ausdrücke für einen allerdings schärfer hervortretenden Willen sind oder sein können, bedarf indes einer weiteren Darlegung nicht.<sup>41)</sup>

§ 155. Eine Mittelstellung nehmen *Kohler*<sup>42)</sup> und *Löffler* ein. Das Verhältnis der Vorstellung zum Willen kann nach

37) Vgl. *Hippel* S. 60ff.

38) Lehrb. 12. Aufl., S. 173, 14./15. Aufl., § 39 I: Vorsatz ist die die Willensbetätigung begleitende Kenntnis der sämtlichen zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden Tatumstände.

39) Vgl. Gutachten über die Behandlung des *Dolus eventualis*, Verhandlungen des 24. d. Juristentages 1 S. 110ff.

40) Die alte Formel! Übrigens kommt *Liszt* (vgl. unten) mit der von ihm angewandten laxen Interpretation dieser Formeln auch zu unrichtigen Entscheidungen.

41) Wenn *Liszt*, Gutachten S. 112 Anm., noch besonders bemerkt, das (assertorische) Urteil: „Ich werde töten“ habe mit den Kategorien der Notwendigkeit, Wahrscheinlichkeit, Möglichkeit (also mit dem apodiktischen, problematischen Urteile) nichts zu tun, so ist das zwar ein Zugeständnis, daß, wenn der Handelnde von der Vorstellung ausgeht, der Erfolg wird eintreten, dabei der Charakter des Handelnden eine Rolle spiele, gleichwohl aber eine logisch unrichtige Behauptung. Urteile sind nie Tendenzen, wenn sie auch durch Tendenzen veranlaßt sein können. Der Kritik, welche *Rohland* S. 8 ff. an der Ansicht *Lissts* übt, kann ich indes insofern nicht beitreten, als *R.* es als fehlerhaft bezeichnet, daß *L.* schließlich die Existenz eines Dolus von der subjektiven Meinung des Handelnden über Gewißheit, Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit abhängig mache.

42) Studien S. 67 ff.

*Kohler* ein sehr mannigfaltiges sein, d. h. ein Erfolg kann als ein bloß vorgestellter doch dem Handelnden zum Dolus zugerechnet werden müssen. Der Reeder, der aus Gewinnsucht ein seeuntüchtiges Schiff in See stechen läßt, obwohl er weiß, daß es höchstwahrscheinlich untergehen wird, soll eintretendenfalls wegen Mordes verantwortlich sein, ebenso wer Unruhen anzettelt, wohl wissend, daß es dabei wahrscheinlich zu Tötungen durch den aufgeregten Volkshaufen kommen könne. Es scheint nicht, daß mit dieser unbestimmten Theorie auszukommen sei. Die angegebenen Beispiele werden wenige in Übereinstimmung mit *Kohler* entscheiden wollen. Der Reeder wird jedenfalls nur dann wegen Mordes verantwortlich gemacht werden können, wenn er wünscht, daß das Schiff untergehe (z. B. um die Versicherungssumme zu gewinnen usw.).<sup>43)</sup> *Löfflers* Theorie endlich ist völlig unbestimmt und unentwickelt.<sup>44)</sup> Ungeachtet der treffenden Bemerkungen gegen *Bekker* und *Herrmann* sollen neben den beabsichtigten und gewollten (erwünschten) Folgen auch die in den höheren Formen der Wissentlichkeit (soll wohl heißen Wahrscheinlichkeit) vorgestellten Folgen zum Dolus angerechnet werden.<sup>45)</sup> Das kommt, wie *Löffler* selbst sagt, etwa auf Anerkennung des *Dolus indeterminatus s. eventualis* der früheren Doktrin heraus.

§ 156. Die Vertreter der Vorstellungstheorie haben die letztere durchzuführen nicht vermocht, ebensowenig wie es anderen gelungen ist, einen prinzipiellen Unterschied zwischen Vorsatz und Absicht festzustellen.<sup>46a)</sup> Es mag sein, daß man

43) *Kohler* beruft sich hierbei auf das englisch-nordamerikanische Recht. Diese Berufung paßt nicht. Das englisch-nordamerikanische Recht nimmt die Haftung für einen weiteren und schwereren Erfolg als dolos verursacht nur dann an, wenn der zunächstliegende verwandte und minder schwere Erfolg ein „malum in se“, nicht nur ein „malum prohibitum est“ ist, nicht aber, wenn der Handelnde nicht einmal den nächstliegenden näheren erstrebt (vgl. *Wharton* I §§ 315, 326 und besonders *Bishop* §§ 331, 332), eine Unterscheidung, die übrigens zuweilen zu sonderbaren Ergebnissen führt.

44) Siehe dagegen v. *Hippel* S. 49.

45) Wie reimt sich das mit der S. 232 gegen *Herrmann* gemachten Bemerkung: „Der Wollende sucht sich ganz nach seinem Belieben (?) gewisse Stücke aus dem Kreise der Folgen seiner Handlung als Objekte seines Willens aus; die anderen will er nicht und muß er nicht wollen, sollte er sie auch hundertmal wissen?“

46a) Beide Ausdrücke haben sprachlich dieselbe Bedeutung. (Vgl. *Heyne*, Deutsches Wörterbuch, zu diesen Worten.) Allenfalls kann gesagt werden, man bedient sich des Ausdrucks Absicht dann besonders, wenn angedeutet werden soll, jemand finde gerade im absichtlich Getanen selbst seine — soweit festzu-

bisher mit einem nicht klar gedachten oder nicht klar in Worten definierten Willensbegriff die Schuld und ihre Arten festzustellen unternommen hat. Aber ist es besser, etwas an die Stelle zu setzen, das, wie nachgewiesen ist, entweder positiv falsch begrenzt oder absolut unbrauchbar ist? Positiv falsch begrenzt ist der Wille, wenn er lediglich als Innervation oder Körperbewegung gedacht wird ohne das Streben, eine begehrenswert erscheinende Vorstellung in Wirklichkeit überzuführen. Unbrauchbar begrenzt aber ist der Wille, wenn er auf rein geistige Vorgänge beschränkt gedacht wird; denn dann führt keine Brücke hinüber vom Willen zur äußeren Kausalität. Und wie kommt es, daß die Beschaffenheit der Vorstellungen die Strafbarkeit begründen oder mindern oder erhöhen sollen? Sind Vorstellungen immer vom Willen abhängig? Sind sie nicht eher etwas, bei dem der Handelnde eine passive Rolle spielt? Wie kommt man dazu, sie über Schuld und Unschuld entscheiden zu lassen? Dann aber haben die Vertreter der Vorstellungstheorie Konsequenzen dieser Theorie, vor welchen sie zurückschreckten, auch nur mit verschleieter Hereinziehung des Willens oder in einer Weise vermeiden können, die sich von selbst als strafrechtlich unzulässiger Abweg erwies.<sup>46b)</sup> Das, was die Anhänger der Vorstellungstheorie unter Wille verstehen, unterscheidet sich endlich sehr wesentlich von dem, was der allgemeine Sprachgebrauch darunter versteht.<sup>47)</sup> Eine

---

stellen ist — endliche Befriedigung, oder aber wenn das zunächst Verwirklichte seine eigentliche Bedeutung hat in einem weiteren Streben nach einem Erfolge, auf den die Absicht gerichtet ist. Diese Unterschiede sind aber der Regel nach für die Existenz des Dolus völlig unerheblich, wie die fernere Untersuchung ergeben wird, und so verkehrt wie willkürlich ist die Unterscheidung, daß der Vorsatz sich auf die Tat als konkrete Erscheinung, die Absicht auf ihre allgemeine Bedeutung beziehe. (Vgl. oben.) Beides fällt zusammen. Der Zurechnungsfähige weiß, wenn er einen Vorsatz faßt, was dieser moralisch zu bedeuten hat. Wie es kommt, daß in Ansehung des Dolus zuweilen — und besonders im Zivilrecht das Wissen — das Handeln ungeachtet des Wissens oder der Kenntnis bestimmter Umstände hervorgehoben wird, vgl. unten.

<sup>46b)</sup> Vgl. in diesem Sinne auch *Hippel* S. 75 und besonders *Rohland* S. 24: „Eine Lehre, die zu einem unbrauchbaren Willensbegriffe führt und die aus sich heraus nicht ein sicheres Kennzeichen des Vorsatzes zu finden vermag.“

<sup>47)</sup> Am weitesten in dieser Abweichung geht wohl die Abhandlung von *Konr. Hagen*, *Zeitschr.* 19 S. 159—200, in der es u. a. S. 168 heißt: „Die Willenskraft ist eine völlig indifferente Bewegungskraft, die durch das Mittel der Vorstellungen anstandslos jeder Art von Gefühlen dienstbar wird.“ Die Vorstellungen, welche aus dem Kampf der Gefühle siegreich hervorgehen, benutzen diese Kraft, und wenn dann der Wille sich in rechtswidriger Richtung in

Empfehlung ist eine solche vielfache Mißverständnisse veranlassende Abweichung nicht.

Es ist aus diesen Gründen begreiflich, daß neuerdings Vermittlungen zwischen der sog. Vorstellungstheorie und der Willentheorie unternommen sind. Eine solche enthält die Theorie *M. E. Meyers*.<sup>48)</sup> Auch *Mayer* beschränkt die Willensbetätigung auf die Körperbewegung (und deren Unterlassung); die Zurechnung des Erfolges geschieht kraft der Motive, d. h. der Einwirkung der vom Handelnden vorgestellten Erfolge auf die Gefühle. Ist die Vorstellung des Erfolges von einem Lustgefühl begleitet, so wird der Erfolg (als Zweck) vorsätzlich herbeigeführt; denn dann ist diese Vorstellung Motiv der Willensbetätigung geworden. Ist die Vorstellung des Erfolges nicht Motiv gewesen, die Willensbetätigung zu unterlassen, so besteht indirekter Vorsatz. Gleichgültigkeit gegen antisoziale Folgen der Handlung fällt daher unter den Begriff des Dolus. Fahrlässig begangen soll dagegen diejenige schuldhaft Handlung sein, für welche die Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolge nicht Gegenmotiv geworden ist, weil sie nicht vorhanden war (unbewußte Fahrlässigkeit), und auch diejenige schuldhaft Handlung, für welche die Vorstellung eines rechtswidrigen Erfolges nicht Gegenmotiv geworden ist, weil die Vorstellung vom Nichteintritt ein Grund mehr gewesen ist, die Handlung zu begehen (bewußte Fahrlässigkeit).<sup>49)</sup> Dabei wird aber auch der Erfolg, der im Verhältnisse zu einem ferneren Erfolge als Mittel erscheint, als vorsätzlich herbeigeführt betrachtet (vgl. S. 63), und integrierende Bestandteile eines den Willen bestimmenden Vorstellungskomplexes stehen immer unter dem motivierten Einflusse des vorgestellten rechtswidrigen Erfolges, sind also dem Täter zum Vorsatze zuzurechnen. Ob eine Vorstellung Motiv gewesen ist, soll davon abhängig sein, ob die Vorstellung der Verwirklichung dem Handelnden ein Gefühl der Lust oder Unlust bereitete, bzw. gleichgültig war.

Es mag nun zugegeben werden, daß die Verwirklichung eines als Mittel dienenden Zwischenerfolges, auch wenn sie an

---

Bewegung setzt, so entsteht die Schuld als Vorstellungs-, bzw. Gefühlsschuld, erstere in zwei, letztere in drei Graden (S. 185).

<sup>48)</sup> Eingehende Kritik dieser Theorie bei *Mirička* S. 46—59.

<sup>49)</sup> Vgl. S. 152—156.

sich mit Unlustgefühl verbunden ist, doch in Anbetracht des ferneren Zweckes eine Art Lustgefühl erregt.<sup>50)</sup> Dagegen ist das „Motiv“, wenn man es, wie dies bei *Mayer* meistens der Fall ist, mit „Zweck“ identifiziert, als Beurteilungsmoment des Vorsatzes überflüssig. Nimmt man es aber in der Bedeutung, daß das Motiv dem Willen die entscheidende Richtung gegeben habe oder bei dieser Richtung mitgewirkt haben müsse, so ist es praktisch unbrauchbar, weil dies oft für den Handelnden selbst und meistens für den Richter noch weniger festzustellen und daher irreführend ist und sogar schon irreführend bei dem Theoretiker, der bei seinen Schulbeispielen meistens des Glaubens ist, in den tiefsten Grund der Seele hineinblicken zu können. Ein Baumeister sieht, daß eine Mauer nicht lotrecht aufgeführt ist, läßt sie aber doch stehen, indem er sich überredet, daß sie trotzdem nicht einstürzen werde; sie stürzt ein und begräbt mehrere Menschen. *Mayer* entscheidet, hier liege Fahrlässigkeit vor, weil der Baumeister nur dem Gedanken, die Mauer werde nicht einstürzen, Einfluß auf seine Willenstätigkeit eingeräumt habe. Aber kann man in solchem Falle, wenn der Baumeister, um Mühe und Kosten zu sparen — dies Motiv erkennt *M.* ausdrücklich als mitwirkend an —, eine stark fehlerhafte Mauer hatte stehen lassen, und diese todbringend einstürzt, nicht von freventlichem Leichtsinn reden oder sagen: der Baumeister habe sein Interesse über die Interessen der Rechtsordnung gestellt, also, wie *M.* einen anderen Fall aus dem zuletzt erwähnten Grunde entscheidet, mit eventuellem Vorsatz gehandelt? Dann aber folgende Unterscheidung: „Ein Wilddieb schießt in der Dunkelheit auf ein Wesen, von dem er nicht weiß, ob es Wild oder der Jäger ist. Denkt er überhaupt nicht daran, es könnte der Jäger sein, so kann, falls der Schuß den Jäger tötet, nur fahrlässige Tötung in Betracht kommen.“ (Selbstverständlich.) „Hielt der Wilddieb es für möglich, daß der Jäger sich dort unter dem Baum bewegte, so ist zu unterscheiden: er schießt, unbekümmert um den Erfolg, auch ohne sich von dem Gedanken, durch den Schuß den Jäger töten zu können, abhalten zu lassen (eventueller Vorsatz), oder er schießt, beeinflußt durch den Gedanken, das ist wohl kaum der Jäger,

<sup>50)</sup> *Mirúka* (S. 54) bestreitet dies.

womit er den Tod des Jägers als Folge seines Schusses ablehnt. — Diese beiden Fälle sind meines Erachtens durchaus identisch,<sup>51)</sup> man müßte denn im letzten Falle unterstellen, der Wilddieb sei überzeugt, daß der Jäger nicht dort stehe. Wendet man aber die Theorie des Lustgefühls direkt an — *Mayer* hat sie hier freilich in die Theorie verwandelt, daß die vorgestellte Wahrscheinlichkeit des Erfolges entscheidet —, so kann der Gedanke, der einen Augenblick das Gehirn mit Lustgefühl durchzuckt, das könnte wohl der Jäger sein, doch dann nicht wegen vorsätzlicher Tötung (oder Versuchs dieses Verbrechens) verantwortlich machen, wenn es im höchsten Grade unwahrscheinlich war, daß der Jäger sich dort befand.

§ 157. Noch einen anderen Weg, hat eine scharfsinnige und vielfach treffende Kritik der Argumenten der Vorstellungstheorie liefernd, *Mišička* eingeschlagen. Der prinzipielle Unterscheidungsgrund der Schuldarten liegt seiner Ansicht nach in dem Vorhandensein des Bewußtseins des Erfolges. Wer sich des rechtswidrigen (sagen wir des schädlichen oder zu vermeidenden) Erfolges bewußt ist, handelt im allgemeinen<sup>52)</sup> in strafbarer Weise, als wer an den Erfolg gar nicht denkt. Wird der bewußte Erfolg als Zweck vorgestellt, so wird er begehrt, so ist Absicht vorhanden, und dabei soll es weder auf größere oder geringere Bestimmtheit noch auf die Intensität der Voraussicht des Erfolges (d. h. auf größere oder geringere Wahrscheinlichkeit) ankommen (S. 108). Selbst die Voraussicht der Notwendigkeit des Eintritts des Erfolges soll der Absicht nicht gleichkommen. Während bei der Absicht der rechtswidrige Erfolg begehrt wird, ist es anders im Falle nur der notwendigen Verbindung des rechtswidrigen mit einem ganz unschuldigen Erfolge. Wenn diese Verbindung nicht wäre,

<sup>51)</sup> *Mayer* S. 167 sagt freilich: „Gänzlich ausgeschlossen ist es jedoch, irgend einen Tatbestand zu finden, in dem die in Frage stehenden Beziehungen zum Erfolge derartig vermengt wären, daß die Formel es zweifelhaft ließe, ob die schuldhaftige Handlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde.“ — Meines Erachtens wird jedenfalls dem Praktiker hier eine unlösbare Aufgabe gestellt, und von solchen Unterscheidungen würde nach unserem Gesetze z. B. es abhängen, ob der Wilddieb wegen Mordes oder Totschlags bestraft würde oder anderenfalls wegen fahrlässiger Tötung im Maximum drei Jahre Gefängnis erhielt.

<sup>52)</sup> *Mišička*, S. 10, gesteht zu, daß besondere Umstände bei der Fahrlässigkeit ausnahmsweise den unbewußt Handelnden strafbarer erscheinen lassen können.



würde das tatsächlich verletzte Rechtsgut ganz unbehelligt bleiben. Während *Herrmann* seinerzeit betonte, das «*Parceque*» und das «*Quoique*» habe für den Dolus gleiche Bedeutung, sagt *Mirřka* ausdrücklich: „Hier (bei vorhandener Absicht) handelt der Täter, weil er den Erfolg vorhersah, dort, obwohl er den Erfolg vorhersah“ (S. 110), und in dem „weil“ liege eine unvergleichlich größere Verbrechensenergie. Es kommt also darauf an, ob der Handelnde durch die Vorstellung des Eintritts eines Erfolges zu der Handlung bewegt wurde, auf die Einwirkung dieser Vorstellung auf den Willen des Handelnden<sup>53)</sup> (d. h. auf die Vornahme der Körperbewegung, welche mit dem Erfolge im Kausalzusammenhange steht). Es können aber auch mehrere Erfolge hintereinander und untereinander liegen und in dieser Weise von dem Handelnden begehrt werden oder sich so verhalten, daß der eine den anderen ausschließt (alternatives Verhältnis). Jeder dieser Erfolge ist dann als Zweck zu betrachten, und gleichgültig ist es, ob der Handelnde einen Erfolg als Haupt- oder als Nebenzweck betrachtet hat; entscheidend ist nur, daß die Vorstellung eines Erfolges auf die „Psyche“<sup>53a)</sup> des Handelnden mitgewirkt hat. Das Maß der Einwirkung aber solcher Nebenfolgen kann sehr gering sein. Soll man sie dann noch beachten? Diese Frage ist nach *Mirřka* praktisch dadurch gelöst, daß in solchen Fällen der Beweis der Existenz des Nebenzwecks versagt. Aber ein Beweis, daß der Handelnde den Erfolg gerade als Zweck herbeiführte, ist doch erforderlich. *Mirřka* meint, „ein untrügliches Zeichen dieser Einwirkung soll die Erkenntnis bilden, daß es bei Nichtvorhandensein der Vorstellung des Erfolges nicht zu der Handlung gekommen wäre, oder daß die Handlung nicht in der Weise vorgenommen worden wäre, wie sie vorgenommen ist.“<sup>54)</sup>

53) Der Begriff „Wille“ wird hier im Sinne der strengen Vorstellungstheorie genommen, nicht, weil die Körperbewegung dem Willen völlig konform sein müsse, wohl aber, weil das doch regelmäßig der Fall sei, und deshalb eine wesentliche Verschiedenheit zwischen dem Zusammenhange des Willens und der Körperbewegung mit der Außenwelt angenommen werden müsse. Solche durchgreifende Verschiedenheit besteht aber nicht; es gibt Körperbewegungen, die auszuführen sehr schwer fällt; manche kann ein Ungeübter überhaupt nicht ausführen. Der Wille an sich, meint *Mirřka*, sei ein nebelhafter Begriff (S. 113).

53a) Ist „Psyche“ etwas anderes als „Seele“?

54) Die letzte dieser Alternativen ist nicht verschieden von der ersten.

In dem Worte „die Erkenntnis“ liegt aber eine Voraussetzung versteckt. Es muß heißen, da die fragliche Erkenntnis dem Richter doch im konkreten Falle nicht ohne weiteres zukommt: „Ein untrügliches Zeichen ist vorhanden, wenn der Richter erkennt.“ Und dieses „wenn“ ist im höchsten Grade problematisch. Es gelten hier alle die Einwendungen, welche *Miricka* selbst gegenüber der *Frankschen* Formel als zutreffend anerkannt hat, Einwendungen, von welchen unten in der Lehre vom *Dolus eventualis* die Rede sein wird. Die Haupteinwendung aber ist, daß fast niemals ein Verbrechen um des Verbrechens willen begangen wird, vielleicht überhaupt nicht begangen wird, daß daher, was den Dolus betrifft, der Regel nach ein Unterschied der Fälle nicht zu machen ist, ob der Verbrecher den verbrecherischen Erfolg als mit einem andere Erfolge als notwendig verbunden betrachtete, oder ob er ihn scheinbar allein und ausschließlich erstrebte. Nur höchst ausnahmsweis kann der Gesetzgeber Gewicht darauf legen, ob gerade der verbrecherische Erfolg Hauptmotiv oder wesentlich ausschlaggebendes Motiv gewesen ist (vgl. unten). Dies ist auch von jeher die herrschende Ansicht gewesen. Diese Einwendung läßt aber der Hauptsatz der Theorie, und damit diese selbst zusammenstürzen. Wie sie praktisch undurchführbar ist, da der Richter auf das m. E. überhaupt nicht festzustellende „was würde jemand unter anderen Umständen getan haben“ verwiesen wird, so ist sie auch theoretisch und prinzipiell unhaltbar.

§ 158. Eine Sonderstellung nimmt *Bindings*<sup>55)</sup> Theorie des Willens und des Vorsatzes ein. Sie hat kaum erhebliche Zustimmung gefunden, und es ist nicht wahrscheinlich, daß sie als geschlossene Theorie — von Einzelbemerkungen muß hier abgesehen werden — auf die Entwicklung der Doktrin oder Praxis einen in Betracht kommenden Einfluß gewinnen werde. *Binding* geht — geleitet anscheinend von der Theorie des Willens im Sinne *Schopenhauers*, der übrigens unter Wille zunächst die allgemeine Lebenskraft versteht (vgl. Normen 2 S. 102) — von dem strafrechtlich völlig paradoxen Satze aus, gewollt werde nicht nur, was vorgestellt wäre, sondern alles,

Eine in anderer Weise vorgenommene Handlung ist jedenfalls, sobald das „andere“ wesentlich ins Gewicht fällt, stets eine andere Handlung.

55) Vgl. bes. Normen 2 S. 105 ff.

was irgend als Folge objektiv aus einem Willensakte sich ergebe. Die besonderen Irrtumsfälle abgerechnet, sei es richtig, wenn *Schopenhauer* sage: „In der Reflexion allein ist Wille und Tun verschieden, in der Wirklichkeit sind sie eins“, und wenn *Ed. v. Hartmann* bemerke: „Nur unsere Taten halten uns den Spiegel unseres Willens vor“. Die hiernach sich ergebende unermessliche Verantwortlichkeit wird aber beschränkt dadurch, daß zum Dolus die Vorstellung der Ursächlichkeit der Handlung für den Erfolg gehört: der Dolus wird ausgeschlossen bei Verneinung der Ursächlichkeit, bei der Vorstellung zweifelhafter Ursächlichkeit dagegen der Erfolg, so wie er fällt, dem Handelnden zum Dolus angerechnet — womit denn die Fälle des *D. eventualis* und des *D. alternativus* erledigt sind. Bei der Vorstellung der Ursächlichkeit unbestimmter Erfolge nimmt *Binding* die Existenz eines *Dolus generalis* an. (Über die Frage, ob zum Dolus Bewußtsein der Normwidrigkeit oder Rechtswidrigkeit gehöre, die *Binding* sofort hereinzieht, vgl. unten.) Die Vorstellung, daß man Ursache eines bestimmten Erfolges werden könne, genügt aber sicher nicht für die Existenz eines auf den Erfolg gerichteten Vorsatzes, und die dafür von *Binding* angeführten Beispiele werden schwerlich von vielen im Sinne *B.s* entschieden werden (S. 432). Nehmen wir an, ein Chemiker experimentierte darauf los, gleichgültig gegen den ihm unbekanntem Ausgang des Experimentes, oder ein junger Bauernbursch, der von einer Dampfmaschine noch gar nichts weiß, drehe übermütig und gleichgültig an einer Lokomotive eine Kurbel. Wenn nun aus dem Experiment des Chemikers eine Explosion, Sachbeschädigung und Körperverletzung hervorgeht, so trägt *Binding* kein Bedenken, den Chemiker wegen vorsätzlicher Sachbeschädigung und Körperverletzung zu verurteilen; denn die Vorstellung solcher Möglichkeit hatte der Chemiker. Der dumme Bauernbursch allerdings hatte diese Vorstellung nicht, wenn er an die Harmlosigkeit seiner Spielerei glaubte; war er aber gewarnt, und fährt er gleichwohl in seiner Spielerei fort, so ist er, wie *Binding* meint, für Dolus verantwortlich, wenn die Lokomotive losfährt und durch Zusammenstoß mit einem Zuge Tod und Verderben verursacht. (Gestützt wird diese Theorie, wie *Binding* (irrtümlich) glaubt, durch die Unterscheidung von Wünschen und Wollen, eine

Unterscheidung, die aber *B.* gleichfalls unrichtig bestimmt, und der innere Beweggrund zur Aufstellung des paradoxen Hauptsatzes liegt wohl in dem Bestreben, eine Begründung der Strafbarkeit der *Culpa* zu finden.<sup>55a)</sup>

*v. Hippel*, dessen wertvolle Kritik der sog. Vorstellungstheorie und der daraus von einzelnen Vertretern derselben gezogenen Folgesätze schon mehrfach oben erwähnt ist, hat im positiven Teile seiner die sog. Willenstheorie — die Zurückführung des Dolus auf den Willen — vertretenden Monographie die praktisch bedeutsamen Momente des Vorsatzes einzeln in Betracht gezogen, und mit Ergebnissen der neueren Psychologie verglichen. Was aber der „Wille“ sei, ist nicht weiter untersucht, ebenso nicht, wie das Strafrecht dazu kommt, auf den als Wille bezeichneten Vorsatz entscheidendes Gewicht zu legen.<sup>56)</sup>

Daher erklärt es sich wohl auch, daß eigentümlicherweise<sup>56a)</sup> die *Franksche* Formel, in welcher andere die besonders wertvolle Frucht gerade der Vorstellungstheorie erblicken, von *Hippel* für die Willenstheorie reklamiert wird, und *Hippel* schließlich als besonders energischer Verteidiger des *Dolus eventualis* auftritt, obschon die Stellung, welche man zu diesem Gebilde unserer Strafrechtstheorie einnimmt, meines Erachtens die Probe liefert, ob man in Wahrheit eine Willens- oder eine Vorstellungstheorie<sup>56b)</sup> für richtig und maßgebend erachtet. Der Streit ist, wie *Liszt* (14. Aufl. S. 171 Anm.) treffend bemerkt, jedenfalls nur ein Streit um Worte, sobald man auch „unangenehme“ (d. h. dem Handelnden auch mit Rücksicht auf einen

<sup>55a)</sup> Vgl. gegen *Binding* insbesondere auch *Hauser* GS. 54 S. 30ff.

<sup>56)</sup> So *Kohlrausch* in dem Referate über *Hippels* Schrift, Zeitschr. 24 S. 753 und *Hafter*, Schweizer. Zeitschr. f. Strafr. 17 S. 183. — *Hippel* glaubt auch nachgewiesen zu haben, daß das RG. der Willenstheorie folge. Der Umstand aber, daß das RG. so häufig Gewicht auf den Willen legt, beweist diesen Satz nicht, solange das, was unter Wille und Wollen zu verstehen ist, nicht besser dargelegt ist; da dies nicht geschehen ist, kommt es auf die Konsequenzen an, und wenn das RG. einen *Dolus eventualis* in sehr weitem Umfange annimmt, so dürfte die Dolustheorie des RG. der Vorstellungstheorie doch nicht gerade entgegengesetzt sein.

<sup>56a)</sup> Dies ist auch von *Hafter* a. a. O. S. 186 bemerkt worden.

<sup>56b)</sup> Die Deduktion *v. Hippels* (S. 139, 140) über den *Dolus eventualis* ist nur eine Deduktion, gegründet auf die angenommene Verschiedenartigkeit der Vorstellungen bei dem Handelnden; nirgends ist die Rede von dem Erstreben eines Erfolges.

anderen Zweck nicht als erwünscht erscheinender, zugleich nicht notwendige) Folgen als gewollt ansieht, und somit den *Dolus eventualis* in sehr weitem Umfange als mögliche Form des Dolus verteidigte.

§ 159. Alles in allem genommen ist es problematisch, ob die Lehre vom Dolus seit der Mitte des 19. Jahrhunderts einen Fortschritt gemacht hat; vielleicht könnte man von einem Rückschritt reden. Der Einfluß der modernen allgemeinen Philosophie und der Psychologie hat sich in nicht eben förderlicher Weise geltend gemacht. An sich war es richtig, eine verbindende Brücke zwischen Philosophie und Psychologie einer- und Strafrecht andererseits aufzusuchen. Aber nun sollte, was in der Philosophie und Psychologie galt, obschon diese Brücke noch nicht oder nur in Bruchstücken gefunden war, ohne weiteres auch im Rechte Anwendung finden, abgesehen selbst davon, daß die Philosophie hergebrachte Begriffe zuweilen in einem besonderen Sinne umwandelt und dadurch schon zu Mißverständnissen Anlaß geben kann. Die praktischen Ergebnisse bestätigen diese Ansicht; der alte Streit über die Abgrenzung von Dolus und Culpa dauert in den mannigfachsten Modifikationen fort; der *Dolus indirectus* oder *generalis* begegnet uns in verschiedenen Formen der neueren Theorien und der moderne *Dolus eventualis* hat fast alle üblen Eigentümlichkeiten seiner Stammväter in sich aufgenommen; er erscheint in den verschiedensten Farben und Gestalten nicht nur in der Theorie, sondern in bedrohlichster Weise auch in der Praxis. Zeitungen und Witzblätter nehmen ihn zur Zielscheibe und kritisieren mit aller Schärfe des gesunden Menschenverstandes Urteile, in denen weitgehende Absichten in der Seele des Angeklagten als „eventuelle“ schließlich entdeckt wurden. Aber wer ihm zum Opfer fällt, findet wenig Anlaß zum Scherzen; denn in der Tat der *Dolus eventualis* hat Polypenarme, die vieles mit unentrinnbarer Gewalt zu fassen vermögen. In der allgemeinen Verwirrung sprießt die Kritik üppig empor, und kaum ist eine Arbeit über Dolus und Fahrlässigkeit erschienen, so steht ihr bereits eine andere gegenüber, welche beweist, daß von wesentlich anderen Sätzen auszugehen sei. Unter diesen Umständen bleibt nur übrig, selbständig zu versuchen, ob nicht das nebelhafte Wesen des Willensbegriffes, von welchem auszugehen

neuerdings apodiktisch gesagt ist, es sei ein falscher Ausgangspunkt, doch einigermaßen bestimmt werden könne — allerdings um nicht der Gefahr zu unterliegen, alte Irrtümer wieder neu ins Leben einzuführen unter Beachtung der Merksteine, welche Geschichte und bewährte Kritik gesetzt haben.

Die folgenden Ausführungen sind, was einen Teil der Ergebnisse betrifft, ziemlich denjenigen konform, welche ich bereits in meiner Schrift über den Kausalzusammenhang gezogen hatte, andererseits scheinen sie mir in vielen Punkten, was die Abwehr anderer Theorien betrifft (weniger in den positiven Hauptergebnissen), übereinzustimmen mit den neuerdings so viel in Betracht gezogenen scharfsinnigen Untersuchungen *Thyrèns*.

Der Weg, auf welchem im folgenden vorgegangen wird, ist allerdings ein weit einfacherer als der von *Thyrèn* eingeschlagene. *Thyrèn* unternimmt es, um möglichst sicher zu gehen, die ganze Untersuchung auf mathematische Formeln und Gleichungen zurückzuführen. Ohne Zweifel kann dadurch das, was untersucht werden soll, veranschaulicht werden; positive Resultate lassen sich aber auf diese Weise nicht gewinnen, so lange nicht die verschiedenen die menschlichen Handlungen beeinflussenden Faktoren auf ein und dieselbe Kategorie zurückgeführt werden können, und dies scheint bis jetzt unmöglich. Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Erfolges, Lustgefühl, erregt durch eine plötzlich von außen herangebrachte oder lang innerlich gehegte Vorstellung und die allgemeine Disposition (der Charakter) können in Zahlen in Wirklichkeit nicht gegeneinander abgewogen werden. Der Theoretiker kann allerdings willkürliche Ansätze machen und aus diesen ein Fazit ziehen, und dann scheint alles zu stimmen. Aber nicht einmal mit der Wahrscheinlichkeitsrechnung allein läßt sich für wirkliche Fälle operieren. Man kann nie sagen, es ist Wahrscheinlichkeit 1 zu 2 oder 8, daß ein Ereignis eintritt. Das ist nur möglich, wenn unter genau abgesteckter Regel experimentiert wird, oder wenn es sich um eine Masse von Ereignissen handelt, bei denen die Masse die Faktoren verschwinden läßt, welche die Fälle verschieden und besonders beeinflussen. Und der einzelne kann sich über die Wahrscheinlichkeitsrechnung in jedem einzelnen Falle hinwegsetzen. Er kann etwas riskieren wollen; er kann es auch

dann tun, wenn er sonst die Wahrscheinlichkeit sehr vorsichtig abzuwägen pflegt. Wer vom Determinismus ausgeht, wird allerdings selbst die absolute Notwendigkeit der gegen bekannte Charaktereigenschaften erfolgenden Handlung behaupten. Aber die einzelnen Faktoren gegeneinander abzuwägen, dazu ist er auch nicht imstande. Das (S. 137 Anm.) vorkommende Anerkenntnis *Thyrèns*, daß „der Mensch mitnichten ein durch und durch logisches Wesen sei“, spricht solchen Berechnungen das Urteil, und am Ende sind es doch unmittelbar dem Gefühle einleuchtende Gegenüberstellungen typischer Fälle, nach welchen bei *Thyrèn* der wirkliche praktische Wert der Theorien ermittelt wird (vgl. z. B. S. 144).

Der Mensch hat das Streben, sich seiner inneren Natur gemäß zu entwickeln, sich ihr entsprechend auszuleben und dementsprechend auch auf die Außenwelt einzuwirken; die Außenwelt soll diese Entwicklung nicht stören, vielmehr zu ihr harmonisch und fördernd sich verhalten. Genau weiß freilich niemand, wohin diese Entwicklung strebt; aber jeder macht sich ein mehr oder minder klares — man kann auch sagen mehr oder minder verschwommenes — Bild, in der Jugend ein umfassenderes, im Alter ein verengtes Bild, und zwar selbstverständlich in verschiedener Weise. Auf alle diese Bilder, man könnte sie Lebensideale<sup>57)</sup> der Individuen nennen, paßt das Gesagte; es paßt auf die altruistisch gestimmten, wie auf die sog. Herrennaturen, auf die quietistischen, wie auf die mehr aktiven Charaktere, auf diejenigen, der im Genusse, wie auf diejenigen, der in fortwährender Arbeit, in fortwährendem nutzbringendem Streben seine Befriedigung findet; ja es paßt auf diejenigen, welche völlig resigniert sich dem Geschick unterwerfen: man kann das Lebensideal auch in tatenloser Beschaulichkeit erblicken, darin, daß man gleichsam einen seelischen Regenmantel sich ausbildet und erhält, von welchem die Regen- und Hagelschauer der Außenwelt abprallen. Die Außenwelt erscheint in diesen letzteren Fällen allerdings gleichgültig; der Mensch betrachtet sich als ihrer Einwirkung entrückt; sein Lebensideal verwirklicht sich anscheinend lediglich in seinem Inneren. Dennoch kann auch hier die Gestaltung der Außenwelt nicht ganz außer

57) Insofern traf *Plato* mit seiner Theorie der „Ideen“ das Richtige.

Acht bleiben; sie kann in solcher Weise an den Resignierenden herantreten, daß auch die Untätigkeit (Unterlassung) als eine schwerwiegende Tätigkeit erscheint.

§ 160. Aus diesem Streben, das übrigens im Laufe des Lebens noch ganz andere, mehr oder minder größere Veränderungen als Erweiterung<sup>58)</sup> oder Verengung aufweist, merklige und weniger merklige, entwickeln sich aber bestimmte Zielpunkte, Zwecke, welche nun den einzelnen Handlungen Richtung und Gestalt geben, und zwar in unendlicher Reihe.<sup>59)</sup> Sie alle verheißen dem Individuum Befriedigung, weil sie eben dem Selbst des Individuums entsprechen: die moderne Psychologie spricht hier von Lustgefühlen. Der Zweck soll einem ersehnten Lustgefühl oder, was auf dasselbe hinauskommt, der Befreiung von einem Unlustgefühl entsprechen, die Handlung aus Lust- und Unlustgefühlen entspringen. Unter Lust kann nun die Befriedigung des inneren Selbst verstanden werden; aber einerseits kann die Befriedigung auch in dem Ausstehen eines Schmerzes gesucht werden, ein Fall, auf welchen das Erstreben eines Lustgefühls kaum in der eigentlichen Bedeutung des Wortes passen würde, und andererseits wird dabei jedenfalls nicht genügend hervorgehoben, daß die Bedeutung von Lust- und Unlustgefühlen für das wirkliche Verhalten des Menschen je nach der allgemeinen Tendenz desselben (nach dem Charakter) eine recht verschiedene ist. Darauf wird noch später zurückzukommen sein. Dieses immer, so lange das Leben dauert, existierende, wenn auch oft kaum bemerkbare<sup>59)</sup> Streben — es kann auch auf Fortdauer des gegenwärtigen Zustandes gerichtet sein — ist der Wille, der sich langsam aus dem unbewußten zu klarem Bewußtsein entwickelt. Man darf auch sagen: Wille ist der einzelne Mensch selbst, insofern man ihn als strebende Kraft betrachtet.<sup>60)</sup>

Die einzelnen Akte, die aus dem Gesamtstreben hervorgehen (die einzelnen Willensakte), werden veranlaßt durch

<sup>58)</sup> „Es wächst der Mensch mit seinen Zwecken.“

<sup>59)</sup> Nur durch die Erwägung, daß der einzelne Willensakt ein Produkt auch des allgemeinen Strebens des Individuums oder des letzteren selbst sei, kann es gerechtfertigt werden, den Menschen für die einzelne Tat büßen zu lassen. Vgl. *A. Horn*, GS. 53 S. 83.

<sup>59)</sup> Man wird sagen dürfen: „Es strebt der Mensch, so lang' er lebt.“

<sup>60)</sup> Hier berührt sich die hier vertretene Auffassung mit derjenigen *Schopenhauers*.



bestimmte Vorstellungen, welche als dem gesamten, mehr oder weniger unbewußten Inhalte der Tendenz (des Charakters) des Individuums entsprechend erscheinen, Vorstellungen, die entweder unmittelbar durch äußere Anlässe gegeben werden — z. B. jemand sieht plötzlich einen Gegenstand, dessen Genuß ihm ein höchst erwünschtes Gefühl bereiten würde — oder die aus der Erinnerung in freier Weise vom Individuum selbst geschaffen werden oder ihm sich aufdrängen; z. B. jemand denkt an eine ihm zugefügte Kränkung; es entsteht in ihm die Vorstellung, zur Vergeltung den Urheber der Kränkung zu mißhandeln.

Aber wie bemerkt, das Streben kann zunächst auch auf die innere Entwicklung gerichtet sein;<sup>61)</sup> z. B. „ich will nachdenken“ oder umgekehrt „ich will einen Gedanken fallen lassen“, „ich will innerlich verzeihen“ usw.; das Streben kann auf ferner und näher liegende Zwecke gerichtet sein. Auf fernere ist es gerichtet, wenn zwischenliegende Verbindungsglieder als selbstverständlich oder als unbedingt im Machtbereich des Denkenden angesehen werden. Z. B. „ich will morgen nach X reisen“; hier wird es als selbstverständlich angesehen, daß ich mich zum Bahnhofe begeben und mir ein Billet kaufen werde usw. Kommt es zur Ausführung des entfernteren Zweckes, so treten die Einzelheiten hervor: ich will das Billet kaufen; ich will mein Gepäck expedieren lassen; ich will in diesen Wagen einsteigen usw. Die Beschränkung auf unmittelbare Körperbewegung ist, wie psychologisch, so auch nach dem Sprachgebrauche unrichtig. Das Primäre, durch welches die entsprechende Körperbewegung als Sekundäres erst hervorgerufen wird, ist das Streben nach einem inneren — psychischen — oder äußeren Erfolge. Richtig ist nur, daß häufig das Streben,<sup>58b)</sup> sofern es einem bestimmten Ziele (oder Zwecke) gilt, nicht ausgeführt wird, und daß das Recht aus diesem Grunde und aus anderen guten Gründen

<sup>61)</sup> Ob damit stets irgend eine Nervenaffektion, eine Körperbewegung verbunden ist, kann dahingestellt bleiben; rechtlich interessiert das nicht.

<sup>58b)</sup> *Huther*, GS. 54 S. 87 ff. (vgl. auch 58, S. 271), geht ebenfalls von der Ansicht aus, daß Wille zunächst eine Tendenz des Individuums bezeichnet, beachtet aber nicht, daß, um rechtlich in Betracht zu kommen, diese Tendenz einen Schritt des Individuums in die Außenwelt herbeigeführt haben muß. Es finden dabei auch manche Selbsttäuschungen statt: die Tendenz besteht, aber nur so, daß für ihre Überführung in die Wirklichkeit Voraussetzungen gemacht werden, die sich nie realisieren lassen.

ein Streben regelmäßig unbeachtet läßt, das nicht auch in einer Körperbewegung unverkennbar hervortritt und mit einem von der Rechtsordnung gemißbilligten Zwecke in einer bestimmten näheren Verbindung steht. Die Ausnahme bildet das Unterlassungsdelikt, jedenfalls das uneigentliche.<sup>62)</sup>

Die Festigkeit des Strebens ist von dem Vorhandensein desselben zu unterscheiden, obschon es sehr möglich ist, daß über die Existenz des Strebens eine Selbsttäuschung stattfindet, ja daß Wollen und Wünschen verwechselt werden, und dies ebenfalls ist ein Grund, weshalb für den rechtlich in Betracht kommenden Willen die erwähnte Beschränkung gilt.

§ 161. Da der Wille nun auf ein zu verwirklichendes Etwas gerichtet ist, schließt er auch die Vorstellung der Kausalität des Wollenden in sich. Nur das will man, dessen Eintreten in der Wirklichkeit man sich als kausal vorstellt. Hierin unterscheidet sich Wünschen vom Wollen. Wünschen kann man auch das, zu dessen Verwirklichung man nichts beitragen kann oder will, und weil Unmögliches nicht verwirklicht werden kann, ist Unmögliches zu wollen unmöglich, während man Unmögliches auch wünschen kann.

Nichts aber hindert, nach dem nur Möglichen, selbst nach dem Unwahrscheinlichen zu streben. Ja genau genommen ist als Zukünftiges betrachtet jedes wirkliche Ereignis nur möglich, und das Streben nach dem Unwahrscheinlichen kann sogar ein besonders großartiges sein, das, wenn das Unwahrscheinliche eintritt, Bewunderung hervorruft.<sup>63)</sup> Gerade die Unwahrscheinlichkeit, das Ziel zu erreichen, kann auf die besondere Intensität des Strebens deuten. Daher kann für die Frage, ob ein Streben nach einem bestimmten Ziele stattfindet, die Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit nicht in Betracht kommen — auch der nur als möglich vorgestellte Erfolg ist, wenn erstrebt (gewollt) und eintretend, als dolos bewirkt, zuzurechnen. Sie kann nur als Beweismoment dafür gelten, daß ein wirkliches Streben stattgefunden hat; denn es liegt in der Sache begründet, daß ein vernünftiger Mensch in der Regel

<sup>62)</sup> Bei dem eigentlichen Unterlassungsdelikte wird regelmäßig die Fahrlässigkeit dem Dolus gleichstehen.

<sup>63)</sup> Als *Cavour* den festen Plan faßte, die Einigkeit Italiens herbeizuführen, konnte man die Erreichung dieses Zieles als höchst unwahrscheinlich bezeichnen.

nicht für völlig unwahrscheinliche Erfolge seine Kräfte einsetzt, da das Unwahrscheinliche wahrscheinlich nicht eintritt, also Befriedigung nur selten in Aussicht steht. Das Unwahrscheinliche darf freilich, wenn es erstrebt werden soll, nicht so unwahrscheinlich sein, daß dabei die Vorstellung der Kausalität verschwindet (vgl. oben). (Wer, hoffend, daß ein Eisenbahnunglück eintreten werde, seinen Feind veranlaßt, eine Reise zu unternehmen, hat nicht das wirkliche Streben, den Tod seines Feindes herbeizuführen: er spielt nur mit einem Gedanken, mit einer Hoffnung.)

Da Unmögliches (genauer etwas, das als unmöglich vorgestellt wird) nicht gewollt werden kann, so ist auch das, was als mit einem bestimmten Erfolge notwendig verbunden vorgestellt wird, sei es als begleitender, sei es als nachfolgender fernerer Erfolg, mitgewollt,<sup>64)</sup> die Trennung der Erfolge zu wollen, ist hier unmöglich. Auch ist der notwendig begleitende oder notwendig nachfolgende Erfolg nur die andere Seite desjenigen Erfolges, welcher erstrebt wurde, in welchem der Handelnde seine Befriedigung suchte. Wenn ich nach X reisen will, bin ich notwendigerweise zu dem betreffenden Zeitpunkte nicht zu Hause, und wenn jemand die A heiraten will, so tritt er notwendigerweise mit den Geschwistern und Eltern der Braut in Schwägerschaftsverhältnis; er mag das gern oder ungern sehen.<sup>65)</sup>

<sup>64)</sup> Darüber herrscht Einverständnis.

<sup>65)</sup> Darüber ist man ziemlich allgemein einverstanden, vgl. schon *Klein*, Arch. d. Cr. 2 S. 109, 110: Das „ungern“ schließe den Begriff des Dolus nicht aus. Nur *Huther*, GS. 54 S. 296, ist der Meinung, es seien die unausbleiblichen Folgen einer Handlung nicht gewollt, vielmehr nur willkommen oder gleichgültig. Wer aus geschäftlichem Interesse längere Zeit Aufenthalt in einem Kurorte nehmen will, werde die damit verbundene Stärkung seiner Gesundheit nicht auch zu wollen nötig haben, und wenn Arbeiter einen Weg von Schnee freischaufeln mit dem Bewußtsein, der weggeschaufelte Schnee werde den Berg hinabrutschen — was ihnen und anderen Menschen vollkommen gleichgültig sei — so werde man nicht sagen die Arbeiter wollen, daß der Schnee den Berg hinabrutsche. Dieser Einwand ist unzutreffend. Nebensächliche Folgen werden oft nicht beachtet; daher bezieht man im gewöhnlichen Leben auch oft das Wollen nicht darauf. Entdeckt man hinterher, daß doch die Folge von Bedeutung war — und auf letztere kommt es im Strafrecht an — so redet man sogleich anders, z. B. wenn die Arbeiter ein ihnen unbekanntes Polizeiverbot verletzten, als sie den Schnee den Berg hinabrutschen ließen. Auch *Huthers* Geschäftsmann würde vielleicht sofort sagen, er habe nebenbei auch für seine Gesundheit sorgen wollen, wenn ihm nachträglich angesonnen würde, die Geschäftsverhandlungen an einem anderen Orte vorzunehmen, der gesundheitlich weniger empfehlenswert wäre.

Zweifelhaft aber könnte erscheinen, ob nicht der Fall, wo ein schädlicher Erfolg von dem Handelnden nicht geradezu erstrebt, vielmehr nur als unvermeidliches Beiwerk sozusagen mit in den Kauf genommen wurde, milder zu beurteilen sei als der Fall, wo der Handelnde in jenem Erfolge geradezu seine Befriedigung suchte. Aber fast nie wird der Verbrecher das Verbrechen um des Verbrechens selbst willen begehen.<sup>65a)</sup> Der Raubmörder mordet, um Geld zu erhalten; könnte er es ohne den Mord erhalten, so würde er den Mord unterlassen, und selbst da, wo das Verbrechen dem Täter unmittelbar einen sinnlichen Genuß gewährt, wird gesagt werden können, daß, wäre dieser Genuß zu dem betreffenden Zeitpunkte ohne Verbrechen zu haben gewesen, das Verbrechen nicht begangen sein würde. Die erstrebte Befriedigung liegt neben dem Verbrechen: das Verbrechen ist nur die *Conditio sine qua non*. Aus diesem Grunde ist die Theorie *Mirückas* (bes. S. 109), welcher in dem beabsichtigten Verbrechen im Gegensatze zu dem einfach vorsätzlichen eine höhere Schuldstufe erblickt, irrig.<sup>66)</sup>

§ 162. Ganz ausnahmsweise kann freilich der Gesetzgeber eine Absicht in dem Sinne als Tatbestandsmoment eines Deliktes aufstellen, daß ein bestimmter Erfolg, um seiner selbst willen gewollt sein, daß die Erreichung gerade des vom Gesetze gemißbilligten Erfolges Triebfeder — Motiv — gewesen<sup>67)</sup> sein müsse; dies kann dann richtig sein, wenn der fragliche Erfolg sich tatsächlich leicht und oft mit Handlungen verbindet, die im gewöhnlichen Leben unvermeidlich sind, und wenn daher das Bewußtsein mit der Handlung, die zunächst einem anderen Zwecke dient, zugleich einen Deliktstatbestand zu verwirklichen, in solchen Fällen oft nicht klar vorhanden ist. So hat das

<sup>65a)</sup> *Grotius, De jure belli ac pacis* II, 20 § 29 n. 1: „*Vix quisquam gratis malus est, aut si quem malitia propter se ipsam delectat, is ultra modum humanum processit.*“ *Feuerbach, Revision d. Grundbegr.* 2 S. 303. „Ein Mensch, der das Böse um des Bösen willen, die Rechtsverletzung um der Rechtsverletzung willen vornimmt . . ., ist ein Teufel im eigentlichen Sinne. Der Mensch kann nur insofern Gesetze übertreten, als er diese Gesetze den Bestimmungsgründen der Natur unterordnet.“

<sup>66)</sup> Da aber somit das Bewußtsein, mit einer erlaubten Handlung zugleich eine unerlaubte zu begehen, genügt, so entsteht freilich der Anschein, als ob das Bewußtsein, oder was dasselbe ist, die Vorstellung des Erfolges für den Dolus genüge, und dies ist m. E. einer der Gründe, weshalb manchem die Vorstellungstheorie unabweislich erscheint.

<sup>67)</sup> IV. I./II. 84 E. 11 Nr. 110 bes. S. 381.

RG. angenommen, daß, wenn ein Wehrpflichtiger, um einer anderweit gegen ihn erkannten Strafe zu entgehen, ohne Erlaubnis das Bundesgebiet verläßt, deshalb noch nicht die Absicht zu haben brauche, sich der Erfüllung der Wehrpflicht zu entziehen; ferner, daß beim Betrüge die Bereicherung wenn auch nicht ausschließliches Motiv, so doch auch Motiv sein müsse;<sup>67a)</sup> ferner, daß es nicht genüge, wenn der insolvente Schuldner, um nach Konkursordnung § 241 (211) strafbar zu werden, bei vorzugsweiser Befriedigung eines Gläubigers nur das Bewußtsein gehabt habe, damit die übrigen Gläubiger zu schädigen, daß vielmehr ein besonderer auf letzteres gerichteter Wille erforderlich sei.<sup>68)</sup> Solche Unterscheidung der in der Regel genügenden einer- und der ausnahmsweis erforderlichen Absicht andererseits führt aber sehr leicht auf Abwege,<sup>69)</sup> wie das überhaupt oft der Fall ist bei Versuchen, die entferntere Beweggründe der Handlungen anderer festzustellen. Das Gesetz würde daher besser nicht der „Absicht“ oder dem „Vorsatze“ das eine Mal diese, das andere Mal jene Bedeutung beilegen, vielmehr den äußeren Tatbestand genauer bestimmen; in den vom RG. richtig entschiedenen Fällen ist eigentlich der Sinn des Gesetzes, daß jemand strafbar nur sein soll, wenn er die fragliche Handlung vorzunehmen eine anderweit zu billi-

67a) IV. 28./9. 86 E. 15 Nr. 3 bes. S. 10; III. 13./5. 95 E. 27 Nr. 81 bes. S. 219, 220.

68) I. 13./2. 82 Rs. 4 S. 162; II. 10./10. 86 Rs. 4 S. 737; IV. 19./2. 86 Rs. 8 S. 126. — Vgl. auch die neuere Praxis der Zivilsenate des RG. bei den Anfechtungsklagen wegen Begünstigung einzelner Gläubiger: das bloße Bewußtsein, daß durch die fragliche Handlung andere Gläubiger benachteiligt werden, soll nicht genügen. Zivilsenat II. 1./2. 89, I. 23./5. 94. E. in Zivils. 23 Nr. 3 bes. S. 16ff., 33 Nr. 26 S. 124. — Vgl. Jäger, D. Konkursordnung, zu § 31 Anm. 27.

69) Ein Beispiel bietet das Urteil RG. III. 26./4. E. 6 Nr. 82, S. 231 (wenngleich hier einmal statt des Wortes „Absicht“ das Wort „Vorsatz“ als Beweis dient). Der Angeklagte hatte, um seine ihn auf einem Spaziergang begleitende Tante vor dem möglicherweise eintretenden Vorgange zu schützen, daß etwa zwei im Flusse badende Männer nackt den Fluß verlassen möchten, diesen die am Ufer liegenden Kleidungsstücke fortgenommen, so daß die Badenden nun gezwungen waren, im Flusse zu bleiben. Das Urte. verneint die Existenz einer Nötigung (StGB. § 239) auch aus dem Grunde, daß gerade hierauf der Vorsatz (?) des Angeklagten nicht gerichtet war (worauf denn sonst? da der Angekl. die Badenden ja gerade gegen ihren Willen im Wasser eine Zeitlang festhalten wollte). Die Entscheidungsgründe sind aber auch in anderer Hinsicht interessant, wenngleich nicht gerade überzeugend. Freiheitsberaubung (§ 240) wird verneint, weil die Badenden ja ungehindert sich „im Wasser“ hätten bewegen können und sich ihre Kleider hätten wiederholen können (aus einem mehrere Minuten Gehens entferntem Hause!).

gende Veranlassung nicht hatte, insbesondere soll nach Ansicht des Gesetzgebers nicht strafbar sein der insolvente Schuldner, der von einem Gläubiger bedrängt, diesem einfach zahlt, obwohl er weiß, daß er dadurch die übrigen Gläubiger benachteiligen werde oder benachteiligen könne. Ferner soll ein Wehrdienstpflichtiger nicht immer nach StGB. § 140 strafbar sein, wenn er einen dringenden Grund hatte, das Bundesgebiet zu verlassen und deshalb vielleicht kaum an die Wehrdienstpflicht in dem Augenblicke dachte, in welchem er die Reise unternahm usw., denn allerdings liegt die Unbeachtlichkeit des notwendigen Nebenerfolges schon in dem aufgestellten allgemeinen Prinzip, wenn der Handelnde z. B., der in Aufregung handelte — er befand sich auf der Flucht und dachte deshalb nicht daran, daß er auch noch wehrpflichtig sei —, gar nicht des notwendigen Nebenerfolges sich bewußt war,<sup>70)</sup> ihn also auch nicht sich vorstellte.<sup>71)</sup>

**§ 163.** Notwendigkeit der Verbindung des erstrebten Erfolges mit einem anderen nicht erstrebten darf aber nicht nur in dem beschränkten Sinne absoluter Notwendigkeit verstanden werden, wie solche in dem Falle zutrifft, daß jemand, der in Hannover sein will, notwendigerweise zu dem gleichen Zeitpunkte nicht in Berlin sein kann, oder daß, wer die Tochter der A heiratet, damit zugleich Schwiegersohn der A wird. Es muß hier vielmehr der Begriff der Notwendigkeit im Sinne des praktischen Lebens auf Fälle erstreckt werden, in welchen der Nichteintritt des Nebenerfolges oder des hinterliegenden Erfolges etwas so völlig Außerordentliches oder Ungewöhnliches ist, daß mit solchem Nichteintritt ein irgend vernünftiger Mensch nicht rechnet.<sup>72)</sup>

<sup>70)</sup> Vgl. in dieser Beziehung die richtigen Bemerkungen *Huthers*, GS. 54 S. 296. Gegenüber bewußt als notwendig vorgestellten Folgen oder Begleiterfolgen der Handlung gibt es nur „Mitwollen“. Die Einwendungen, die *Huther* dagegen erhebt, laufen auf die Unterstellung hinaus, daß bei einem bloßen Erduldenwollen die Kausalität des Menschen als wegfallend angenommen wird. Vgl. dagegen treffend *Hippel* S. 90ff.

<sup>71)</sup> Vgl. RG. IV. 1./11. 84 E. 11 Nr. 110 S. 380.

<sup>72)</sup> Man darf allerdings Notwendigkeit im Sinne des praktischen Lebens mit einer nur größeren Wahrscheinlichkeit nicht verwechseln, wie dies *Bürger*, Zeitschr. 6 S. 339, und *Hauser*, GB. 54 S. 24ff., tun. Siehe dagegen insoweit richtig *Hippel*, S. 88, 89. Meine Ausführungen, Zeitschr. 18, S. 538, 548; GS. 56, S. 404, hat v. *Hippel* a. a. O. mißverstanden, oder möchte er in den jetzt im Texte angeführten Beispielen auch annehmen, daß die Geldausgabe, das

Im Sinne des praktischen Lebens<sup>72a)</sup> ist es z. B. notwendig, daß, wenn ich eine Seereise unternehmen will, ich auch das Dampferbillet bezahle, obgleich es vorkommen soll, daß einzelnen Personen von Reedereigesellschaften Billets direkt oder indirekt geschenkt werden, und möglicherweise im Augenblicke der Abreise mir ganz unerwarteterweise ein Gratis-Billet zugestellt werden könnte. Darauf kann aber ein gewöhnlicher Sterblicher ohne irgend welche Konnexionen doch nicht rechnen. Andere Beispiele: ich will 12 Uhr mittags nach A abreisen, in dem Augenblicke aber, in welchem ich mich zum Bahnhofe begeben will, kommt X, der mich für zwei Stunden um eine wichtige geschäftliche Verhandlung ersucht. Gebe ich diesem Ersuchen nach, so muß ich den Zug, der 12 Uhr mittags abgeht, notwendig verpassen, und mit einem späteren Zuge fahrend werde ich bei einer Gesellschaft, zu der ich in A eingeladen bin, zu spät kommen. Habe ich nun nicht, mit dem X zwei Stunden verhandelnd, den Willen, die Abfahrt um 12 Uhr aufzugeben und, wenn ich mit einem späteren Zuge fahre, in A verspätet mich einzufinden? Trotzdem ist es ja möglich, daß der für 12 Uhr anstehende Zug einmal zwei Stunden später abfährt. Könnte ich nun meinem Freunde in A sagen: ich hatte die Absicht, doch zur rechten Zeit zu

---

Zuspätkommen nicht gewollt sei? Soll hier auch noch eine Prüfung „*in concreto*“ nötig sein? —

<sup>72a)</sup> In dem viel besprochenen Falle *Thomas* (eigentlich *Keisth*) hätte dieser Satz zur Anwendung kommen müssen, wenn der Schuldige sich nicht durch Selbstmord sogleich der Untersuchung entzogen hätte und das Unternehmen geglückt, aber doch entdeckt wäre. *Thomas* wollte bekanntlich eine Kiste, in der sich eine bedeutende Menge Dynamit und ein Uhrwerk befand, in Bremerhaven an Bord eines Schiffes bringen lassen. Das Uhrwerk sollte, wenn das Schiff (die „*Mosel*“) in offener See sich befand, die Explosion der Kiste und Zerstümmerung des Schiffes bewirken. Die Absicht ging dahin, die Versicherungssumme für die hoch versicherte Kiste zu erhalten. (Die Kiste explodierte aber am 11. Dez. 1875 schon in Bremerhaven beim Einladen und verursachte entsetzliches Unglück.) Es war freilich nicht absolut notwendig, daß die Explosion, wenn sie so, wie geplant war, erfolgte, Menschenleben kostete; möglich war, daß durch einen ganz besonderen Umstand Bemannung und Passagiere ohne Ausnahme gerettet wurden. Aber solchen Ausnahmefall, man kann fast sagen solches „*Wunder*“, konnte der Schuldige nicht in Berechnung ziehen. Daher hätte ihm auch der Vorsatz zur Last gelegt werden müssen, die an Bord befindlichen Personen zu töten, welche in See infolge der durch das Uhrwerk bewirkten Explosion das Leben verloren. Über die Beurteilung des Falles vgl. auch *Bar* in den „*Grenzboten*“ 1876 I S. 161 ff.; *Binding*, Normen 2 S. 437; *Lucas* S. 82. Über die Tötung anderer Personen, die sich nicht an Bord der „*Mosel*“ einzuschiffen beabsichtigten, vielmehr an Land sich befanden, sind verschiedene Ansichten geäußert worden. Vgl. unten. —

kommen, weil unter 1000 Fällen einmal der Zug sich um volle zwei Stunden verspätet und der solcherweise verspätete Zug doch noch zur Stunde der Gesellschaft in A eintreffen kann. Hatte ich diese Absicht, weil ich an die ganz entfernte Möglichkeit dachte, der Zug könnte einmal zwei Stunden später abfahren? — Ferner: jemand schießt, um seine Treffsicherheit zu zeigen, eine Kugel nach einem in der Ferne laufenden, ihm nicht gehörenden Hunde; kann er sich, wenn er den Hund tötet oder verwundet, gegenüber der Anklage wegen Sachbeschädigung (die ja bei uns nur im Falle des Dolus strafbar ist) damit entschuldigen, er habe gehofft, daß im Falle des Treffens der Hund etwa nur ein Schmerzgefühl haben, und zwar heulen, nicht aber wirklich beschädigt werden würde? *In abstracto* möglich wäre dieser beschränkte Erfolg auch! Wie aber im Sinne des praktischen Lebens es niemanden als verursacht angerechnet werden wird, wenn er jemanden zu einer Eisenbahnfahrt veranlaßt hätte und dieser dem Wunsche des anderen zufolge verunglückte, so kann umgekehrt auch keine Befreiung von den Folgen einer Handlung eintreten, wenn die Hoffnung auf das Ausbleiben dieser Folgen als kindische Torheit anzusehen wäre. Meistens dürfte es auch auf leere Ausreden hinauskommen. Praktisch ist die Differenz gegen *v. Hippels* Ansicht nicht groß; denn als Beweismoment für die Miterstreckung des Willens auf die Folgen erkennt *Hippel* die höchste Wahrscheinlichkeit an.<sup>72b)</sup>

Es kommt aber im übrigen, wie hervorzuheben, nicht darauf an, ob ein Erfolg zu einem anderen wirklich in notwendiger Verbindung steht oder praktisch nach allgemeiner Ansicht stehend gedacht wird, sondern darauf an, ob der Handelnde sich diese Notwendigkeit der Verbindung vorstellt. Nicht der objektive wirkliche Zusammenhang entscheidet hier, wo es sich um das Streben des Subjekts handelt, sondern das sehr oft unrichtige Spiegelbild jenes Zusammenhanges, nach welchem allein das Streben sich richtet. Glaubt

---

<sup>72b)</sup> Wollte man die Notwendigkeit des Eintritts des Erfolges nicht in diesem weiteren Sinne nehmen, so würde der Gebildete, der wohl weiß, wie auch ein anscheinend sicherer Erfolg einmal ausbleiben kann, in solchen Fällen kaum jemals wegen Vorsatz strafbar sein, ein Einwand (vgl. *Frank*, Zeitschr. 10, S. 209), den *Hippel* in seiner Polemik nicht beachtet.



daher der Handelnde wirklich, eine schädliche Folge seines Handelns vermeiden zu können, so hat er diese Folge nicht erstrebt; er handelt nicht dolos, sollte auch — abgesehen von jenen schwerlich bei zurechnungsfähigen Personen vorkommenden, der Unmöglichkeit gleichzustellenden Fällen äußerster Unwahrscheinlichkeit — die Vermeidung des schädlichen Erfolges höchst unwahrscheinlich sein. Wer mittels eines völlig ungenügenden Apparates glaubt fliegen zu können und dann sich den Hals bricht, hat diesen Erfolg doch nicht gewollt, obwohl jeder Kundige dies vorhersagte. Der Ungeübte, der sich erküht, einem anderen die Zigarre vom Munde wegzuschießen, handelt nicht dolos; er bemüht sich ja gerade, um seine Geschicklichkeit zu zeigen, den Erfolg zu vermeiden. Der Beweis des mangelnden Dolus wird insbesondere durch eine Tätigkeit oder durch Maßregeln geführt, welche bestimmt sind, den schädlichen Erfolg zu verhindern, oder durch ein entgegengesetztes Interesse.

§ 164. Da jedes Mittel, einen hinterliegenden Erfolg zu erreichen, nichts ist als ein näherliegender Erfolg, so ist das angewendete und als solches für einen erstrebten Erfolg vorgestellte Mittel gerade in erster Linie erstrebt. Der etwaige hinterliegende gute Zweck entschuldigt das Mittel nicht;<sup>73)</sup> aber der hinterliegende schadende (nach Rechtsvorschrift zu vermeidende) Erfolg belastet, infiziert gewissermaßen das angewandte Mittel; denn er gerade wird erstrebt.

Aber weshalb soll die Rechtsordnung bei der Strafe gerade das „Streben“ als entscheidend betrachten? Warum nicht etwa — wohin ja neuerdings eine Ansicht gerichtet ist — das eine Handlung begleitende Lustgefühl? Darauf ist zu erwidern, daß gerade das Streben den Menschen, den Charakter in einem gegebenen Momente bezeichnet; der Mensch ist im Augenblicke von einer der Rechtsordnung widerstrebenden Gesinnung

73) Dies erleidet eine Ausnahme, wenn das Gesetz ausdrücklich einen zu erreichenden Zweck als Rechtfertigungsgrund für eine der Regel nach verbotene Handlung aufstellt — z. B. den Zweck der Notwehr, die Ausübung eines Rechtes — aber auch dann, wenn das praktische Leben Anwendung des Mittels und Zweck als einheitliche Handlung vernünftigerweise auffaßt; so kommt die zum Zwecke der Heilung ordnungsmäßig vorgenommene Verletzung (z. B. Amputation eines Gliedes) nur als Heilung, nicht als Körperverletzung in Betracht, Vgl. unten. —

beherrscht, wenn er einen der Rechtsordnung widerstrebenden Erfolg erstrebt. Lust und Unlust können den Anlaß geben zu solchem Streben; mit letzterem selbst sind sie nicht zu verwechseln, und erst der Charakter läßt die mit Lust betrachtete Vorstellung so mächtig werden, daß sie die Handlung (man mag sagen die Innervation, obschon der Ausdruck für die reine Unterlassung nicht paßt) hervorruft. Wie gezeigt wurde, wäre es im allgemeinen unzulässig, ungerne ausgeführte, also nicht mit Lustgefühl verbundene Handlungen deshalb milder zu strafen, als solche, die mit Lust ausgeführt wurden. Und Lustgefühle sind keineswegs immer Zeichen eines Charakters, der schließlich die mit dem Lustgefühle verbundene Handlung ausführen würde; es kann auch den Besten augenblicklich das Gefallen, die Freude an einem Ereignisse, das er bei genauerer Erwägung eher hindern als fördern möchte, an einem Verbrechen überkommen, das er verabscheut. Der alte Satz „*Primi motus non sunt in potestate nostra*“ wird stets seine Berechtigung behalten. Wer bedenkt, daß er mit einem weggeworfenen brennenden Streichholze einen Waldbrand verursachen könne, aber nicht das Bestreben hat, diesen Waldbrand herbeizuführen, wird nicht deshalb zum böswilligen Brandstifter oder doch des Versuches der Brandstiftung schuldig, weil ihn im Augenblicke auch der Gedanke durchschießt: „Einen ordentlichen Waldbrand möchte ich doch einmal sehen.“

Und gerade diejenigen Straftheorien, welche mit der Strafe nicht sowohl die Tat als vielmehr unmittelbar den Menschen selbst treffen wollen, dürfen daher konsequent in erster Linie nicht das Lust- oder Unlustgefühl, müssen vielmehr den Charakter, also das Streben berücksichtigen. Auch die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit des Erfolges kann hier nicht entscheiden; denn ob jemand auf größere oder geringere Wahrscheinlichkeit des Erfolges hin handelt, ist nicht ein Zeichen eines mehr oder minder verdorbenen, sondern eines mehr oder minder sanguinischen Charakters. Man handelt nicht weniger schlecht, wenn man auf eine weite Entfernung hin, wo Treffen und Töten nicht gerade wahrscheinlich ist, einen Schuß auf einen Menschen abfeuert, als wenn man dies auf eine nahe Entfernung tut, wenn nur feststeht, daß Treffen und Töten erstrebt wurde. Daher ist die eigentliche Vor-

stellungstheorie prinzipiell zu verwerfen, und zwar, wie kaum gesagt zu werden braucht, sowohl vom Standpunkte des Determinismus, wie vom Standpunkte des relativen Indeterminismus.

§ 165. Gleichgültigkeit aber ist nicht Streben. Ist es jemanden gleichgültig,<sup>73a)</sup> ob ein schädlicher Erfolg entsteht, so mag ihm zwar auch vorgeworfen werden, daß sein moralischer Sinn auf einer niederen Stufe stehe, ja unter Umständen, daß er die Rechtsordnung verachte. Aggressiv aber ist seine Tendenz nicht. Bildeten in der Welt die schlimmste Gefahr der Rechtsordnung nur gegen schädliche Erfolge gleichgültig sich verhaltende Personen, so würden wir in der allgemeinen Rechtssicherheit schon recht weit gekommen sein; es würde dann keine Diebe, Einbrecher, Räuber, Mörder usw. geben, und das Problem des Strafvollzugs wäre praktisch auf ein Minimum reduziert. Dies die praktische Widerlegung der Ansicht, welche behauptet, Gleichgültigkeit sei strafrechtlich nicht wesentlich von Vorsatz oder Absicht verschieden.

§ 166. Wille ist der Zustand eines Menschen, insofern er irgend etwas, mit der Vorstellung dafür kausal zu werden oder zu sein, tätig erstrebt. Etwas wollen heißt also etwas in dieser Weise erstreben. Der in solcher Weise verursachte Erfolg ist vorsätzlich verursacht. Da, wo das Erstreben fehlt, gibt es andererseits kein Wollen.<sup>74)</sup> Wollen kann man aber nur das als möglich Vorgestellte, nicht das unmöglich Erscheinende (wobei Unmöglichkeit im Sinne des praktischen Lebens, nicht nur im strengsten Sinne der Naturgesetze oder der Logik

---

<sup>73a)</sup> Vielleicht gibt es einen Zustand wirklicher absoluter Gleichgültigkeit gegenüber einem mit genügender Bestimmtheit vorgestellten Erfolge nicht. Aber darauf kommt es nicht an. Die Gegensätze des Erstrebens und des Nichterstrebens sind erschöpfend, und wo das erstere nicht erwiesen oder nicht klar ist, muß, sofern es sich um strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen eines zu meidenden Erfolges handelt, nach der Regel „*In dubio benignius*“ das letztere angenommen werden.

<sup>74)</sup> Ist das ein nebelhafter Begriff? Oder kann man gegen eine darauf gerichtete Theorie den Vorwurf erheben, sie sei doch gezwungen, eine Anleihe bei der sog. Vorstellungstheorie zu machen? Der letztere Vorwurf ist genau ebensowenig zutreffend, wie wenn man gegen die Zulässigkeit einer Theorie der Architektur den Vorwurf erheben wollte, es gebe nur eine Theorie des Raumes, weil jedes Gebäude auch Räume enthält oder einen Raum ausfüllt. Was aber den ersteren Vorwurf anbetrifft, so ist er nur dann zutreffend, wenn man es unterläßt, den Begriff des Willens und die Gründe festzustellen, welche das Strafrecht veranlassen, sich gerade an den so festgestellten Begriff zu halten.

zu verstehen ist). Daher kann man auch dasjenige, was zu trennen unmöglich erscheint, nicht trennen wollen; mit einem Erfolge, den man erstrebt, will man daher auch alle damit als notwendig verbunden erkannten Nebenerfolge oder nachfolgenden Erfolge. Man kann und wird also oft an sich unerwünschte Erfolge wollen, die man als notwendig verbunden mit erwünschten Erfolgen oder als Mittel für solche betrachtet.

Es ist (sofern das Gesetz nicht anders lautet) gleich, ob ein Erfolg als Neben- oder als Haupterfolg erstrebt wird, also gleich, ob ein Erfolg Haupt- oder Nebenmotiv der Handlung war.

Die Herbeiführung eines Erfolges setzt, genau betrachtet, immer eine unbestimmt große Kette von Zwischenerfolgen voraus; es ist daher für die Existenz des Willens gleich, ob ein Erfolg scheinbar direkt oder indirekt dadurch erstrebt wird,<sup>75)</sup> daß zunächst nur ein Zwischenerfolg gewollt wird. (Das Recht kann allerdings Gründe haben, einen Willen, der auf einen allzu entfernt liegenden Erfolg gerichtet ist, nicht zu beachten und umgekehrt das Erstreben eines entfernteren Erfolges als Absicht in den Tatbestand eines Delikts aufzunehmen.) Daher ist die Unterscheidung von Vorsatz und Absicht im allgemeinen irreführend.

Auf größere oder geringere Wahrscheinlichkeit das Erstrebte herbeizuführen, kommt es nicht an (sofern die Unwahrscheinlichkeit nicht außerhalb der Grenze der zu beachtenden Kausalität liegt), daher auch nicht darauf, ob es unwahrscheinlich ist, daß der Handelnde, der einen an sich strafrechtlich nicht interessierenden Erfolg erstrebt, einen schädlichen Erfolg herbeiführt, dessen Eintritt in höherem Grade wahrscheinlich war. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob eine Handlung von dem Gefühle der Lust oder Unlust begleitet ist.<sup>76)</sup>

Gleichgültigkeit gegen einen Erfolg ist nie Erstreben desselben; aber selbstverständlich ist auch der als gleich-

<sup>75)</sup> Z. B. jemand will einen anderen erschießen, er muß z. B. erst anlegen, zielen, abdrücken; das Pulver muß sich entzünden, das Geschöß fortreiben usw.

<sup>76)</sup> Das begleitende (anderweit festgestellte) Gefühl der Lust oder Unlust kann aber ein Beweismoment für Existenz oder Nichtexistenz des Strebens bilden.

gültig betrachtete Erfolg mitgewollt, wenn er dem Handelnden mit einem erstrebten Erfolge notwendig verbunden scheint.

**§ 167.** In dieser Untersuchung<sup>77)</sup> ist fortwährend von dem Erstreben eines Erfolges die Rede gewesen. Erschöpft dies den Gegenstand völlig? Gibt es nicht auch einen besonderen Dolus in Ansehung der Voraussetzungen des Handelns, der Tatumstände, einen Dolus, bei welchem nicht von der Verwirklichung, Erreichung eines Erfolges gesprochen werden kann, vielmehr nur von einem Handeln desjenigen, der weiß, daß bestimmte Tatumstände vorliegen? Z. B. jemand schließt eine zweite Ehe, wissend, daß eine vorher von ihm eingegangene Ehe noch nicht gelöst oder für nichtig erklärt ist. Jemand erhebt Gebühren, wissend, daß sie ihm nicht geschuldet werden. Genauere Betrachtung zeigt aber, daß es sich nur um eine andere Ausdrucksweise handelt. (Um sich dies deutlich zu machen, darf man sich nur vergegenwärtigen, daß Erfolg auch eine schnell vorübergehende Erscheinung sein kann, nicht ein bleibendes körperliches Ding zu sein braucht.) Im ersten Falle besteht der Erfolg in dem Abschließen einer zweiten Ehe, die mit der ersten eine Doppelhehe darstellt, im zweiten Falle in der Erlangung nicht geschuldeter Gebühren.<sup>77a)</sup> Das Gesetz drückt sich nur deshalb anders aus, weil die Ausdrucksweise: wer vorsätzlich eine zweite Ehe eingeht, während eine früher von ihm eingegangene Ehe noch nicht gelöst ist usw.; wer vorsätzlich nicht geschuldete Gebühren erhebt, den Sinn nahelegen könnte, als müsse jemand, um nach diesen Bestimmungen strafbar zu sein, gerade seine Befriedigung darin suchen, in Doppelhehe zu leben oder bzw. gerade rechtswidrige Gebühren zu erheben, während in den meisten Fällen diese Umstände (daß schon eine Ehe ihn bindet, daß die Gebühren nicht gestattet sind) dem Handelnden unan-

77) Nach positivem Rechte kann aber allerdings zuweilen ein solcher Unterschied in der Art gemacht sein, daß eine Handlung nur dann als strafbar betrachtet wird, wenn das wesentliche Motiv die Erreichung eines von mehreren Zwecken war (vgl. oben).

77a) In dem Falle des StGB. 176, 3 ist der Erfolg die sittliche und oft auch körperliche Schädigung der jugendlichen Person, welche der Schuldige durch Befriedigung seiner sinnlichen Gelüste herbeiführt. Man könnte die Bestimmung des § 176, 3 auch so fassen: wer die sittliche oder körperliche Schädigung einer Person unter 14 Jahren oder die Gefahr einer solchen Schädigung dadurch herbeiführt, daß er usw. Diese Fassung würde nur umständlicher sein.

genehm sind und von ihm nur als ein zu überspringendes Hindernis der Befriedigung seines Wunsches, seines Strebens, sich z. B. mit der A zu verbinden, mehr Geld einzunehmen, angesehen werden. Der Gesetzgeber hält sich daher an das Wissen um dieses Hindernis, woraus sich mit Notwendigkeit ergibt, daß der Handelnde den vom Gesetze gemißbilligten Erfolg erstrebte, wenn auch die juristische Seite dieses Erfolges ihm durchaus unangenehm war. Die herrschende Ansicht behandelt denn auch beide Fälle, Dolus in bezug auf Erfolg und Dolus in bezug auf Voraussetzungen des Deliktsbegriffes, gleich, freilich ohne sich darüber genauere Rechenschaft zu geben, wie dies auch für die Ansicht derjenigen gilt, die für den Dolus einen „Willen“ fordern und nicht sich mit der „Vorstellung“ begnügen, und das bloße „Wissen“ um Voraussetzungen oder Tatbestandsmomente nicht für ausreichend erklären.<sup>78)</sup> Indes das wirkliche Wissen um die Tatumstände, welche der Handlung den Deliktscharakter geben, genügt; ein besonderer Wille, nun gerade den Deliktstatbestand zu verwirklichen, ist eben der Notwendigkeit der Verbindung des erstrebten Zieles mit dem aus den Umständen sich ergebenden Deliktstatbestande nicht erforderlich. So erklärt sich auch, daß da, wo das Zivilrecht eine Haftung, Verantwortlichkeit von der Existenz eines Dolus abhängig macht, in der Regel das Wissen, das Kennen gewisser Tatsachen ausreichend erscheint. In der Regel wird, wer einen anderen zivilrechtlich durch einen Dolus schädigt, nicht in dieser Schädigung, vielmehr in dem zu erlangenden eigenen Vorteil seine Befriedigung suchen; die Schädigung des anderen nimmt er nur als notwendig mit diesem Vorteil verbunden mit in den Kauf. Es würde daher Anlaß zu verkehrten Entscheidungen gegeben werden, wenn hier der Wille besonders als erforderlich bezeichnet würde, und es ist ein erheblicher Irrtum, wenn *Liszt* (Die Deliktsobligationen im BGB. S. 55) hieraus die Annahme der Vorstellungstheorie im BGB. und weiter auch die Anerkennung des *Dolus eventualis* durch das BGB. ableitet. Da, wo eine wirkliche Deliktsobligation vorliegt, bedient sich das BGB. des Ausdruckes

<sup>78)</sup> Vgl. *Hippel* S. 143, 144 und S. 2 Anm. 1. — Anders freilich *Weinrich*, *Zeitschr.* 17 S. 832, der bezüglich des Erfolges den *Dolus eventualis* bekämpft, ihn aber bezüglich der Voraussetzungen des Delikts als möglich betrachtet.

vorsätzlich (vgl. §§ 823, 826). Ebenso irrtümlich ist es, wenn *Endemann*, Einführung in das Studium des BGB. 1 § 112, einen Unterschied zwischen Vorsatz und Dolus annimmt, und die Existenz eines Dolus verneint in dem Falle, daß jemand das dem B verkaufte Pferd aus Mitleid dem flüchtenden C schenkt. Aus der Erfassung des Umstandes, daß es sich hier um einen notwendigen Zusammenhang handelt, folgt zugleich die prinzipielle Widerlegung einer allerdings in der Literatur nur vereinzelt vertretenen Ansicht, welche überall, wo das Gesetz das Wissen um ein Tatbestandsmoment als Dolus bezeichnet, das „bloße Fürmöglichhalten“ für genügend erklärt.<sup>78a)</sup> Wer indes den *Dolus eventualis* auf solche Fälle erstreckt,<sup>78b)</sup> wird von selbst dahin gedrängt, das „bloße Fürmöglichhalten“ von Tatumständen dem Wissen gleichzustellen, und in der Praxis des RG. (vgl. unten) tritt das sehr deutlich hervor.

§ 168. Sind die vorstehenden Ausführungen richtig, so ist über den *Dolus eventualis* der herrschenden Lehre der Stab bereits gebrochen. Wird etwas wirklich gewollt (erstrebt), so ist es gleich, ob es als Folge eines anderen Erfolges und ob es als notwendige wahrscheinliche oder unwahrscheinliche Folge eines anderen Erfolges erstrebt, gewollt wird. Der Dolus ist entweder immer ein direkter, wenn man die unendliche und unbestimmte Kette von Mittelgliedern einer Handlung nicht beachtet, oder er ist ein indirekter, wenn man von der

<sup>78a)</sup> *Huther*, GS. 56 S. 251 ff. *Huther* folgert dies *a contrario*, soweit es das StGB. betrifft, aus § 59, welcher besagt, daß Tatumstände, welche der Täter bei Begehung vorsätzlicher Delikte „nicht kannte“, ihm nicht zuzurechnen sind. Unter dem „Nichterkennen“ sei ein „Fürmöglichhalten“ nicht begriffen; hier gelte das Gegenteil. Man hat aber, wie *v. Hippel* S. 147 ff. treffend gegen *Huther* ausführt, bei Abfassung des Gesetzes daran gar nicht gedacht, vielmehr, wie die Motive ergeben, nur sagen wollen, daß die Tat nur soweit zum Vorsatze anzurechnen sei, als Wille und Handlung einander entsprechen.

<sup>78b)</sup> *Olshausen* zu § 59, 6 führt aus, der *Dolus event.* müsse auch deshalb hier genügen, weil ein absolutes (d. h. absolut sicheres) Wissen um die erforderlichen Tatumstände kaum jemals vorhanden sei. Aber solche Gewißheit braucht auch nicht verlangt zu werden, wenn die Möglichkeit des *D. event.* abgelehnt wird; es genügt und ist andererseits erforderlich die Gewißheit, auf welche hin im Leben Entschlüsse gefaßt werden. Dagegen führt der *Dolus event.* — zugleich ein trauriger Notbehelf für den Richter, der damit der Verpflichtung enthoben wird, sich eine bestimmte Überzeugung über den Dolus zu bilden — auf eine schiefe Ebene, auf welcher schließlich entfernte Möglichkeiten der Wirklichkeit gleich erscheinen, und willkürliche Annahmen „über innere Ablehnung“ (was soll das heißen?) oder über das Gegenteil die Entscheidung geben sollen, in Wahrheit aber die Entscheidung gefällt wird, je nachdem der Angeklagte (nach Ansicht des Richters) ein guter oder ein böser Mensch ist.

entgegengesetzten Anschauung ausgeht: die Unterscheidung hat also keinen Sinn.

Was man aber unter *Dolus eventualis* versteht, ist folgendes. Jemand erstrebt einen bestimmten Erfolg; er stellt sich vor (sieht vorher), daß damit noch ein anderer Erfolg verbunden sein könne (nicht aber notwendig damit verbunden sein werde); er unterläßt das Streben nach dem ersten Erfolge nicht wegen des zweiten nicht erstrebten Erfolges. Unzulässig, aber häufig ist die Verwechslung dieses Falles mit dem Falle, daß jemand eine Tätigkeit vornimmt mit dem Streben, entweder den Erfolg A oder den Erfolg B herbeizuführen, von welchen Erfolgen der eine den anderen ausschließt, nicht wie in unserem Falle der eine Erfolg eine Begleiterscheinung oder weitere Folge des anderen ist, und so kann auch eine größere Anzahl von Erfolgen als einander ausschließende gedacht werden. Ein Dolus der letzteren Art ist eine sehr mögliche Realität. X schießt, er will entweder den A oder den B treffen, oder jemand schießt in eine Menschenmenge, in eine anrückende Schwadron von Reitern; es ist ihm gleich, welchen einzelnen der Reiter er treffen werde.<sup>78c)</sup> Dieser *Dolus alternativus* wird oft mit großer Zuversicht dafür angeführt, daß es einen *Dolus eventualis* in dem hier fraglichen Sinne gebe.<sup>79)</sup> Der Anlaß der Verwechslung ist, daß sprachlich der hinterliegende Erfolg (z. B. der Tod des Getroffenen) den vorliegenden real auszuschließen scheint, während er den vorliegenden (Verwundung) in sich schließt oder zur Voraussetzung hat.

Der Schluß, den *Abmendingen* seinerzeit zog, ist nun: da der Handelnde den ersten Erfolg gewollt hat, so hat er auch den zweiten Erfolg gewollt, da er diesen als möglich vorher sah; denn mehr als möglich braucht ein Erfolg nicht zu sein, um gewollt werden zu können.

<sup>78c)</sup> Dagegen wäre es *Dolus eventualis*, wenn jemand den A treffen will, und dabei sich vorstellt, daß die den A durchbohrende Kugel auch noch den B treffen könne.

<sup>79)</sup> So in der Rede des Rechtsanwalts *Werner*, Verhandl. d. 24. d. Juristentages Bd. 4 S. 281. „Wir wollen irgendwo hingehen. Der Weg an einem Kreuzungspunkte führt entweder nach dem Dom oder nach dem Marktplatz; das ist uns aber gleich. Schlagen wir nun den einen Weg ein und kommen nach dem Dom; so sind wir mit *Dolus eventualis* hingegangen. Wir können nicht sagen, wir seien ohne unseren Willen hingegangen.“



Mit diesem Schlusse geht man aber entschieden zu weit; es bleibt dann für die bewußte Fahrlässigkeit nichts übrig, und jeder, der, etwaige mögliche schädliche Folgen seiner Tätigkeit bedenkend, diese Tätigkeit gleichwohl vornimmt, würde eintretendenfalls als doloser Urheber dieser schädlichen Folgen zu betrachten sein. Daher sagt die herrschende Meinung, die den *Dolus eventualis* anerkennt: es ist nicht in jedem Falle notwendig, die schädlichen Folgen (den weiteren Erfolg) dem Handelnden zum Vorsatze zuzurechnen;<sup>80)</sup> wohl aber unter gewissen Voraussetzungen. Welches sind diese Voraussetzungen, unter denen nicht erstrebte Folgen und nicht miterstrebte Folgen als notwendig verbunden vorgestellte Folgen dem Täter zum Dolus (Vorsatz) angerechnet werden müssen?

Die seit *Wächter* gewöhnliche Antwort geht dahin: es sind jene Folgen zum Vorsatz zuzurechnen, wenn der Handelnde sie im voraus gebilligt hat;<sup>81)</sup> weniger gängig sind andere, insbesondere in Entscheidungen des RG. vorkommende Wendungen: der Angeklagte müsse mit den Folgen einverstanden gewesen sein, sie im voraus genehmigt, in sie eingewilligt, sie in seinen Willen aufgenommen haben. Zuweilen ist aber auch die Existenz eines Zweifels und bzw. „des Handelns auf die Gefahr hin“, daß ein Tatbestandsmoment vorhanden sei und demnach eine strafbare Handlung begangen werde, für genügend erklärt.<sup>82)</sup>

In der Literatur kommen daneben die Wendungen vor: „einverstanden sei“, „gutheißen“, „genehmigen“, „aneignen der Erfolgsvorstellung“, „rechnen mit der Möglichkeit“, welche als mehr oder minder gleichbedeutende gelten können.<sup>83)</sup>

Solche äußerst verschiedene Ausdrucksweise<sup>84)</sup> deutet schon

<sup>80)</sup> Sagt man, das Wesen des Dolus besteht in dem Erstreben, so ist die absolut verneinende Antwort unausweichlich; denn die Frage lautet dann genau: Unter welchen Voraussetzungen sind nicht erstrebte nur mögliche Folgen gleichwohl erstrebt? Eine widersinnige Frage!

<sup>81)</sup> Vgl. z. B. III. 3./4. 84 E. 10 Nr. 93 S. 236; Ver. Strafs. 6./6. 91 E. 22 Nr. 21, bes. S. 85.

<sup>82)</sup> Vgl. die Nachweisung in *Lissts* Gutachten, Verhandlungen d. 24. d. Juristentages I S. 117 ff., und bei *Hippel* S. 95.

<sup>83)</sup> Vgl. I. 31./3. 81 E. 4 Nr. 16 S. 40; III. 3./3. 84 E.

<sup>84)</sup> Dagegen ist die Wendung „anstreben“, „darauf hinarbeiten“ zurückzuweisen. (So *Weinrich*, Zeitschr. 17 S. 828.) Mit dieser Wendung läßt sich nicht streiten. Sie schiebt das, was bewiesen werden soll, in der einfachsten Weise unter.

auf das Mißliche des Begriffes überhaupt hin. Was besagen aber die positiven Argumente für die Annahme der Möglichkeit eines *Dolus eventualis*?

§ 169. In Wahrheit wird diese Möglichkeit ohne Beweis als Axiom angenommen;<sup>84a)</sup> weiß — so meint man — doch jeder Jurist, daß man auch zivilrechtlich einen bedingten Willen äußern kann. Genau betrachtet ist aber diese bedingte zivilrechtliche Willenserklärung etwas ganz anderes als der *Dolus eventualis*. Eine zivilrechtlich bedingte Willenserklärung lautet dahin, wenn die Tatsache A eintritt, so soll meine auf die Rechtswirkung B gerichtete Willenserklärung gelten (z. B. wenn die Stadtverwaltung beschließen wird, einen bestimmten Straßenplan gutzuheißen, so will ich das Grundstück X für 20 000 M. hiermit gekauft haben). A und B sind dabei etwas Verschiedenes. Unter *Dolus eventualis* versteht man aber: ich will zwar A zunächst nicht, wenn aber A eintritt, so habe ich A gewollt. Dabei soll also das Bedingende und das Bedingte identisch sein — eine logische Unmöglichkeit, und wenn „wollen“ soviel heißt wie „erstreben“, so würde *Dolus eventualis* bedeuten: ich erstrebe den Erfolg X nicht, wenn er aber eintritt, so habe ich ihn erstrebt. Es kommt zugleich auf ein Verschieben der wissenschaftlichen Beweislast hinaus, wenn v. Hippel, ohne seinerseits die Möglichkeit des *Dolus eventualis* zu beweisen, der Meinung ist, die Gegner des *D. eventualis* hätten die Nicht-

<sup>84a)</sup> Ein Urteil des RG. I. 24./11. 87 Rs. 9 S. 638 hat allerdings eine Begründung versucht. Das Strafgesetz, so wird gesagt, nehme Vorsatz überall da an, wo der Täter mit der Vorstellung der Verursachung des normwidrigen Erfolges durch seine Tat handelt, beschränke ihn nicht auf den Fall, wo der Erfolg das Motiv der Handlung ist, aber auch nicht auf den Fall, wo die Absicht auf die Herbeiführung des Erfolges gerichtet ist. (Sind die beiden letzteren Fälle verschiedene?) „... Der subjektive Tatbestand vorsätzlicher Vergehen ist immer dann erfüllt, wenn der Täter weiß, daß derjenige Erfolg, von welchem das Strafgesetz die Strafbarkeit abhängig macht, durch seine Handlung herbeigeführt werden könne, und mit diesem Erfolg, wenn er eintritt, einverstanden ist, d. h. wenn er ihn gewollt hat.“ Dieser Begründungsversuch dürfte mißglückt sein. Freilich kann auch ein nicht gerade erwünschter (nicht beabsichtigter, wie das Ur. sich ausdrückt) Erfolg (Neben- oder Nacherfolg) mit zum Vorsatze angerechnet werden und auch ein nur möglicher vorgestellter Erfolg gewollt sein. Aber die Kombination ergibt nicht die Möglichkeit des *D. eventualis*; denn der erste dieser Sätze gilt nur für die als notwendig vorgestellte Verbindung von verschiedenen Erfolgen, nicht für das Verhältnis verschiedener Erfolge, deren Verbindung miteinander als eine nur mögliche von dem Handelnden gedacht wird, und die letztere gerade ist zum Begriffe des *D. eventualis* wesentlich.

existenz desselben nicht bewiesen. Im Gegenteil haben wohl diejenigen, die eine bestimmte Willensdisposition als existierend annehmen, die Existenz derselben zu beweisen. Und in der Tat kein einziges der von der herrschenden Ansicht aufgestellten Beispiele beweist unzweifelhaft, daß man da einen *Dolus eventualis* annehmen müsse. Es ist immer eine willkürliche Supposition, mit der man arbeitet.<sup>84b)</sup> Das wird unten an einzelnen Beispielen gezeigt werden. Allerdings kann möglicherweise bei einzelnen Delikten der Dolus in so weitem Begriffe genommen werden, daß, wer auf die Gefahr der Herbeiführung eines Erfolges hin handelt, schon strafbar sein soll, wenn der Erfolg tatsächlich eintritt: z. B. bei der Bigamie, indem man bestimmt, auch der ist strafbar, der, nicht fest davon überzeugt, daß sein Ehegatte gestorben sei, auf die Gefahr hin, daß dieser Ehegatte noch lebt, sich anderweit verheiratet; er wäre der Bigamie schuldig, falls der erste Ehegatte noch lebt. Das ist Gefährdungsvorsatz. Ferner: wer Gebühren erhebt im Zweifel darüber, ob sie ihm geschuldet werden, ist der rechtswidrigen Gebührenerhebung schuldig, wenn diese Gebühren in Wahrheit nicht geschuldet werden. Aber man darf nicht verkennen, daß damit eine starke Erweiterung des Deliktsbegriffes vorgenommen wird gegenüber der Beschränkung dieses Begriffes auf die Fälle, z. B. der Erhebung von Gebühren, von denen der Erhebende weiß, daß der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Grade schuldet (StGB. § 363). Das Handeln auf die Gefahr hin, daß etwas in bestimmter Weise sich verhalte, oder daß eine bestimmte Wirkung eintrete, wird dem Handeln gleichgestellt, bei dem der Handelnde positiv weiß, daß eine bestimmte Voraussetzung existiert — z. B. daß sein Ehegatte noch lebt.<sup>84c)</sup> Diese Erweiterung<sup>84c)</sup> wird nur

<sup>84b)</sup> So kommt es denn, daß die Verteidiger des *Dolus eventualis* sich so oft unrichtige Anwendung des vermeintlich richtigen Begriffes vorwerfen, wie insbesondere von *Liszt*, Verhandl. d. 24. d. Juristentages I S. 116ff., gegenüber dem Reichsgerichte geschehen ist.

<sup>84c)</sup> Daß es sich einfach um eine Erweiterung des gesetzlichen Deliktsbegriffes handelt, wenn hier das Bedenken einer Möglichkeit, der Zweifel, dem wirklichen Wissen um die Voraussetzungen der Strafbarkeit der Tat gleichgestellt wird, ergibt sich klar, wenn erwogen wird, daß es doch um einen Nebenerfolg sich handelt, der nicht erwünscht ist, als solcher nicht erstrebt wird. Solche Nebenerfolge fallen aber als vorsätzlich herbeigeführte nur zur Last, wenn sie notwendig mit dem erstrebten Erfolge verbunden (oder als eine untrennbare Eigenschaft der letzteren) vorgestellt werden, und dies trifft nur zu bei wirk-

verhüllt durch des Erfordernis des Beweises, daß der Handelnde mit dem Erfolge, wenn er eintrete, einverstanden gewesen sein müsse, ein Beweis, der entweder ohne weiteres geliefert ist — denn das Handeln auf die Gefahr hin enthält immer die eventuelle Übernahme des Eintritts eines schadenbringenden Ereignisses oder der Existenz gefürchteter Voraussetzungen — oder aber nie geliefert werden kann,<sup>85)</sup> insofern man darunter ein Mehreres versteht;<sup>86)</sup> denn woran soll man den hierauf gerichteten besonderen Willen (dessen Beweis insbesondere das RG. verlangt) erkennen? Vielleicht daran, daß dem Handelnden das Vorliegen des Sachverhaltes, der ihn als Verbrecher erscheinen läßt, besonders angenehm wäre? Aber das ist z. B. in dem Falle der Doppelhehe, in dem Falle der Gebührenenerhebung tatsächlich ausgeschlossen; denn daß demjenigen, der den dringenden Wunsch hat, sich mit der A zu

lichem Wissen, nicht bei einem Handeln auf die Gefahr hin, bei einem Zweifel. (Anders freilich, wenn jemand besserer sich aufdrängender Einsicht absichtlich verschließt.) Die Motivierung einer ganzen Reihe von Erkenntnissen des RG. über Fälschung öffentlicher Urkunden dürfte hiermit als unhaltbar erwiesen sein.

<sup>84c)</sup> Ganz besonders tritt diese Erweiterung hervor in der Praxis des RG. betreffend das Verbrechen des § 176, 3. Häufig wird freilich die Berufung des Angeklagten, daß er das Alter des gemißbrauchten Mädchens nicht gekannt oder daran nicht gedacht habe, eine leere Ausrede sein. Wenn aber gar gesagt wird, es genüge zum *Dolus eventualis*, daß der Angeklagte sich über das Alter (des etwa schon stark entwickelten Mädchens) keine Gedanken gemacht habe, und daß nur „die bestimmte gegenteilige Annahme“ (die bestimmte Annahme, die Person sei schon älter als 14 Jahr) den Vorsatz ausschließe, so wird die Strafbarkeit jedenfalls ausgedehnt auf den Fall der Fahrlässigkeit. Vgl. bes. RG. I. 28./4. 84 Rs. 6 S. 307. — IV. 20./12. 87 Rs. 9 S. 742. („Es genüge, daß Angekl. es für möglich hält, daß die Clara K. noch nicht 14 Jahr alt war.“) In den Gründen der Entscheidung I. 28./4. 84 kommt allerdings auch vor, daß der Angekl. gewußt habe, daß er es „höchstwahrscheinlich mit einem Mädchen unter 14 Jahren zu tun habe“. Der vielfache Wechsel der Ausdrücke deutet aber darauf hin, daß diese Bekenntnisse anscheinend in den Angekl. hinein-examiniert worden sind. — Ein neueres Erkenntnis RG. I. 13./4. 91 E. 21 Nr. 142 S. 420 schränkt wesentlich ein; der bloße Zweifel soll nicht zum Dolus genügen, noch weniger die (völlige) Unbekümmertheit des Angekl. um das Alter des Kindes, „obschon (nach der Feststellung der Strafkammer) das Aussehen und körperliche Entwicklung ihm hätten Bedenken einflößen müssen“. Es ist klar, daß nach dieser Entscheidung derjenige privilegiert wird, der sich um nichts kümmert, während derjenige, der sich, wie man sagt, noch Gedanken macht bei Befriedigung seiner Gellüste, der Strafe verfällt. In *praxi* wird es meist darauf ankommen, ob der Angekl. mehr oder weniger klug antwortet, bzw. die Entscheidungen des RG. gelesen hat.

<sup>85)</sup> RG. I. 24./11. 87 E. 16 Nr. 112 bes. S. 365 gesteht zu, indem es bei dem Vergehen des § 352 die Möglichkeit eines eventuellen Dolus in der bezeichneten Weise annimmt, die Beweisfrage „könne unter Umständen (!) eine schwierige“ sein.

<sup>86)</sup> Man vgl. die in voriger Anm. zitierte Entscheidung: „und mit diesem Erfolge, wenn er eintritt, einverstanden ist, d. h. ihn eventuell gewollt hat.“

verheiratet, es besonders angenehm wäre, wenn sich nachher herausstellt, daß er selbst oder die A anderweit verheiratet ist, daß ihm also auch, abgesehen von einer Anklage, noch andere böse Unannehmlichkeiten erwachsen werden, ist doch in der Regel nicht anzunehmen. Und ebensowenig ist anzunehmen, daß demjenigen, der gern Geld in Gestalt von Gebühren einnimmt, es besonders lieb sein werde, wenn nachher sich herausstellt, daß nur ein geringerer Betrag ihm geschuldet war, ihm also die Differenz jedenfalls im Zivilwege wieder abgenommen werden kann.

§ 170. *Frank* hat die Schwierigkeit durch die bereits erwähnte Formel<sup>86a)</sup> zu lösen versucht:

„Die Voraussetzung eines Erfolges als eines möglichen erfüllt den Begriff eines Vorsatzes nur dann, wenn die Voraussicht desselben als eines gewissen den Handelnden nicht abgehalten, nicht die Bedeutung eines ausschlaggebenden gehabt hätte“,

eine Formel, die neuerdings besonders *Hippel* (S. 112) vertreten und mit weiteren Argumenten verteidigt hat, indem er sie zugleich, als auf der Willenstheorie beruhend, für diese in Anspruch nimmt. Letzteres aber ist nur möglich, wenn man, ohne eine Definition des Willens zu geben, den Willensbegriff verwendet, also in der Tat mit einem etwas nebelhaften Begriffe operiert, und das ist bei *Hippel* der Fall. In Wahrheit liegt auch in der Formel nichts anderes als die Forderung, aus dem allgemeinen Charakter des Handelnden<sup>86b)</sup> den Schluß zu ziehen, ob er

<sup>86a)</sup> Sie findet sich übrigens der Sache nach, nur nicht so scharf ausgedrückt, in *v. Buris* Aufsatz GS. 41 S. 427, 428. *Buri* bemüht sich aber nun wirklich an einem einzelnen Falle — es ist der Fall des Jägers, dem der Gedanke kommt, er könne statt des Rehbocks den Treiber treffen — den in dem „wenn“ steckenden Voraussetzungen näherzutreten. Er gelangt indes dabei von einer hypothetischen Unterdistinktion in die andere, und keine derselben wird sich in einem wirklichen Falle mit Sicherheit feststellen lassen.

<sup>86b)</sup> Möglicherweise — und das ist jedenfalls nicht besser — aus anderen willkürlichen Suppositionen. Man vergleiche hier z. B. die von *Lammasch*, Grundriß S. 23, in Gegensatz gestellten Fälle. Wer schnell um eine Straßenecke fährt und dabei sich vorstellt, er könne jemanden überfahren und verletzen, soll nicht mit *D. eventualis* handeln. Ebenso nicht der Arbeiter in einem Kohlenbergwerke, wenn er dem Verbote zuwider bei seiner Arbeit eine Pfeife rauchend dabei sich denkt, es könne eine Explosion schlagender Wetter stattfinden. Dagegen wird *D. eventualis* angenommen bei dem Reeder, der ein schlechtes Schiff in See gehen läßt, um noch einmal mittels desselben tüchtig zu verdienen. Die Chance des Verdienstes steht dem Reeder höher, als das Riskieren des Lebens von Seeleuten und Passagieren. Aber steht nicht auch dem Bergmann der Genuß seiner

unter der Annahme, es sei der Erfolg ein gewisser (ein notwendiger), die Tat doch begangen haben würde, mit anderen Worten: wir sollen uns fragen, ist dem Manne zuzutrauen, den eventuellen Erfolg direkt zu wollen? Diese Frage aber kann wohl ein Indizium für den Dolus ergeben, ist also prozessual selbstverständlich nicht unnütz — wie es ja ein altes Indizium ist, daß dem Inquisiten die Tat zuzutrauen sei — stellt aber nie den Dolus selbst dar und ist deshalb für das materielle Strafrecht so lange unzulässig, als das Strafrecht die einzelne Tat, den einzelnen Willensakt, nicht aber ohne weiteres den gesamten Charakter zu beurteilen und danach die Strafe zu verhängen hat. Es ist aber auch deshalb völlig unzulässig, weil der Mensch nun einmal kein völlig logisches Wesen ist, möglicherweise auch öfter oder einmal etwas nicht tut, was er schon mehrmals getan hat. Mit der Sicherheit, welche für ein richterliches Urteil erforderlich ist, vorherzusagen, was jemand getan hätte, dazu ist selbst der absoluteste Determinismus noch nicht gelangt.

Es wird daher auch nach Maßgabe der *Frankschen* Formel der Angeklagte bestraft, nicht nach dem, was wirklich seine Vorstellung über die Sachlage war, sondern nach einer Hypothese, die man nach Maßgabe seines Charakters für einen völlig anderen Vorstellungsinhalt aufstellt. Das ist unleugbar: es heißt doch, A hat dem B einen wuchtigen Schlag mit einem Knüppel versetzt (der nicht gerade tödlich zu sein brauchte, aber *in concreto* tödlich war). Wie würde nun A gehandelt haben, wenn er gewußt hätte, daß dieser Schlag absolut todbringend sein mußte?

v. *Hippel* meint freilich bei richtiger Anwendung der

---

Tabakspfeife höher als das Riskieren eines furchtbaren Unglücksfalles? Steht dem Fahrenden nicht die schnelle Erreichung seines Zieles, oder das Vergnügen des raschen Fahrens höher als die Gefahr andere zu verletzen? Der Unterschied liegt lediglich darin, daß dem juristischen Professor oder dem Richter die Vorstellung, er könne einmal in eine ähnliche Lage oder Stimmung wie der Fahrende oder Rauchende kommen, nicht völlig fern liegt, während das Umgekehrte zutrifft bei dem Falle des Reeders. Daher wird im ersten Falle der Dolus bejaht, im zweiten verneint, obschon z. B. das Rauchen in dem Falle des Bergmannes eine selbst arge Gewissenlosigkeit sein kann, schlimmer unter Umständen, als das Hinaussenden des altersschwachen Schiffes: der Rheder könnte so handeln, weil er nur so dem drohenden finanziellen Ruin glaubt entgegen zu können, der Raucher aber, weil einem augenblicklichen Genusse gegenüber selbst ein entsetzlicher Unglücksfall ihm nichts gilt.

Formel strafe man doch nicht nach einer Hypothese, nicht nach fingierter sondern nach wirklich vorhandenen psychischen Vorgängen. Dies ist aber unrichtig. Das folgende von ihm benutzte Beispiel beweist dafür absolut nicht. Ein Bauer verkauft eine tuberkulöse Kuh und versichert dem Käufer, daß sie gesund sei, obwohl er weiß, daß sie möglicherweise tuberkulös sei. „Wenn (dies „Wenn“ bezeichnet doch eine Hypothese!) wir nun“, sagt *Hippel* weiter, „die Überzeugung aussprechen, daß der Bauer ungeachtet der Vorstellung, daß die Schädigung des Käufers mit der Erlangung des Kaufpreises notwendig verbunden war, gehandelt hätte, so wäre damit erwiesen, daß nicht die Hoffnung auf die Gesundheit der Kuh für sein Handeln entscheidend war, sondern daß er das Kaufgeld verdienen wollte, auch um den Preis der Schädigung des Käufers; daß ihm diese Schädigung lieber war, als der Verzicht auf sein Interesse.“ Ganz richtig, wenn wir jene Überzeugung haben! Aber können wir sie haben? Das ist zu verneinen; denn auch durch Geständnis kann nur die Gewißheit erlangt werden darüber, was jemand wirklich getan hat, nicht aber darüber, was er unter willkürlich suggerierten Umständen getan hätte. So, wie der Fall von *Hippel* dargestellt ist, ist er nicht zu entscheiden; denn entweder lag überhaupt keine unrichtige Versicherung vor, oder es war gewöhnlicher (also direkter) Dolus vorhanden. Hatte der Verkäufer nachgesehen nach dem Gesundheitszustande der Kuh, und waren ihm dabei besondere Umstände nicht bemerklich geworden, welche auf eine Krankheit des Tieres hinwiesen, so konnte er mit gutem Gewissen versichern, das Tier sei gesund. Die allgemeine Möglichkeit, daß das Tier gleichwohl krank sei, brauchte ihn nicht zu hindern, jene Versicherung abzugeben; sie kann rationell auch nicht einmal jemanden abhalten, ein lebendes Tier zu kaufen, da sie in jedem Falle vorhanden ist. Von Betrug konnte also unter solchen Umständen keine Rede sein. Hatte dagegen der Verkäufer sich gar nicht um den Gesundheitszustand des zu verkaufenden Tieres gekümmert, oder waren ihm gar besondere Umstände aufgefallen, die Zweifel an der Gesundheit des Tieres erregten, so durfte er eine Versicherung, daß das Tier gesund sei, nicht abgeben; gab er sie gleichwohl, so täuschte er den Käufer, und diese Versicherung erfolgte mit dem allergewöhn-

lichsten direkten Dolus. Auf jenes Nachsehen nach dem Gesundheitszustande des Tieres und auf diese Kenntnis des Verkäufers von jenen Umständen kommt es also an, nicht darauf, ob der Verkäufer die Hoffnung hegte, das Tier werde trotz obwaltender Zweifel sich als gesund erweisen, eine Hoffnung, die dem Käufer auch gleichgültig sein kann, während die Kenntnis des Verkäufers von gewissen eine Krankheit des Tieres indizierenden Umständen, und ebenso der Umstand, daß der Verkäufer sich um den Gesundheitszustand der Kuh gar nicht bekümmert hatte, den Abschluß des Kaufes **verhindert** haben würde. Die reichsgerichtliche Entscheidung, der *Hippel* den fraglichen Fall entnimmt, spricht denn auch nicht von einem *Dolus eventualis*.<sup>87)</sup>

Mit dieser auf der Erkundung objektiver Tatumstände fußenden einfachen Entscheidung<sup>88)</sup> vergleiche man die Entscheidung nach dem „Wenn“ und dem „Hätte“, welches beides auf geheime Hoffnungen und sonstige verschlungene Seelenstimmungen sich bezieht! *Hippel* ist freilich der Meinung, hier mit wirklichen, nicht mit hypothetischen Momenten trotz der hypothetischen Form zu arbeiten. Er verwechselt hier aber Wirklichkeit und Kenntnis der Wirklichkeit. In Wirklichkeit mag, wenn der Determinismus die richtige Anschauung ist — und *v. Hippel* ist Anhänger des Determinismus —, ja aus dem Gefühlswerte des vorgestellten Erfolges und andererseits dem entgegenstehenden Gefühlswerte sich nach Maßgabe des Charakters ergeben, was jemand unter bestimmten Umständen getan hätte.<sup>88a)</sup> Es ist aber das Unglück, daß wir bei keinem

<sup>87)</sup> Um einem Einwande zu begegnen, der zwar nicht von einem Praktiker, vielleicht aber von einem Theoretiker erhoben werden könnte, mag hier bemerkt werden, daß, wenn der Verkäufer besondere Gründe hatte, die Kuh für krank zu halten, diese aber tatsächlich gesund war, Betrugsversuch mit untauglichen Mitteln vorliegen würde, den ich in solchem Falle für straflos halten würde. Praktisch wird aber solcher Fall schwerlich zur Entscheidung gelangen.

<sup>88)</sup> Darauf kommt übrigens auch die Entscheidung des RG. IV. 25./4. 93 E. 24 Nr. 46 S. 144 (vgl. IV. 22./10. 89 E. 20 Nr. 2 S. 3) hinaus, da das RG., der Revision des Angeklagten stattgebend, die Feststellung verlangte, daß dieser wahrheitswidrig versichert habe, er habe eigene Kenntnis von dem Gesundheitszustande der verkauften Kuh; dann habe er, den bei ihm über diesen Gesundheitszustand bestehenden Zweifel unterdrückend, eine falsche Tatsache (die eigene Kenntnis) vorgespiegelt.

<sup>88a)</sup> Wenn man etwa Motive und Gegenmotive, Hoffnung und Befürchtung, Wahrscheinlichkeit und Unwahrscheinlichkeit und Charakterdisposition auf bestimmte Gewichtsmengen oder Pferdekräfte reduzieren könnte.



Menschen diese Gefühlswerte bei einer nicht wirklichen, sondern nur suggerierten Vorstellung (der Vorstellung eines notwendigen Nebenerfolges, während in Wirklichkeit die Vorstellung eines nur möglichen Nebenerfolges stattfand) mit irgend welcher Sicherheit angeben können, und darauf kommt es an. Bei mangelnder Kenntnis sind wir doch immer, falls wir uns über etwas äußern wollen, auf Hypothesen beschränkt.<sup>89)</sup>

So ist es mir denn trotz aller Mühe nicht möglich gewesen, in den von *Hippel* (S. 110) aufgestellten Beispielen etwas anderes als rein willkürliche Entscheidungen zu erblicken über das, was jemand bei einer Kenntnis des Sachverhalts, die in Wirklichkeit nicht vorhanden war, getan haben würde. In einem „Praktikum“ mit fingierten Beispielen kann zwar die bei *Hippel* vorkommende unbewußte Täuschung sich verstecken,<sup>90)</sup> und der Dozent kann da stets die Überzeugung haben, richtig zu entscheiden. Einen wirklichen Angeklagten aber deshalb zu verurteilen, weil man sagt: „Sie haben freilich, als Sie schossen, nicht gewußt, daß Sie einen Menschen (den X) treffen würden. Aber wenn Sie gewußt hätten, daß Ihr Schuß nicht einen Rehbock, sondern einen Menschen getroffen hätte, so hätten Sie ebenfalls geschossen“, dazu dürfte sich *in praxi* doch nicht leicht jemand verstehen.<sup>91)</sup> Nicht einmal das Individuum selbst kann mit völliger Sicherheit wissen, wie es gehandelt hätte, wenn es sich die Umstände anders vorgestellt hätte. Anders liegt selbstverständlich der Fall, wenn dem Angeklagten ein Interesse an dem Ausgange seiner Tat nachzuweisen ist. Solches Interesse kann ein Indizium sein eines im Augenblick der Tat gefaßten Vorsatzes. Aber dann handelt es sich um den Beweis nicht eines eventuellen, vielmehr eines direkten

<sup>89)</sup> *Thyrèn* S. 88, auf dessen Ausführungen *Hippel* hier Bezug nimmt, erkennt aber an, daß der Ausspruch, welches der Entschluß des Individuums gewesen wäre, wenn es einen Erfolg (*Thyrèn* gebraucht hier den mehr mathematischen Ausdruck Komponente) als gewiß angesehen hätte, immer nur ein hypothetischer sei.

<sup>90)</sup> Daß der Satz „auf dem Wege logischer Schlußfolgerung“ gewonnen ist, wie *Hippel* (S. 135) hervorhebt, ist richtig. Es ist nur immer das „wenn“ dabei, welches durch die substantivische Form (vgl. S. 134) „die Bejahung der Frage“ nur verdeckt. Wenn wir alles vorher wüßten, würden wir anders handeln, als wir jetzt oft tun. Man kann das auch so ausdrücken: Das Vorwissen alles dessen, was folgt, setzt uns in den Stand, in einer unseren Wünschen entsprechenden Weise zu handeln. Wissen wir nun alles vorher?

<sup>91)</sup> S. 146 wird es als Dolus angesehen, „wenn“ die Hoffnung auf das Ausbleiben des Erfolges nicht von entscheidender Bedeutung (Hauptmotiv) war.

Dolus. Wir entscheiden dann nicht darüber, wie jemand gehandelt hätte, sondern wie er wirklich gehandelt hat.

§ 171. In Wahrheit kommt denn auch die Entscheidung nach *Franks* Formel auf eine Entscheidung auf Grund einer allgemeinen Mutmaßung hinaus, die je nach dem Bilde, das der Richter von dem Charakter des Angeklagten sich entwerfen mag, verschieden ausfallen muß. Dem A ist zuzutrauen, daß er bei voller Sachkenntnis doch verkauft, sich verhehlicht, geschossen hätte — also wird er verurteilt — dem B ist das nicht zuzutrauen, also wird er freigesprochen. Mit anderen Worten: der böse (nach Ansicht des Richters!) Mensch handelt mit *Dolus eventualis*, der (nach Ansicht des Richters!) gute handelt nicht mit *Dolus eventualis*, und somit führt gerade jene Formel auf einen Abweg, den man als einen besonders schlimmen, für die Justiz gefährlichen bezeichnen darf,<sup>91)</sup> zur Beurteilung einer Tat nicht nach der in der Tat selbst hervortretenden Willensstimmung, sondern nach dem allgemeinen Charakter,<sup>92a)</sup> und dabei sind die schlimmsten

<sup>91)</sup> Indirekt kann dies insbesondere zur unbewußten Partei- oder Klassenjustiz Anlaß geben. Wer zu einer politisch dem Urteilenden verhaßten Partei gehört, dem wird der böse Vorsatz zugetraut und umgekehrt! Und da dies möglich ist, so wird in der öffentlichen Kritik leicht der Schluß gezogen, daß es wirklich so sei, daß also die Justiz nach Partei- und Klassenrücksichten gehandhabt werde.

<sup>92a)</sup> Zeitschr. 18 S. 551 habe ich darauf aufmerksam gemacht, daß bei geringfügigeren Delikten die *Franksche* Formel offenbar den Richter im Stiche lasse, während bei schweren Verbrechen das unmittelbare Gefühl etwas besser leite. (Ich meinte eigentlich, und dem Zusammenhange nach war das auch wohl zu ersehen, daß die Entscheidung bei schweren Delikten nicht sowohl durch die *Franksche* Formel, als vielmehr durch ein gefühlsmäßiges Indizium nach dem Charakter gegeben werde. v. Hippel erblickt aber darin ein Zugeständnis, daß bei schwereren Delikten doch die *Franksche* Formel etwas leiste!) Als Beispiel führte ich an: „A, ein wohlhabender Gutsbesitzer, bemerkt einen prachtvollen Rehbock, der eben jenseits der Grenze auf fremdem Jagdgebiete steht; beim Abdrücken dachte er an die Möglichkeit, daß der Bock sich jenseits der Grenze befinde. Wie stark muß hier die Jagdpassion des A geschätzt werden, wenn ihm ein *Dolus eventualis* beigemessen werden soll?“ v. Hippel belehrt uns, wie der Richter verfahren werde bei diesem seiner Meinung nach praktisch unschwer zu entscheidenden Falle. „Der Richter“, sagt v. Hippel, „wird zunächst fragen: Was hat der Mann mit dem geschossenen Bocke gemacht? Hat er ihn alsbald dem jagdberechtigten Nachbar abgeliefert; dann ist, wenn nicht weitere tatsächliche Anhaltspunkte das Bild verschieben, kein Vorsatz feststellbar. Denn man pflegt den Grenzbock nicht für den Nachbarn, sondern für sich selbst schießen zu wollen. Und umgekehrt: behält der Mann den Bock, so wird der Jäger — und mit ihm der Richter — mit Recht den *Dolus eventualis* bejahen, wenn nicht besondere tatsächliche Anhaltspunkte für das Gegenteil sprechen.“ Die von mir gemachte tatsächliche Annahme war, daß der das Wild erlegende „wohlhabende“ Gutsbesitzer es gar nicht auf das Behalten des Wildes abgesehen

Mißgriffe so ziemlich unvermeidlich. *Hippel* glaubt freilich schließlich gegen die letztere von mir geltend gemachte Einwendung (S. 14a) der Formel eine andere mehr praktische und sichere Bedeutung sowie tiefere Begründung noch dadurch gegeben zu haben, daß er hinzufügt, im Falle des *Dolus eventualis* werde aus Egoismus gehandelt, im Falle der bewußten Fahrlässigkeit aber aus Leichtsinne. Der gegensätzliche Begriff von Egoismus ist aber nicht Leichtsinne, sondern Altruismus, und der Leichtsinne ist, wenn er andere oder die sittliche Ordnung schädigt — und darauf wird es strafrechtlich ankommen — immer auch ein Egoist. Oder handelt der Familienvater, der Sonnabends leichtsinnig den gesamten Wochenverdienst vertrinkt oder verspielt, nicht auch zugleich egoistisch, da doch der Gedanke an die darbende Familie ihn davon abhalten müßte? Handelt der leichtsinnige Bankrotteur, der übermäßigen Aufwand macht, nicht auch egoistisch, wenn er seiner Gläubiger gedenkt, von denen manche z. B. die verpraßten Gelder bitter nötig haben können? Die weitere, ethische Begründung der Unterscheidung, welche darin bestehen soll, daß nur der „Egoismus“ nicht aber der „Leichtsinn“ den Täter veranlasse, sein Ziel höher zu stellen als die Beobachtung der Rechtsordnung, ist mir doch unerfindlich, also auch nicht weshalb nur dem Egoismus, nicht aber dem Leichtsinne die Strafe des vorsätzlichen Verbrechens gebühren soll.<sup>93)</sup> Man möchte nun glauben, daß

---

hatte. Er schoß aus reiner Jagdpassion, und nach unserem Gesetze ist verbotenen Jagens (§ 292) auch derjenige schuldig, der das rechtswidrig erlegte Wild nicht behalten will. Man denke sich nun den Fall, daß ein feindkender Mann einfach es im Augenblick nicht hat lassen können, auf einen Bock oder Hirsch zu schießen, von dem er nicht weiß, ob er in seinem oder in fremdem Jagdgebiete steht. Wird er dann das erlegte Tier behalten und noch einen rechtswidrigen Gewinn machen wollen? *Hippel* hat doch wohl den entscheidenden Punkt nicht erfaßt. Der Fall ist nach dem Umstande, ob der Jäger den Bock behielt, gar nicht zu entscheiden; ob in gewissen Kreisen es Sitte ist, versehentlich rechtswidrig erlegtes Wild zu behalten, weiß ich nicht; es kann aber so, wie ich den Fall aufgestellt habe, nicht in Betracht kommen. Daß meistens der Berechtigte, wenn ihm das erlegte Wild abgeliefert wird, keinen Strafantrag stellen wird, ist für den als Probe benutzten Fall gleichgültig. Er könnte es in Wirklichkeit doch tun, wenn er etwa mit dem Gutsbesitzer verfeindet wäre. Übrigens kann das Unterlassen der Ablieferung des Wildes in solchen Fällen auf mannigfachen Gründen beruhen, läßt also einen sicheren Schluß auf die Absicht bei der Tat selbst kaum zu.

<sup>93)</sup> Daß meine gegen *Franks* Formel in Zeitschr. 18 S. 550 erhobene Einwendung (vgl. auch *Hauser* GS. 54 S. 179) begründet und dagegen die von *Hippel* unternommene Rettung der *Frankschen* Formel mißglückt sei, hat auch *Mitřicka* S. 32 ff. ausgeführt. *Hippel* (S. 109) erblickt übrigens die Quelle meines

dasselbe Kriterium, welches nach *Hippel* bei dem Erfolge den Dolus von der Fahrlässigkeit scheidet, auch bezüglich der Voraussetzungen der Handlungen zu gelten habe. Aber an die Stelle des Leichtsinns tritt hier (vgl. S 144) die Hoffnung, an die Stelle des Egoismus der Mangel (das Fehlen) der Hoffnung. Wer hofft, daß die Person, mit der er unzüchtige Handlungen vornimmt, nicht unter 14 Jahre alt sei, ist nach StGB. § 176, 3 nicht straffällig; wer nicht diese Hoffnung hegt, wird bestraft. Diese Wendung halte ich für richtig, sofern eine Hoffnung gefordert wird, die nach der Vorstellung des Handelnden nicht völlig unbegründet ist. Damit ist aber dies Prinzip der *Frankschen* Formel aufgegeben und in Wahrheit direkter Dolus gefordert. Eine jenem Erfordernis nicht entsprechende Hoffnung würde eine leere Ausrede sein; sollte sie gelten, so würde man sie nur durch Geständnis des Angeklagten widerlegen können.

Ein der *Frankschen* Formel vielleicht verwandtes Merkmal des *Dolus eventualis* hat vor längerer Zeit *v. Wick* (S. 84ff.) als zutreffend aufgestellt. Er verneinte den *Dolus eventualis*, wenn der Handelnde einen ihm erheblich scheinenden Zweck (nicht unerlaubten?) bei der Handlung verfolgte und nahm *Dolus eventualis* an im umgekehrten Falle. Aber auch die Wahrscheinlichkeit einerseits der bei Unterlassung der Handlung sich ergebenden Nachteile, andererseits des Eintritts des schädlichen Erfolges sollte in Betracht kommen. Diese Theorie hat den Vorzug, sich mehr an Tatsachen, nicht an den Charakter des Angeklagten zu halten. Die an einzelnen Beispielen leicht zu machende Probe zeigt aber, daß sie durchaus unsichere Ergebnisse liefert, daß ein völlig unbestimmtes moralisches Gefühl über die Strafbarkeit entscheiden wird.

§ 172. Einfacher zu erledigen als *Franks* Formel<sup>94)</sup> ist die

Irtrums, demzufolge ich die Möglichkeit eines *Dolus eventualis* in dem hergebrachten Sinne leugne, darin, daß ich in meiner Schrift über den Kausalzusammenhang (S. 36) die merkwürdige Anschauung vertreten habe, daß Vorsatz das direkte Wollen sei, das Wesen der Fahrlässigkeit aber in dem indirekten Wollen bestehe. Ich habe aber schon damals nicht und noch weniger neuerdings meine Einwendungen gegen den *Dolus eventualis* allein auf jenen Satz gestützt, der, wie ich jetzt mich überzeugt habe, zwar in gewissem Sinne zur Veranschaulichung des Kausalzusammenhanges dienen kann, aber von mir preisgegeben wird. Ich erachte mich daher nicht verhindert, „zu verstehen“, was man nach der herrschenden Ansicht sich unter *Dolus eventualis* und der psychischen Funktion des Einverständnisses und der Einwilligung zu denken habe.

<sup>94)</sup> Gegen die Formel auch zutreffend *Weismann*, Zeitschr. 11 S. 83 Anm.:

von der dritten Abteilung des 24. deutschen Juristentages<sup>95)</sup> auf Antrag des Referenten, des damaligen Oberreichsanwalts *Hamm*, und in Übereinstimmung mit *Stengleins* Gutachten (S. 101) angenommene Formel:

„Der Erfolg einer Handlung, auf den der Wille des Täters nicht direkt gerichtet ist, der aber vom Täter als möglich erkannt war, ist strafrechtlich dem Täter als vorsätzlich von ihm verursacht anzurechnen, wenn er die Tat auch für den Fall wollte, daß sie diesen Erfolg haben würde.

Desgleichen ist der Täter, der das Vorhandensein eines zum Tatbestande einer strafbaren Handlung gehörenden Merkmals nicht kannte, aber für möglich hielt, wegen vorsätzlicher Begehung der strafbaren Handlung zu verurteilen, wenn er die Tat auch für den Fall gewollt hat, daß dieses Tatbestandsmerkmal vorliegt.“

Sie beantwortet die Frage freilich in unwiderleglicher und darum mit großer Majorität angenommener Art, statt uns zu sagen, an welchen Merkmalen denn der eventuelle Wille zu erkennen sei — und darauf wird es doch ankommen — einfach dahin: *Dolus eventualis* ist vorhanden, wenn der Täter den Erfolg eventuell wollte, mit anderen Worten: *Dolus eventualis* liegt vor, wenn er da ist. Darunter kann sich nun jeder denken, was er will; auch der entschiedenste Gegner kann in der Praxis damit sich abfinden; er wird in jedem einzelnen Falle die Existenz eines *Dolus eventualis* zu leugnen imstande sein.

§ 173. Wie steht es aber bei den Anhängern des *Dolus eventualis* um die Entscheidung einzelner Fälle?<sup>96)</sup>

---

„Es kommt nicht darauf an, wie der Täter gehandelt haben würde, sondern wie er gehandelt hat . . . Andererseits wenn der Täter nur den eventuellen Erfolg und seinen Hauptzweck gar nicht oder nur unvollkommen erreicht hat, so mag es gewiß sein, daß er nicht gehandelt haben würde, wenn er den Erfolg als notwendig vorhergesehen hätte, darum kann er doch mit eventuellem Dolus gehandelt haben.“ — *Hauser*, GS. 54 S. 179: „Was im besten Falle auf Grund einer solchen mit Irrealem sich beschäftigenden Untersuchung erreicht werden kann, ist die Feststellung einer Disposition des Täters zu bestimmten psychischen Akten.“

<sup>95)</sup> Verhandlungen 4 S. 285.

<sup>96)</sup> *Liszt* (Gutachten S. 111) verteidigt den Satz, in allen Fällen des *Dolus eventualis* nehme der Täter an, daß der Erfolg eintreten werde. Das ist aber direkter Vorsatz. Damit stimmt es dann nicht überein, wenn *Liszt* weiter bemerkt, in den Fällen des eventuellen Vorsatzes nehme der Täter an, der eine

Hier herrscht unter den Anhängern des *Dolus eventualis* große Meinungsverschiedenheit. Man sagt, der *Dolus eventualis* ist selbstverständlich in vielen Fällen vorhanden, ja die Annahme der Möglichkeit eines *Dolus eventualis* ist für das Strafrecht unentbehrlich; man hat eigentlich immer mit ihm operiert, aber in der Anwendung werden viele Fehler gemacht (natürlich von anderen!); sie werden von einem Theoretiker besonders<sup>97)</sup> den Gerichten und auch dem Reichsgerichte zur Last gelegt, ein Vorwurf, der dann von einem Mitgliede des Reichsgerichts der Theorie zurückgegeben wird — da das Reichsgericht doch nur der Theorie gefolgt sei.<sup>98)</sup> In Wahrheit hat denn auch keiner der Verteidiger des *Dolus eventualis* eine faßbare Grenzlinie zwischen diesem Dolus und der be-

oder der andere von mehreren bestimmten Erfolgen werde eintreten, wenn, wie sich des weiteren ergibt, letzteres auch für solche Fälle gelten soll, wo der eine Erfolg ein Mehr gegen den anderen enthält (Tötung im Verhältnis zu Verwundung). Denn *Liszt* beruft sich auf *Merkel*, der die bewußt in den Kauf genommene auch nur mögliche (nicht notwendige) Konsequenz der Handlung dem Schuldigen als vorsätzlich herbeigeführt anrechnet.

<sup>97)</sup> So besonders von *Liszt*, Gutachten S. 116ff. Die Theorie macht sich dies allerdings leicht. Sie urteilt meist nach Hypothesen — und dann ist die Entscheidung immer richtig. Die Praxis muß den wirklichen Seelenzustand eines Angeklagten feststellen und kann das nur nach Indizien. Dabei macht sich von selbst die von *Liszt* mit Recht getadelte Gleichstellung des bloßen „Wissenmüssens um den Erfolg“ mit dem wirklichen Wissen geltend — weil der Zustand des *D. eventualis*, wenn man ihn von der sog. bewußten Culpa oder überhaupt von der Culpa in der Praxis unterscheiden will, nicht zu fassen ist — es müßte denn ein dummer Angeklagter zu dem Geständnisse gebracht werden, er sei mit dem Erfolge einverstanden gewesen, falls er eintreten würde.

<sup>98)</sup> *Stenglein*, Gutachten S. 97; *Hamm*, D. Juristenzeit. 1898 S. 367. — Das RG. hat übrigens auch der in dem Beschlusse des Juristentages sanktionierten Theorie entsprechend von den Strafkammern Feststellungen über den Seelenzustand von Angeklagten gefordert, die *in praxi* (meiner Ansicht nach) nicht geliefert werden können. So bezeichnete RG. III. 14./6. 88. (GArch. 36 S. 315) für den Dolus eines buchhändlerischen Kommissionärs als Gehilfen bei der Verbreitung unzüchtiger Schriften es als ungenügende Feststellung, daß der Kommissionär sich nur die Möglichkeit vorgestellt habe, daß unter den zu vertreibenden Büchern auch unzüchtige sich befunden haben, es hätte vielmehr festgestellt werden müssen, daß Angeklagter sich dieser Eventualität und dieses Erfolges seiner Handlung bestimmt bewußt gewesen sei (was damit gesagt sein soll, ist m. E. recht schwer zu ergründen). Ferner sagt RG. II. 1./3. 92 (GArch. 40 S. 32) unter ausdrücklicher Anwendung jener Theorie, das Delikt der wissentlich falschen eidlichen Versicherung verlange zwar nicht notwendig die Überzeugung des Versicherenden, der Inhalt der Versicherung sei falsch, aber es sei, damit ein *Dolus eventualis* angenommen werden könne, festzustellen, daß der Versicherende im Zweifel über die Richtigkeit der Tatsache dennoch dieselbe bewußt auf die Gefahr hin, den Tatbestand des Deliktes zu realisieren, als wahr versichert. Der Unterschied zwischen Zweifel und der letzteren Art des Seelenzustandes dürfte schwer zu finden sein.

wußten Fahrlässigkeit aufzustellen vermocht. Um ein öfter gebrauchtes Beispiel hier zu benutzen: wer im Bette liegend Zigarren raucht und dabei sich wohl bewußt ist, daß durch solches Rauchen ein Brand entstehen könne, soll den eventuellen Vorsatz der Brandstiftung nicht haben; wohl aber wird z. B. demjenigen, der mit Steinen nach Vögeln wirft, dabei aber sich bewußt ist, Telegraphenleitungen beschädigen und den Betrieb der Telegraphenanlage gefährden zu können, der eventuelle Vorsatz, das Delikt des § 317 zu begehen, zugeschrieben.<sup>99)</sup> Man kann in allen denkbaren hierher gehörigen Fällen im weiteren Sinne stets sagen, daß den schädlichen Erfolg gewollt habe, wer der Gefahr sich bewußt, gleichwohl eine Tätigkeit vornimmt, bei der die Gefahr sich realisiert; das ist aber nicht der Wille, welchen das Strafrecht zum Vorsatz verlangt. In einem nur vulgären Sinne ist das bekannte: «*George Dandin, tu l'as voulu*» zu verstehen, und in diesem Sinne sagt man auch von demjenigen, der eine höchst gefährliche Bergbesteigung unternimmt und dabei abstürzt, er habe es nicht besser haben wollen. In jenem vulgären Sinne läßt sich der *Dolus eventualis* auch fast in jeden nicht besonders intelligenten Angeklagten, der einer Fahrlässigkeit sich schuldig gemacht hat, hineinexaminieren.<sup>100)</sup> Ebenso läßt sich aber auch, wenn vorliegt, daß jener schädliche Erfolg nur von dem Handelnden erwogen sei, das Gegenteil behaupten. Indes sind die Anhänger des *Dolus eventualis* — obschon der Gegner wenige sind — in der Anwendung bedenklich geworden. Es wird zur Vorsicht ermahnt, vor mißverständlicher Anwendung gewarnt,<sup>101)</sup> und es werden Delikte genannt, bei denen durch die gesetzliche Definition der *Dolus eventualis* indirekt ausgeschlossen

99) RG. I. 13./10. 98, D. Juristenzeit. 1899 S. 22. Man vergleiche damit III. 8./2. 82 E. 6 Nr. 10 S. 22. Das Anzünden von Gras in einem Kiefernbestande soll nicht ohne weiteres den eventuellen Dolus der Brandstiftung am Walde enthalten. Die Gefahr dieser Brandstiftung lag aber — wie auch der tatsächliche Verlauf zeigte — bedeutend näher in diesem Falle als in dem anderen Falle die Störung des Telegraphenbetriebes. Der Gegensatz solcher Entscheidungen zeigt, daß es für die Annahme des *Dolus event.* meistens auf das herauskommt, was man wohl „Sentiment“ genannt hat.

<sup>100)</sup> Nur ist das nicht wohl möglich, wenn der Handelnde sich geradezu Mühe gab, den schädlichen Erfolg zu vermeiden. Diesen Fall rechnet denn auch *Finger* 1, S. 259, ausdrücklich nicht zu den Fällen des *Dolus eventualis*.

<sup>101)</sup> *Liszt*, Gutachten S. 121 ff.

sei<sup>102)</sup> — eigentlich ohne Begründung,<sup>103)</sup> nur daß die Annahme eines dolosen Vergehens oder gar eines Verbrechenens in manchen Fällen doch allzu stark gegen das natürliche Gefühl verstößt und eigentlich die Sicherheit auch des friedlichen Bürgers durch die Justiz selbst bedrohen läßt. Es ist daher eine Selbsttäuschung, wenn *Liszt*, Gutachten S. 129, meint, der Begriff des *Dolus eventualis* hebe sich scharf und unverkennbar von dem der Fahrlässigkeit ab.<sup>104)</sup> Ein Beispiel aber, das evident

<sup>102)</sup> So meint *Stenglein*, Gutachten S. 105, *Dolus eventualis* sei nur möglich bei Delikten, bei welchen ein bestimmter Erfolg zum Tatbestande gehöre. Er verneint hiernach z. B. die Möglichkeit des *D. eventualis* bei der Beleidigung, nimmt sie aber an bei der Gefährdung des öffentlichen Friedens. Mir ist unfaßbar, wie der Erfolg, daß eine Äußerung als Beleidigung wirke, nicht auch von konkreten Umständen solle abhängen können. Das später in der Sache gegen *Liebknecht* ergangene Urteil des RG. II. 12./10. 97 E. 30 Nr. 89 (vgl. bes. S. 273) hätte *Stenglein* belehren können, daß das RG. bei der Majestätsbeleidigung einen Eventualdolus sehr wohl für möglich erklärt und demnach die Verurteilung des Angeklagten aufrechterhalten hat — obschon *Stenglein* die Praxis des RG. als jeder Kritik gewachsen darstellte. Das solchergestalt bestätigte Urteil des Landgericht Breslau ist von *Liszt*, Gutachten S. 127, hart kritisiert worden.

<sup>103)</sup> Nach der Praxis des RG. sind oft nicht nur diejenigen Delikte als nicht mit *D. eventualis* möglich bezeichnet worden, bei denen zum Tatbestande gehört, daß „wider besseres Wissen“ oder wissentlich gehandelt ist, sondern auch diejenigen Delikte, bei denen die Absicht auf einen Erfolg gerichtet sein muß. Indes kommen hier vielfach Schwankungen vor. RG. II. 30./1. 91 E. 21 Nr. 110 S. 313 erklärt, ein Zweifel über Ansprüche des Vermieters bei dem Delikte des § 289 (rechtswidrige Pfandentziehung) sei nicht ausreichend. — *Olshausen* zu § 187, 3 hält *D. event.* bei der Verleumdung für ausgeschlossen. Ebenso *Hilschner* 2 S. 197; *Lucas*, Subj. Verschuldung, S. 45; OAG. Berlin 17./1. 73 (*Stenglein*, Zeitschr. 2 S. 161); *Liszt*, § 96 Anm. 10. A. A. dagegen *H. Meyer*, § 84 Anm. 18. — Nach RG. IV. 13./9. 99 E. 32 Nr. 96 S. 303 genügt bei der Verleumdung die Möglichkeit der Unwahrheit der behaupteten Tatsache. Das ist gewiß richtig. Aber wie steht es um die Behauptung einer Tatsache, die der Behauptende nur „möglicherweise“ für wahr hält? Diese Frage ist nicht allein nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden, erfordert vielmehr ein tieferes Eingehen auf das Wesen der Verleumdung.

<sup>104)</sup> *L.* führt folgendes Beispiel an: „A will den B erschrecken und legt das, wie er meint, ungeladene Gewehr auf ihn an. Tatsächlich war die Waffe geladen und B wird getötet. Kann A der Verurteilung wegen Mordes nur durch den Nachweis entgehen, daß er die positive Überzeugung gehabt habe, das Gewehr sei ungeladen? Daß er darauf los gehandelt hat, unbekümmert um die Folgen seines Leichtsinns — das macht ja gerade seine Fahrlässigkeit aus.“ — Diese Argumentation ist, wenn überhaupt die allgemeine Möglichkeit eines *D. eventualis* angenommen wird, durchaus nicht schlagend. Wenn der Leichtsinns des A z. B. so weit ginge, daß er sich wirklich gar nicht um eine etwaige Ladung der Waffe kümmerte, oder daß er wenigstens das Fehlen der Ladung auf eine ganz leichte Vermutung hin annahm, daß er zweifelte, aber in seinem Übermute — er war z. B. angetrunken — sich über diese Zweifel hinwegsetzte — wie könnte man, wenn überhaupt in irgend einem Falle, der Annahme aus dem Wege gehen, daß der Angeklagte in den Erfolg, „wenn er eintrat, eventuell eingewilligt habe?“

Das von *Liszt* ferner gegebene Beispiel (S. 132), in welchem er *D. eventualis* annimmt, wird m. E. unzutreffend von ihm entschieden. Der Besitzer



die Möglichkeit zeigt, wie eine völlig berechtigte Handlung, durch die Brille der Theorie des *Dolus eventualis* betrachtet, als strafbar erscheinen kann, bietet die Entscheidung des RG. II. v. 8./I. 84 E. 9 Nr. 127 S. 417 ff. Ein bedenklicher Artikel einer dem damaligen Reichskanzler nahestehenden Zeitung hatte ausgeführt, daß durch einen Verzicht des Kaisers auf seine Stellung im Reiche das Deutsche Reich aufgelöst werden könne (und daß es dann auch mit dem Deutschen Reichstage zu Ende sein würde). Eine andere Zeitung bemerkte dagegen: „Wenn die Organe der Regierung so fortfahren, die ganze Nation als von der Gnade ihrer Fürsten (abhängig) darzustellen, so dürfte die deutsche Nation sich vielleicht früher als die Geschichte will, mit dem Gedanken beschäftigen, daß es besser ist, mit der monarchischen Tradition zu brechen und an ihre Stelle einfach die Republik zu setzen.“ Einfach gelesen enthält diese letzte Ausführung nur eine Warnung (es war gesagt: wenn man fortfahre, also in Zukunft etwas tue), wie denn auch der Artikel als „Warnung gegen Warnung“ bezeichnet war. Die Strafkammer hatte auf Grund des § 130 StGB. wegen Anreizung verschiedener Klassen der Bevölkerung zu Gewalttätigkeiten gegeneinander verurteilt. Das RG. hielt diese Verurteilung aufrecht, weil eventueller Vorsatz vom Gerichte als erwiesen angenommen sei, und solcher Vorsatz genüge.

Ich enthalte mich der weiteren Kritik dieser Entscheidung und bemerke nur, daß danach jede in der Presse erfolgende Warnung vor international gefährlichem Verhalten einer Re-

---

einer eingerichteten Wohnung, deren Mieter an schwerer Diphtheritis gestorben ist, vermietet sie sofort nach Beerdigung des Mieters wieder, ohne an der Einrichtung irgendwelche Desinfektion vornehmen zu lassen, ungeachtet der Arzt ihn auf die dringende Gefahr einer Ansteckung aufmerksam gemacht hat, und er die Überzeugung hat, daß der Arzt völlig Recht habe. Der neu einziehende Mieter stirbt an Diphtherie. Der Vermieter, der allerdings einer argen Fahrlässigkeit sich schuldig gemacht hat, will aber den Tod des neuen Mieters gewiß nicht; dieser wird ihm vielmehr höchst unangenehm sein. Er hofft in egoistischem Leichtsinne, daß die Sache gut abgehen werde, und möglich ist ja auch, daß der neue Mieter gesund bleibt (vielleicht hat der Vermieter sogar Fenster und Türen geöffnet, um kostenlos und ohne große Umstände zu desinfizieren). Der Unterschied der von *Liszt* erwähnten Fälle liegt nur darin, daß man gewöhnlich mit dem, der in freventlichem Übermute andere mit dem Gewehre bedroht, weil er später meist Reue empfindet, ein weitgehendes Mitleid hat, während man dem habgierigen Vermieter — er ist ja in der Tat, wenn nicht gehörig bestraft, ein gefährlicher Mensch — eine tüchtige Strafe wünscht. Also Strafe nach dem Charakter und der allgemeinen Lebensweise oder Erwerbstätigkeit!

gierung — z. B. Neutralitätsverletzungen während eines unter fremden Staaten ausgebrochenen Krieges — als Landesverrat,<sup>105)</sup> begangen mit eventuellem Dolus, aufgefaßt werde könnte; denn eine der im Kriege befindlichen Regierungen könnte ja dadurch veranlaßt werden, das gerügte Verhalten unseres Staates als Vorwand zu einem Kriege gegen uns zu benutzen.

§ 174. Die moderne Theorie des *Dolus eventualis*, obgleich ausgerüstet mit teilweise mißverstandenen und unanwendbaren Schaustücken der Philosophie und insbesondere der Psychologie, stellt in der Tat einen Rückgang gegenüber der älteren Theorie dar, wie wir sie insbesondere noch im XVIII. Jahrhundert herrschend finden. Wenn damals auf das „*Versari in re illicita*“ und auf den „*Animus nocendi*“ Gewicht gelegt wurde, um jemanden des *Dolus indirectus* schuldig zu finden, so war damit gesagt, daß niemand dieses Dolus schuldig sei, der nicht ohnehin schon eine gewisse direkte verbrecherische Absicht hatte; es handelte sich also nicht um Bestrafung jemandes, der *principaliter* gar keine verbrecherische Absicht hatte, sondern nur um ein Mehr oder weniger der Strafbarkeit einer an sich schon unzweifelhaft strafbaren und vorsätzlichen Handlung, mit anderen Worten: nur um eine Anwendung des noch unten bei der Lehre vom Irrtum zu benutzenden Satzes, daß der Handelnde nicht jede Wirkung seiner Tätigkeit deshalb als ihn nicht mit Verantwortlichkeit belastend, als wenigstens nicht gewollt von sich abweisen kann, welche nicht ganz genau schon in dem Bilde enthalten ist, das er bei Vornahme seiner Tätigkeit sich von dem Erfolge entworfen hat: eine Photographie des Erfolges im voraus zu besitzen, ist zur Verantwortlichkeit für den Erfolg nicht erforderlich. Lediglich auf diesem Standpunkte stehen auch Bestimmungen wie die des bayerischen GB. von 1813 Art. 41, des sächsischen GB. von 1838 Art. 31, des hannoverschen Art. 43, wenn diese dem Handelnden, der ein Verbrechen wollte (bzw. einen verbrecherischen Vorsatz hatte), auch das größere aus der Handlung entstehende Verbrechen als vorsätzliches anrechnen,

<sup>105)</sup> Lehrreich ist wohl der bekannte Prozeß *Geffcken* (1888). Daß wirklich eine Gefahr für den Bestand des Deutschen Reiches durch die Veröffentlichung der Auszüge aus den Tagebüchern Kaiser Friedrich III. entstanden sei, wird heutzutage nicht leicht behauptet werden.

wenn das größere Verbrechen „ebenso leicht“ oder ebenso wohl eine Folge der Tätigkeit des Handelnden sein konnte. Eine Berufung auf diese Gesetzbücher ist also zugunsten der modernen Theorie genau betrachtet unzulässig, da diese Gesetzbücher einen *Dolus eventualis* bei einem an sich nicht verbrecherischen Handeln nicht kennen.<sup>105a)</sup> Der Fall, daß jemand, der eine an sich erlaubte Tätigkeit vornahm, wegen *Dolus indirectus* oder *eventualis* hätte bestraft werden sollen, wäre den Juristen früherer Jahrhunderte bis zu *Bartolus* und *Gardinus* hinauf als Ungeheuerlichkeit erschienen; nicht ein einziges dahin gehörendes Beispiel habe ich gefunden. Und unter dem *Animus nocendi* wurde nicht verstanden die ganz unbestimmte Absicht zu schaden — schaden kann man jemanden dadurch, daß man ihn bestiehlt, betrügt, mißhandelt, oder auch ärgert und dadurch an seiner Gesundheit schädigt, daß man ihn absichtlich nicht grüßt! —, die als solche gewisse nicht rechtlich in Betracht kommen kann, vielmehr die Absicht, eine Handlung zu begehen, die zwei oder mehrere verwandte Delikte umfassen kann, von denen eines oft die Folge des anderen ist, wie das namentlich bei Tötung und Körperverletzung der Fall ist.<sup>106)</sup> So betrachtet ist der *Dolus indirectus* nicht so unsinnig, wie die moderne Wissenschaft, oft ohne ihn wirklich zu kennen, behauptet: „*Vulnera non dantur ad mensuram.*“ Wer jemanden mittels eines gefährlichen Werkzeuges vorsätzlich verwundet, soll darauf gefaßt sein, ihn eintretendenfalls zu töten. Somit hatte man, wenn auch keine vollkommen richtige, so doch eine richtigere Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit als heut-

<sup>105a)</sup> Wenn andere Gesetzbücher nicht von einem *principaliter* gewollten verbrecherischen Erfolge, sondern von einem gewollten Erfolge im allgemeinen redeten (so z. B. württembergisches GB. Art. 57, hessisches GB. Art. 60), so war damit doch ein anderer Sinn wohl nicht verbunden. (Vgl. *Hepp*, Kommentar z. württembergischen GB. 1 S. 478, und besonders *Breidenbach*, Kommentar z. hessischen GB. 2 S. 60, welcher beim Fehlen einer *principaliter* auf ein Verbrechen nicht gerichteten Absicht nur Fahrlässigkeit annimmt.)

<sup>106)</sup> Vgl. oben. Daher wird freilich auch Tötung im Duell von *Leyser* Spec. 607 n. 1 ff. als Tötung mit indirektem Dolus behandelt, und dies wird n. 12 das. sogar auf diejenigen erstreckt, welche zum Duell anhetzen. (Mit letzteren verfuhr, wie *Leyser* zugesteht, die Praxis übrigens milder.) — Dagegen wird Übertretung eines Polizeiverbotes nicht als *Versari in re illicita* in diesem Sinne behandelt. *Kreß* ad CCC. art. 136 § 1 n. 3. (Jemand hält schädliche Tiere gegen obrigkeitliches Verbot. Kommt durch diese jemand ums Leben, so wird doch der Dolus, soviel diese Folge betrifft, verneint.) Einen ähnlichen ebenso entschiedenen Fall siehe bei *Leyser*, Spec. 603 n. 1 ff.

zutage, wo aus der Annahme eines *Dolus eventualis* auch dem völlig Unschuldigen, wenn man ihm nur Böses zutraut, ein Strick entstehen kann,<sup>106a)</sup> und dabei bedenke man, daß sogar der Versuch eines mit *Dolus eventualis* geplanten Verbrechens für möglich erachtet werden kann. Auch die heutige französische Praxis kennt nur einen *Dolus eventualis* in dem beschränkten Sinne des alten *Animus nocendi*: „L'intention est éventuelle, lorsque l'agent voulait commettre un mal déterminé, mais que les conséquences du fait ont dépassé le résultat.“<sup>107)</sup> Dabei unterscheidet *Garraud* 1. notwendige Folgen: diese sind mitgewollt; 2. ebenso gewöhnliche (*habituelles*); 3. ungewöhnliche: diese sind nicht mitgewollt.

§ 175. Es ist daher vielleicht doch zu erwarten, daß die freilich gegenwärtig nur wenig zahlreiche Opposition<sup>108)</sup> gegen die Annahme einer allgemeinen Möglichkeit eines *Dolus eventualis* allmählich eine Doktrin verdränge, die besonders in den letzten Dezennien der deutschen Strafjustiz vielfach Mißkredit und berechtigten Spott eingetragen hat.<sup>109)</sup>

<sup>106a)</sup> Es ist bezeichnend, daß, selbstverständlich ohne irgend welche den Gerichten zur Last zu legende Parteilichkeit, die Theorie vom *Dolus eventualis* in Preß- und Beleidigungsprozessen vielfach gegen Sozialdemokraten und Publizisten der Opposition zur Anwendung gebracht ist, vgl. z. B. RG. I. 23./12. 86 E. 15 Nr. 37 S. 119: Einer auf Herbeiführung des als möglich erkannten Erfolges der Verbreitung, d. h. des Gelangens der Druckschrift an mehrere Personen, gerichteten Absicht bedürfte es nicht; es genüge vielmehr, daß der Handelnde diesen Erfolg von seinem Willen nicht hatte ausschließen wollen oder auch nur bei Vornahme der Handlung einsah, er könne sein Eintreten nicht hindern. „Auch derjenige verbreitet (!) eine (verbotene) Druckschrift, der diese auch nur an eine Person abgibt oder versendet, insofern er sich hierbei nicht zu der Annahme berechtigt fühlt, sie werde nicht weiter in andere Hände gelangen.“

<sup>107)</sup> *Garraud* 1 n. 281.

<sup>108)</sup> *Löffler* S. 226 (der insbesondere sich gegen die Theorie der eventuellen Einwilligung erklärt), *Stoß* Zeitschr. 15 S. 199 (der richtig bemerkt, der *Dolus eventualis* sei nur Gefährdungs-, nicht Verletzungsvorsatz (also nicht Vorsatz für den weiteren schädlichen Erfolg), aber ein ungeeignetes Beispiel anführt und damit *Liszt* (Gutachten S. 116) Grund zu einem speziell, nicht aber allgemein berechtigten Gegenangriff bietet). Ferner *Huther* GS. 56 S. 243. Übrigens kann auch *Glaser* als Gegner der Annahme eines *Dolus eventualis* angeführt werden, da er (vgl. GS. 1858 S. 30 und den Abdruck dieses Aufsatzes in *Glaser's* Ges. Schriften 2. Aufl. 1 S. 100) als vorsätzlich herbeigeführt nur solche Ereignisse bezeichnet, die entweder uns erwünscht sind oder mit Bestimmtheit als Folge unseres Verhaltens von uns erwartet werden. Alle übrigen Fälle, bemerkt *Glaser* ausdrücklich, gehören teils in das Gebiet der Culpa, teils in das Gebiet völliger Schuldlosigkeit. Energisch gegen den *Dolus eventualis*: *Temme*, Arch. f. d. strafrechtl. Entscheidungen d. obersten Gerichtshöfe (1854) 1 S. 184 u. 187 Anm.

<sup>109)</sup> *Liszt* spricht hier (Gutachten S. 127) von Urteilen, welche das Rechtsbewußtsein des Volkes in seinen tiefsten Tiefen erregen und erbittern. Es dürfte aber recht zweifelhaft sein, ob bei Annahme der von ihm empfohlenen Formel, es müsse der Angeklagte in den Erfolg eingewilligt haben (natürlich nur eventuell) in dieser Weise zu kritisierende Urteile vermieden werden.

§ 176. In eine besondere Schwierigkeit wird die herrschende Theorie des *Dolus eventualis* verwickelt durch eine Reihe von Bestimmungen des StGB., welche bei vorsätzlicher Begehung bestimmter gemeingefährlicher Verbrechen eine erhöhte Strafe für den Fall eines dadurch verursachten besonderen Erfolges (des Todes eines Menschen, einer schweren Körperverletzung, der Strandung eines Schiffes usw.) androhen. Wenn irgendwo die Annahme eines *Dolus eventualis* naheliegt, so ist es der Fall bei denjenigen dieser gemeingefährlichen Delikte, bei denen der herrschenden und richtigen Ansicht nach, weil gerade die Herbeiführung der Gefahr<sup>109a)</sup> zu dem gesetzlichen Tatbestande des Verbrechens gehört, der Dolus des Schuldigen auch diese Gefahr umfassen muß. Werden aber Bestimmungen, wie die der §§ 312, 315, 322 auch auf den Fall des *Dolus eventualis* bezogen, der nach der herrschenden Ansicht nicht anders zu strafen ist wie ein gewöhnlicher, bestimmt auf den Erfolg gerichteter Dolus, so ergibt sich, daß der durch Überschwemmung, durch Gefährdung eines Eisenbahntransportes herbeigeführte Mord (selbst mehrerer Personen!) milder zu bestrafen ist, als der einfache Mord; denn diesem droht § 211 unbedingt Todesstrafe, während nach § 312, 315 der mittels gemeingefährlicher Überschwemmung, mittels Beschädigung eines Eisenbahntransportes herbeigeführte selbst mehrfache Mord mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren und nur im Maximum mit lebenslanglichem Zuchthaus bedroht ist. Absolut unzulässig ist es, hier bei Annahme eines *Dolus eventualis* einen Konkurrenzfall anzunehmen; denn die besondere Bestimmung über das gemeingefährliche Delikt deckt dann vollständig den Fall gegenüber den allgemeinen Bestimmungen über den einfachen Mord, und will man sie beschränken auf den Fall eines *Dolus eventualis*, also unbestimmten Dolus, so steht das in Widerspruch mit der behaupteten Gleichstellung (gleichen Bestrafung) des direkten und des eventuellen Dolus. Nimmt man aber an, daß jene Bestimmungen sich nur auf Fälle beziehen, in denen Verursachen

<sup>109a)</sup> Der *Dolus eventualis* ist, wie gezeigt worden, eigentlich ein Gefährdungsvorsatz. Vgl. in diesem Sinne besonders Löffler S. 273. Schlagend ist hier StGB. § 312: „Wer mit gemeiner Gefahr für Menschenleben vorsätzlich eine Überschwemmung herbeiführt.“ Wer an die Gefahr denkend die Überschwemmung herbeiführt, muß eventuell es „gebilligt“ haben, daß eintretendenfalls ein Mensch infolge der Überschwemmung oder bei derselben das Leben verliere.

nur das Verursachen im Sinne der Theorie des Bedingungsverhältnisses und zugleich höchstens den Fall wirklicher Culpa mitbegreift,<sup>109b)</sup> so deckt keine der beiden in Betracht kommenden Bestimmungen den Fall vollständig; es liegt also ein Konkurrenzfall vor, und es kommt die schwerere Strafe des § 211 zur Anwendung, wenn der Tod eines Menschen beabsichtigt war und eintrat, bzw. wenn ein Konkurrenzfall von § 315 und 225 vorliegt, so tritt die schwerere Strafe des § 225 ein, die Strafe des § 315 dagegen, wenn nicht zugleich gerade eine schwerere Körperverletzung beabsichtigt war. Mit diesem Ergebnis stimmt es überein, daß die Motive des Entwurfes des StGB. für die erwähnten Bestimmungen, die Annahme eines Dolus überhaupt (also auch eines *Dolus eventualis*) ablehnen.<sup>109c)</sup>

§ 177. Es ist aber zu bemerken, daß jemand auch eine Handlung vornehmen kann, gerade mit Rücksicht darauf, daß sie einen recht unbestimmten, möglicherweise recht weitgehenden Erfolg haben könne: er erblickt gerade in einer unbestimmt und daher besonders gefährlichen und schreckenerregenden Wirkung seiner Tat den Zweck derselben und findet darin Befriedigung; z. B. jemand wirft eine Sprengbombe unter einen Haufen Menschen, oder er legt eine solche Bombe auf die Straße in der Erwartung, daß sie entweder nur Schaden an Gebäuden anrichten oder auch Menschen verletzen oder töten werde. Dann ist jeder der wirklich eintretenden Erfolge gewollt, aber genau betrachtet, nicht even-

<sup>109b)</sup> Vgl. unten die Erörterung über die durch bestimmten Erfolg qualifizierten Delikte.

<sup>109c)</sup> Besonders eingehend und scharfsinnig sind diese Fälle erörtert von *Löffler* S. 272. Er gelangt aber, ausgehend von der Annahme, daß jene Bestimmungen auch den *Dolus eventualis* umfassen, „in dieser Drangsal“ der Interpretation auch zu einem befriedigenden Ergebnisse nicht, da er die Lösung findet in der höchst künstlichen und in der Praxis bei vorsätzlich ausgeführten gemeingefährlichen Delikten unausführbaren Unterscheidung von prämeditiertem und nicht prämeditiertem Dolus: die betreffenden besonderen Bestimmungen sollen den nichtprämeditierten, nicht aber den prämeditierten Dolus umfassen, eine Lösung, von der das Gesetz keine Spur enthält und bei der das „*Legge non distinguente, non nostrum est distinguere*“ ohne weiteres Anwendung finden muß. Zu den im Text angenommenen, das Rechtsgefühl befriedigenden Ergebnissen (daß die strengere Rechtsbestimmung zur Anwendung zu kommen habe) gelangt auch *Binding* 1 S. 367. Da aber durch *B.s* (dem *Dolus eventualis* ganz besonders günstige) Konstruktion des Willens der Weg zur Lösung versperrt ist, so stellt *B.* eine neue Form der Konsumtion einer Strafdrohung durch die andere auf, die es überhaupt nicht gibt; vgl. dagegen auch *Löffler* S. 274.

tuell gewollt, sondern in dem unbestimmten Erfolge, der vorgestellt und erstrebt wurde, mitbegriffen. In der Vorstellung des Handelnden erscheinen die verschiedenen möglichen Erfolge nicht im Verhältnisse der Eventualität, sondern gewissermaßen als gleichzeitige koordinierte Ausstrahlungen derselben Tätigkeit, wie dies am deutlichsten im Falle der explodierenden Bombe wird: sie erschreckt alle Anwesenden, sie tötet den A und verwundet drei andere Personen. In der Sprache des gewöhnlichen Lebens ausgedrückt, es handelt sich hier um Fälle, in denen jemand in raffinierter Weise ein Mittel anwendet, das seiner Natur nach recht verschiedene, mehr oder weniger weitreichende Erfolge herbeiführen kann.<sup>110)</sup>

Man hat diese Beurteilung der letztgenannten Fälle als Zugeständnis dafür betrachtet, daß doch ohne den *Dolus eventualis* praktisch nicht auszukommen sei.<sup>111)</sup> Es handelt sich hier aber genau betrachtet nicht um Ausnahmefälle, in denen *Dolus eventualis* angenommen wird, vielmehr um einen absicht-

<sup>110)</sup> Das frivole, rücksichtslose Hineinreiten in eine Menschenmenge, wobei es bei dem bloßen Schrecken bewenden kann, aber ebensogut schwere Verletzungen erfolgen können, wird ebenso aufzufassen sein, wenn der Handelnde bestimmtere, beschränktere Zwecke nicht verfolgte oder diesem Zwecke entsprechend seine Tätigkeit nicht einrichtete. Indes kann doch dem Schuldigen, wenn er dabei den Tod eines Menschen verursacht, ein auf Tötung gerichteter Dolus nicht zur Last gelegt werden, da jener besondere Erfolg immerhin nur eine entfernte Möglichkeit darstellt. Vgl. auch die Entscheidung bei *Clarus*, § Homicidium n. 3, der bei einem gegen eine Menschenmenge erfolgten Steinwurf nur Culpa bezüglich der Tötung annimmt, mit dem Bemerkten: „*et haec est communis opinio*“.

Es kann aber auch ein Schuß in der unbestimmten Absicht abgefeuert werden, damit beliebiges Unheil anzurichten; z. B. jemand feuert aus Wut, weil ihm die Tür verschlossen wird, in das Fenster eines Hauses einen Schuß ab, wohl wissend, daß er dadurch leicht jemanden töten könne. Vgl. über solchen Fall schon *Carpsow*, Pr. qu. 5 n. 39.

<sup>111)</sup> So *Hamm*, D. Juristenzeit. 1898 S. 357, und *v. Hippel* S. 110. — *Huther*, GS. 56 S. 243, 244, wie er selbst bemerkt „ein entschiedener Gegner des *Dolus eventualis*“, meint, ich verteidige doch den *Dolus eventualis* insofern, als ich notwendige Folgen (d. h. als notwendig vorgestellte Folgen) ohne weiteres dem Handelnden mit zum Dolus anrechne. Er benutzt zum Beweise ein von *Buri* aufgebrachtes Beispiel (in anderer Weise als *Buri*). Tapfere Reiter, die in der Schlacht einen sog. Todesritt unternehmen, wollen doch ihren Tod nicht, sie lassen ihn nur zu. Ganz richtig. Aber sie sind, so lange sie noch leben, doch bemüht, ihr Leben zu erhalten. Sie reiten z. B. in scharfem Galopp, um nicht sofort vom Feinde erschossen zu werden, und unmöglich ist doch auch nicht, daß einige mit dem Leben davon kommen. Hier haben wir also, den Tod der Reiter betreffend, nicht einmal eine unausbleibliche, sondern nur sehr wahrscheinliche Folge, und dieser sucht jeder einzelne so lange als möglich zu entgehen. Sagt man, die Reiter wollen in solchem Falle ihren Tod, so ist das nur ein ungenauer Ausdruck, ebenso wie in anderen bereits oben S. 338 erwähnten Fällen.

lich, einerlei aus welchen Gründen herbeigeführten Erfolg, und unzutreffend ist der Einwand *Hippels*, daß es auf das angewandte besondere, einen unbestimmten Erfolg verheißende Mittel nicht ankomme, daß „wer handelt, der pflegt bestimmte Zwecke zu verfolgen, ganz gleichgültig, ob er dafür mehr oder weniger raffinierte Mittel anwendet“. Oft bestimmt im Gegenteil die Abneigung gegen ein bestimmtes Mittel den Entschluß. Es unterbleiben Selbstmorde, weil die bequem anzuwendenden oder zu erlangenden Mittel gefürchtet werden, und andererseits verführt ein bequemes und an sich gefallendes Mittel häufig zur Tat. Das besonders ausgesuchte, einen umfassenden Erfolg in wenn auch unbestimmter Weise verheißende Mittel beweist daher einen umfassenden Vorsatz.

Der folgende Fall wird aber wohl in der Praxis heutzutage allgemein anders entschieden werden. A wird von dem Gendarmen B verfolgt; er wendet sich um und schießt auf den Gendarmen mittels eines Revolvers; der Schuß ist tödlich. Kam es nach Lage der Sache dem A nur darauf an, den Gendarmen an der Verfolgung zu hindern, so wird A nur wegen Körperverletzung mit tödlichem Erfolge, nicht wegen Totschlags nach StGB. § 214 verurteilt werden dürfen, weil eventuell sein Vorsatz auf Tötung gerichtet gewesen wäre. A hatte nach Lage der Sache kein anderes Mittel, die Verfolgung zu hindern, als eben den B mittels der Schußwaffe erheblich zu verwunden; er hat hier nicht auf einen unbestimmten Erfolg besonders hingearbeitet. Wollte man die vollen Konsequenzen aus dem *Dolus eventualis* ziehen, so würde es kaum noch zu den doch so häufigen Verurteilungen wegen (vorsätzlicher) Körperverletzung mit tödlichem Ausgange kommen; vielmehr müßte in derartigen Fällen meist Totschlag oder Mord angenommen werden, und merkwürdig ist in der Tat, daß, während der sog. indirekte Dolus in Fällen dieser letzteren Art keine Rolle mehr spielt, er in der Gestalt von *Dolus eventualis* um so mehr angenommen wird in anderen Fällen, die in der früheren Jurisprudenz als Fahrlässigkeitsfälle behandelt wurden.

§ 178. Auch ist es wahrer, direkter, nicht eventueller Dolus,<sup>111 a)</sup> wenn jemand, wünschend, daß ein bestimmter Erfolg

<sup>111 a)</sup> Bei genauerer Betrachtung wird man überhaupt finden, daß in manchen Fällen, in denen die Praxis *Dolus eventualis* angenommen hat, es sich in Wahr-



eintrete, gleichsam das Schicksal daraufhin versucht, ob eine von ihm vorgenommene Tätigkeit den unwahrscheinlichen Erfolg herbeiführen werde: es ist eine unrichtige Auffassung, zu behaupten, der Wille werde hier vom Erfolge abhängig gemacht; vielmehr benutzt der Schuldige eine besondere ihm sich anbietende Gelegenheit, wenngleich der Eintritt des Erfolges hier nicht gerade wahrscheinlich ist. So schildert *Müllner* den Seelenzustand des Mörders, der den verhaßten Bruder bei der auf der Jagd sich anbietenden günstigen Gelegenheit erschießt, ein Seelenzustand, der durchaus verschieden ist von einem „mit in den Kauf nehmen“, einem bloßen Billigen, einem „auf die Gefahr hin handeln“. Der Erfolg ist hier ein erwünschter; der Schuldige redet sich nur ein, er sei weniger schuldig, wenn der Zufall, den er selbst in Bewegung setzt, dabei mitwirkt.<sup>112)</sup>

§ 179. Mit direktem Dolus handelt ebenfalls wer absichtlich sich der Kenntnisnahme von Umständen entzieht, die seiner Handlung den verbrecherischen Charakter aufprägen. So der Wucherer, der Darlehne durch Mittelspersonen gibt, um darauf sich berufen zu können, daß er von der Notlage, dem Leichtsinne oder der Unerfahrenheit des Darlehensempfängers keine Wissenschaft gehabt habe; er weiß sehr wohl, daß er die hohen Zinsen aller Regel nach nur bei einer Notlage usw. des Darlehensempfängers zugesichert erhält. Der völlig unwahrscheinliche Fall, daß jemand, der nicht in Not sich befindet oder nicht leichtsinnig oder unerfahren ist, ihm die erstrebten Vorteile zusichern werde, kann nicht in Betracht kommen. So auch wenn jemand sich absichtlich nicht darum kümmert, ob die ihm unter verdächtigen Umständen (z. B. zu billig) zum Kauf

---

heit um einen nicht-eventuellen Dolus handelte, daß man aber die Indizien, welche für oder bzw. gegen die Annahme des einfachen Dolus sprachen, nur nicht zu finden oder zu würdigen verstand. Der *Dolus eventualis* war hier eine unbewußt willkommen geheißene Aushilfe, wie in früherer Zeit die sog. Verdachtsstrafe. Die übliche völlige Vernachlässigung des Studiums der Beweiswürdigung (der rationellen Beweistheorie) äußert natürlich gewisse Einwirkungen auf die Behandlung des materiellen Strafrechts.

<sup>112)</sup> *Müllner* „Die Schuld“ IV, 6:

„Wär's gewiß, ihr tåtet's nicht,  
Aber ob Du triffst, zischt nur dem  
Wankenden Gemüt der Teufel  
Zu und zucket in der Hand,  
Und das ferne Opfer liegt.“

angebotenen Sachen nicht durch eine strafbare Handlung in den Besitz des Verkäufers gelangt sind.

Und selbstverständlich nicht *Dolus eventualis* ist es, wenn jemand zwei Mittel zur Erreichung eines Erfolges anwendet in der Art, daß, wenn das eine versagt, das andere seinen Dienst tue. Das mangelnde Vertrauen in das erst angewendete Mittel ist nichts anderes als die Vorstellung, der Erfolg sei nicht gewiß, und diese Vorstellung schließt direkten Dolus nicht aus. Der Dolus ist sogar in solchen Fällen oft recht intensiv, da er auf genauer Überlegung der anzuwendenden Mittel beruht.

§ 180. Von einem eventuellen Wollen ist ferner nicht zu reden, wenn ein zusammengesetzter oder weitergehender Erfolg gewollt und nur ein Teil desselben realisiert ist, z. B. jemand will einen Diebstahl mit Einsteigen begehen; nachdem er eingestiegen ist, gibt er den Versuch des Diebstahls auf; hier ist der im Einsteigen liegende Hausfriedensbruch nicht eventuell, vielmehr direkt gewollt. Und ebenso verhält es sich, wenn A in der Absicht zu töten den B verwundet, dann aber den Tötungsversuch freiwillig aufgibt; die Verwundung ist der Vorerfolg, das Mittel, im Verhältnis zur Tötung, wenn letztere gewollt ist, muß erstere auch gewollt sein.<sup>113)</sup> Im Zivilrecht geht man freilich zuweilen von der Ansicht aus, daß in dem Plus eventuell auch das Minus enthalten sei, so nimmt man ja an, daß in dem auf 1000 Mk. gerichteten Klageantrage eventuell — wenn das Gericht die Forderung nur zu einem minderen Betrage begründet findet — auch ein auf diesen minderen Betrag gerichteter Antrag zu befinden sei. Im Zivilrecht hat aber die Willenserklärung Freiheit; im Strafrecht dagegen vermag der Wille sich von der vorgestellten Wirklichkeit nicht

<sup>113)</sup> Daher ist es auch unrichtig, wenn in dem Urte. RG. III 21./4. 94 E. 25 Nr. 109, bes. S. 323 gesagt wird, daß Aussetzung eines Kindes *principaliter* in der Absicht das Kind zu töten vorgenommen werden könne, und eventuell zugleich in der Absicht wenigstens der Sorge für das Kind ledig zu werden. Es wird hier verwechselt der Vorsatz bezogen auf den wirklichen Vorgang mit der Vorstellung der individuellen Befriedigung. Der Handelnde ist eventuell mit dem minderen Erfolg zufrieden, aber er hat ihn nicht eventuell, sondern in erster Linie als Vorerfolg des schwereren Erfolgs erstrebt (gewollt). Idealkonkurrenz von Aussetzung und Tötung ist möglich, wenn der Vorsatz auf Tötung ging, nicht aber, wenn Aussetzung beabsichtigt wurde, und die handelnde Person nur sich vorstellte, das ausgesetzte Kind könne leicht ums Leben kommen; denn diese Vorstellung muß sich immer bei der Aussetzung finden. Die zitierte Entscheidung des RG. nimmt freilich Möglichkeit der Aussetzung mit eventuellem Tötungsdolus an.

derartig zu emanzipieren, daß er den voraufgehenden geringeren Erfolg als eventuell dem umfassenderen Erfolge nachfolgend betrachten könnte. Es kann aber sein, daß der weitergehende Erfolg eine andere ethische Bedeutung hat als der mindere oder der Vorerfolg, und dann kann man nicht sagen, daß letzterer gewollt sei. So liegt, wenn jemand Selbstmord begehen will, um sich der Erfüllung der Wehrpflicht zu entziehen, dabei aber sich nur verstümmelt, keineswegs das Delikt des § 142 vor. Man wird es für schimpflich erklären, wenn jemand sich der Erfüllung der Wehrpflicht entziehen, aber leben und die durch den Staat gebotenen Vorteile genießen will; anders aber, wenn jemand eine solche Abneigung gegen den Wehrdienst empfindet, daß er lieber aus dem Leben scheidet. Ebenso ist es nicht dolose Körperverletzung, wenn jemand in der Absicht, einen anderen auf dessen ernstliches Verlangen zu töten, diesen nur körperlich verletzt. (§ 216.)<sup>114)</sup>

§ 181. Es gibt aber als Ausnahmefälle Delikte, die nur Gefährdungs- nicht Verletzungsdolus voraussetzen. So das Delikt der Vergiftung StGB. § 229, der Aussetzung § 221. Hier werden in der Tat Fälle bestraft, in denen sich ein auf Minderes gerichteter Vorsatz mit bewußter, auf schwereren Erfolg gerichteter Fahrlässigkeit verbindet. Diesen Dolus nennt man hier Gefährdungsdolus. Aber genau betrachtet schließt der Ver-

---

<sup>114)</sup> So ist nach dem StGB, der auf sog. Mundraub gerichtete Dolus ein von dem gewöhnlichen Diebstahlsdolus verschiedener. Der erstere Dolus kann daher nicht in den anderen übergehen. Wenn also ein mit Einbruch begangener Mundraub des Einbruchs ungeachtet doch Mundraub bleibt, so wird die Tat desjenigen, der (z. B. aus Hunger) ausschließlich auf Mundraub ausgehend einen Schrank erbricht, darin aber Eßbares nicht findet und nun eine andere im Schrank befindliche Sache sich aneignet, nicht Diebstahl mit Einbruch. Im entgegengesetzten Sinne haben freilich die Ver. Senate des RG. unter d. 7./7. 89 (E. 14 Nr. 78 S. 312) entschieden in Konsequenz der Auffassung, daß der auf bloßen Mundraub gerichtete Dolus auch Diebstahlsdolus und daß für diesen Dolus das konkrete Objekt gleichgültig sei: es sei stets Diebstahl mit Einbruch, wenn der Einbrechende die Sache, die er zu finden hoffte, nicht finde und dann statt derselben eine andere stehle. Letzteres ist richtig, nicht aber die Identität des Mundraub- und des Diebstahlsdolus. Die Schwäche der Deduktion des reichsgerichtlichen Urteils ergibt sich übrigens auch daraus, daß es nun von dem Instanzgerichte eine tatsächliche Feststellung darüber verlangte, ob der Angeklagte den früheren Entschluß aufgegeben hatte bei Wegnahme der Sache oder nicht. Im letzteren Falle sei ein mit Einbruch begangener Diebstahl, im ersteren ein einfacher Diebstahl anzunehmen. Wie diese Feststellung mit einiger Sicherheit erfolgen könne, ist mir unklar. Die Beurteilung des Dolus kann doch gewiß nicht von der rein subjektiven Beurteilung des Handelnden selbst oder gar dessen Belieben abhängen.

letzungsdolus dem vorstehenden zufolge eigentlich immer *principaliter* einen Gefährdungsdolus in sich; in dem Sinne in sich, daß zunächst die Gefahr als Vorstufe der Verletzung und zugleich allerdings zeitlich nachfolgend die Verletzung gewollt wird; denn das oft freilich nur einen verschwindend kleinen Zeitteil einnehmende Stadium der Gefahr geht doch stets der wirklichen Verletzung voraus: die abgeschossene Kugel gefährdet, ehe sie trifft. Dieser implicite vorhandene Gefährdungsvorsatz ist also noch mit einem weitergehenden Vorsatze verbunden und dieser letztere enthält über die bewußte Culpa hinaus noch ein Mehr, das Streben nach Verletzung. Daher kann, wenn jemand von einem Giftmorde freiwillig zurücktritt, doch das Verbrechen der Vergiftung, und wenn die ihr Kind mit Tötungsabsicht aussetzende Mutter das Kind, nachdem es bereits in hilfloser, gefährlicher Lage wirklich verlassen war, reuevoll noch rettet, das Delikt der Aussetzung bestehen bleiben.<sup>115)</sup> Durch den freiwilligen Rücktritt vom Versuche wird nur der Verletzungsdolus juristisch annulliert; was übrig bleibt, ist genau das Gefährdungsdelikt. Ein eventuelles Wollen aber ist auch hier allerdings eine Unmöglichkeit, und diese besonders stark hervortretende Unmöglichkeit hat *Binding* (Normen 2 S. 520 Anm. 747) zur Annahme der gegenteiligen Ansicht bewogen.<sup>116)</sup> Das unbefriedigende, das Gerechtigkeitsgefühl in manchen Fällen verletzende Ergebnis<sup>117)</sup> — tatsächlich sehr gefährliche Versuchshandlungen, die aber nicht unter das Gefährdungsdelikt fallen, können bei freiwilligem Rücktritt straflos bleiben, während in den besprochenen Fällen unserer Ansicht nach Strafe einzutreten hat —, läßt sich nur durch einen Rücktritt vom Versuche betreffende Vorschrift beseitigen (vgl. unten).<sup>118)</sup>

§ 182. Die oben (vgl. zu Anm. 73, 74) zusammengefaßten Ergebnisse sind dem vorstehenden zufolge dahin zu vervollständigen:

<sup>115)</sup> Übereinstimmend *Geyer* in Holtzend. Hdb. 3 S. 564 und 4 S. 384. *Schütze*, Lehrb. S. 404 Anm. 9 O.T. Berlin 22./6. 75 GArch. 25 S. 527 (freilich mit ungenügender Motivierung). Auch anscheinend *Schwarze* § 229, 3.

<sup>116)</sup> Vgl. im Ergebnisse *Binding* beitreten: *Olshausen* § 229, 10; *Frank* 229 IV.

<sup>117)</sup> Vgl. *Binding*, Lehrb. § 16, 5.

<sup>118)</sup> Übrigens würde auch, wie schon *Geyer*, Holtzend. Hdb. 4 S. 384, bemerkt hat, das besondere Vergiftungsdelikt richtiger im StGB. zu streichen sein.

Es ist möglich mehrere Erfolge gleichzeitig zu erstreben, so daß der eine den anderen ausschließen soll (*Dolus alternativus*), oder so daß sie als gleichzeitige Ausstrahlungen einer Tätigkeit aufgefaßt werden, wenn der Handelnde gerade in der Unbestimmtheit des Erfolges sein Ziel (oder seine Befriedigung) findet. (Er läßt absichtlich ein Mittel wirken, das einen unbestimmten nach verschiedenen Richtungen verschieden ausstrahlenden Erfolg hat.) In dem letzteren Falle ist der weitgehendste Erfolg als möglicher, sofern er nicht völlig unwahrscheinlich ist, im Vorsatz einbegriffen.<sup>118a)</sup> Dagegen ist ein eventueller Vorsatz in dem Sinne, daß der Handelnde seinen Vorsatz oder das mehr oder weniger Umfassendere seines Vorsatzes von dem Erfolge abhängig mache, nicht möglich.

Bezieht nach der Wortfassung des Gesetzes der Vorsatz sich nicht auf Herbeiführung eines Erfolges, sondern auf das Handeln unter gewissen Voraussetzungen (Tatumständen), so ist Vorsatz nur vorhanden, wenn der Handelnde positiv weiß, daß diese Voraussetzungen zutreffen oder absichtlich sich der Kenntnisnahme dieser Voraussetzungen entzieht. Es kann aber auch der Sinn eines einzelnen Strafgesetzes sein, daß strafbar auch sein soll das Handeln auf die Gefahr oder die Möglichkeit hin, daß jene Voraussetzungen (Tatumstände) vorliegen.

Ein minderer Erfolg (Vorerfolg) ist, wenn ein weitergehender erstrebt wird, ebenfalls gewollt; insbesondere will, wer verletzen will, stets auch gefährden.

§ 183. Gibt es einen der Tat nachfolgenden Vorsatz, *Dolus subsequens* (oder *consequens*)?<sup>119)</sup> Es scheint dies eine Unmöglichkeit, da die Tat umgekehrt dem Vorsatze nachfolgen muß, der die Tat als zukünftige sich vorstellt,<sup>120)</sup> und so wird denn auch häufig entschieden. Berücksichtigt man aber, daß juristisch unter Umständen auch eine Unterlassung als kausal betrachtet werden muß, und daß diese Kausalität durch eine der Unterlassung vorhergehende Tätigkeit begründet werden

<sup>118a)</sup> Ebenso selbstverständlich im Falle eines *Dolus alternativus*.

<sup>119)</sup> Vgl. darüber schon *Stübel*, System S. 55; *Weber*, Arch. d. Cr. 1825 S. 564.

<sup>120)</sup> So *Ortmann*, GS. 30 S. 359; *Binding*, Normen 2 S. 206 ff.; *Landsberg*, D. Kommissivdelikt durch Unterlassung S. 7, 9; *Finger* S. 263.

kann, so erscheint der auf die Unterlassung sich beziehende Dolus im Verhältnisse zu der früheren Tätigkeit allerdings als nachfolgend. A hat z. B. die Kellerluke geöffnet; nun sagt er sich, daß B vermutlich in der Dunkelheit in den Keller fallen werde, und unterläßt aus diesem Grunde die Luke zu schließen.<sup>121)</sup> Die Einwendungen gegen die zugleich dem natürlichen Gefühle widersprechende Entscheidung, daß A hier wegen doloser Verletzung des B nicht verantwortlich sei, beruhen auf Verkennung der Möglichkeit einer juristischen Kausalität der Unterlassung.<sup>122)</sup> Es kann daher hier auf das oben Gesagte verwiesen werden.<sup>123)</sup> Allerdings muß es klar sein, daß der Schuldige in der Lage war, den schädlichen Erfolg abzuwenden, wie sich aus der Lehre von der Kausalität durch Unterlassung ergibt. Der Automobilfahrer, der auf einsamer Landstraße jemanden körperlich schwer beschädigt und hilflos liegen läßt, damit der Beschädigte sterbe und so die fahrlässige Beschädigung nicht an den Tag komme, ist m. E. wegen Dolus verantwortlich, wenn der Tod wirklich eintritt. Es wird freilich in den bei weitem meisten Fällen von einem Dolus hier nicht die Rede sein können und noch weniger wird sich beweisen lassen, daß der Schuldige den Beschädigten gerade in jener Absicht hilflos liegen ließ. Auf eine völlig korrekte, daher einen Kausalzusammenhang für einen schädlichen Erfolg durch Unterlassung in juristischem Sinne nicht zulassende Tätigkeit kann selbstverständlich ein späterer Dolus nicht Anwendung finden, und ist der Erfolg fertig oder nicht mehr abzuwenden, so kann die vorhandene Culpa durch Freude an dem Erfolge nicht mehr zum Dolus werden, da der Dolus Vorstellung der Kausalität voraussetzt, wobei aber auch die Vorstellung der Kausalität durch Unterlassung genügt.<sup>124)</sup>

<sup>121)</sup> Vgl. *Krug*, Abhandlungen a. d. Strafrecht S. 61; *Glaser*, Abhandl. a. d. österr. Strafr. 1 S. 301 ff.; *R. Horn*, GS. 53 S. 98.

<sup>122)</sup> Die Kausalität ist hier eine doppelte, für Fahrlässigkeit wird sie begründet durch die vorhergehende Tätigkeit, für Dolus durch die spätere Unterlassung.

<sup>123)</sup> *Finger* a. a. O. meint freilich, die Annahme eines *Dolus subsequens* sei ebenso unwissenschaftlich wie unbrauchbar. Die weitere Bemerkung, daß die moralisch verwerfliche Freude an verursachter Übeltat (*sic*) den früher fehlenden Willen nicht zu ersetzen vermöge, zeigt freilich, daß der Kernpunkt der Frage von *F.* nicht erfaßt ist. Es handelt sich nicht um Freude an verursachter, sondern um Freude an zu verursachender Übeltat.

<sup>124)</sup> Eine bedenkliche und äußerst weitgehende Annahme eines *Dolus subsequens* liegt m. E. zugrunde dem Ur. RG. III. 21./11. 84 E. 20 Nr. 44 S. 131 ff.

§ 184. Dagegen muß als Regel festgehalten werden, daß der Vorsatz alle zum Tatbestande erforderlichen Momente in der Art umfasse, der Handelnde sie als wirklich vorhandene betrachtete, sich wirklich vorstellte. Nicht genügt es der Regel nach, daß einzelne Tatbestandsmomente nur wirklich vorhanden waren, oder vorhanden waren und der Handelnde sich Kenntnis von ihnen verschaffen konnte. Wenn das Gesetz eine Handlung als vorsätzlich begangen mit Strafe bedroht, so werden damit alle die Strafe begründenden Momente zu einer untrennbaren Einheit zusammengefaßt, aus der einzelne Stücke herauszulösen unzulässig ist, und dieser zusammenfassenden Einheit muß auch der Vorsatz entsprechen — wenn nicht das Gesetz selbst das Gegenteil unzweifelhaft getan hat und damit ein bestimmtes Moment nur als Bedingung der Strafbarkeit aufgestellt hat.<sup>125)</sup> Es ist hier genaueste Redaction des Gesetzes wünschenswert.<sup>126)</sup> Man darf aber den angegebenen Satz nicht in dem Sinne auffassen, daß der vorsätzlich Handelnde auch die Verwirklichung aller einzelnen Tatbestandsmomente als einzelne erstreben (wollen) müsse. Es genügt vielmehr der Regel nach, daß der Handelnde einen Gesamttatbestand als solchen zu verwirklichen sich bestrebe, welcher der gesetzlichen Definition

---

Die Angeklagten hatten ein Inserat, in welchem zum Besuche einer schon acht Tage früher vorschrittmäßig angemeldeten Versammlung aufgefordert wurde, zu einem Zeitpunkte, in welchem ein Verbot der Versammlung auf Grund des sog. Sozialistengesetzes (vom 21. Okt. 1878) noch nicht ergangen war, der Zeitungs-expedition übergeben. Das Verbot erfolgte zu einer Zeit, wo das Inserat noch hätte zurückgezogen werden können. Den Angeklagten wurde die Unterlassung der Zurückziehung als Handeln gegen das Verbot zur Last gelegt. Die Strafkammer hatte verurteilt, ohne das Bewußtsein der Angeklagten festzustellen, es sei noch möglich, das Inserat rechtzeitig zurückzuziehen. Das RG. hob das Urteil auf, erachtete es aber für genügend zur Verurteilung, wenn festgestellt würde, daß die Angeklagten jenes Bewußtsein hatten. Da das Verbot aber erst später erging, so war die Einreichung des Inserats ihrer Zeit eine völlig korrekte Handlung, aus welcher eine spätere Verantwortlichkeit nicht erwachsen konnte.

<sup>125)</sup> So auch RG. IV. 29./4. 84 E. 10 Nr. 124, bes. S. 431.

<sup>126)</sup> Die Urteile RG. II. 5./11. 80 E. 2 Nr. 175 S. 423, III. 30/10. 80 E. 3 Nr. 7 S. 14 weisen allerdings nach Maßgabe der Entstehungsgeschichte des § 117 StGB. nach, daß zu dem Delikte des Widerstands gegen die Staatsgewalt nicht das Bewußtsein der Rechtmäßigkeit der Amtshandlung gehöre, gegen welche Widerstand geleistet wird. Die entgegengesetzte Ansicht würde auch zu bedenklichen Ergebnissen führen. — Bedenken erregt das Ur. II. 17./5. 87. E. 16 Nr. 25, bes. S. 100, demzufolge bei dem Delikte des groben Unfugs der Dolus nicht das Bewußtsein der durch die Handlung herbeigeführten Belästigung des Publikums erfordern soll. (Das Urteil subsumiert Preßvergehen unter den Begriff des groben Unfugs.)

des Deliktes entspricht, wengleich einzelne Tatbestandmomente dabei entweder von dem Willen des Handelnden durchaus unabhängig sind oder gar nur widerwillig mit in den Kauf genommen werden. Um kausal für einen bestimmten Erfolg zu sein, braucht man nicht sämtliche Voraussetzungen desselben zu verursachen oder zu schaffen: genau betrachtet ist dies sogar unmöglich. Es genügt, daß der Schuldige diejenige Tatsache verwirklicht, welche zusammen mit vorangehenden oder begleitenden Umständen den gesetzlichen Tatbestand des Deliktes gewissermaßen als Kristallisationsprodukt entstehen läßt. Der Dieb will eine bestimmte bewegliche Sache haben (wie ein Eigentümer damit schalten können); aber er will nicht, daß die Sache eine fremde sei. Bei einzelnen Tatbestandsmomenten kann es daher genügen, daß der Handelnde sie nur als vorhandene voraussetzt, sich vorstelle.<sup>126a)</sup> Welche einzelnen Tatbestandmomente aber wirklich erstrebt (gewollt) sein müssen, darüber entscheidet die Definition der einzelnen Delikte.

**§ 185.** Verhältnis der Motive zum Vorsatz. Unser Strafrecht würdigt mit gutem Grunde in erster Linie nur die einzelne Handlung, wengleich diese als Ausfluß des Charakters behandelt wird: sie ist der Charakter im gegebenen Momente und unter gegebenen Verhältnissen. Daraus folgt, daß für den Vorsatz ebensowenig die weiteren mit der Handlung verbundenen Ziele (Zwecke) wie die tiefer liegenden und dauernden Eigenschaften des Charakters in Betracht kommen, mit anderen Worten: die Motive des Handelnden berühren das Wesen des Vorsatzes nicht, mag nun Motiv in dem Sinne eines von dem Handelnden erstrebten weiteren Zieles oder in dem Sinne einer Charaktereigenschaft genommen werden.<sup>127)</sup>

Der Zweck, mit dem gestohlenen, unterschlagenen Gelde Gutes zu tun, Hilfsbedürftige zu unterstützen, schließt nicht aus und modifiziert nicht den Vorsatz des Diebstahls, der

<sup>126a)</sup> Vgl. RG. IV. 22./3. 85 E. 27 Nr. 43, bes. S. 162. Es ist daher kein Einwand gegen die Willenstheorie — wie freilich *Liszt* § 39 Anm. 3 meint —, daß man nicht sagen könne, der Dieb „will, daß die gestohlene Sache eine fremde sei; die Abtreibende will ihre Schwangerschaft“. Die Willenstheorie „scheitert daher rettungslos an StGB. § 59“ nicht.

<sup>127)</sup> Über die verschiedenen Bedeutungen, in denen das Wort „Motiv“ verwendet wird, vgl. besonders *Thomsen*, Untersuchungen über den Begriff des Verbrechenmotivs 1902.



Unterschlagung, und ebenso ist eine Handlung Mord oder Totschlag, ohne Rücksicht darauf, ob die Tat auf die Charaktereigenschaft der Rachsucht, Eifersucht oder andererseits auf Sentimentalität in der Liebe zurückzuführen ist.<sup>128)</sup> Selbstverständlich liegt es im Wesen jeder Handlung, daß sie einen Zweck hat, wenn auch vielleicht einen schwer erkennbaren oder kaum zum Bewußtsein kommenden, und der Vorsatz als Streben nach einem Ziele enthält notwendig auch ein Motiv in diesem Sinne: der Dieb nimmt eine Sache, um sie sich anzueignen; und die Tötungshandlung wird Tötungshandlung nur durch den Zweck jemanden zu töten. Wenn nun bei vielen Verbrechensdefinitionen ein Motiv in diesem Sinne nicht besonders hervortritt, in anderen aber eines weiteren Zweckes gedacht wird (in der Absicht zu . . . , um zu usw.), so erklärt sich dies daraus, daß in Fällen der ersteren Art der sinnfällige Erfolg, den das Gesetz im Tatbestand nennt, gesetzlich als abschneidendes Motiv gilt, in den Fällen der letzteren Art dagegen der Zweck, den das Gesetz berücksichtigen will, nicht ein unmittelbar sinnfälliger ist und jenseits des sinnfälligen Erfolges liegt. Inwiefern das Gesetz von der Einfügung von Motiven als Zweck der unmittelbaren Handlung in den Verbrechenstatbestand Gebrauch zu machen hat, ist nun nicht allgemein und *a priori* zu beantworten. Ganz zu entbehren ist dies gesetzgeberische Verfahren nicht, wie schon die Definitionen von Diebstahl und Betrug zeigen. Die historische Entwicklung, praktische Erfahrung, vergleichende Rechtswissenschaft werden hier zu entscheiden haben. Zu berücksichtigen ist, daß je mehr weitere Ziele des Handelnden berücksichtigt werden, um so leichter Irrtümer in der Rechtsprechung vorkommen müssen, während andererseits die Nichtberücksichtigung von leicht erkennbaren Motiven eine klaffende Ungerechtigkeit sein kann. So ist es ein Mißgriff unseres Strafgesetzbuches, wenn zum Verbrechen des Diebstahls und der Unterschlagung nicht mehr wie im früheren gemeinen Rechte die gewinnsüchtige Absicht gefordert wird, die allerdings

---

<sup>128)</sup> Der erstrebte fernere Zweck ist aber wie die vom Strafrecht *principaliter* in Betracht gezogene Handlung selbst ein Ergebnis eines äußeren auf den Charakter als Vorstellung wirkenden Anlasses. Daher ist mit dem erstrebten weiteren Zwecke in der Regel auch die Charaktereigenschaft gekennzeichnet, welche zur Handlung geführt hat. Wer eine Unterschlagung begeht, um einem armen Verwandten aus der Not zu helfen, wird mitleidig sein usw.

im richtigen Sinne zu nehmen ist.<sup>129)</sup> Die Möglichkeit einer sicheren Feststellung des Zweckes der Handlung ist hier jedenfalls zu beachten, eine allgemeine Theorie über diese Gesetzgebungsfrage kann dagegen nicht gegeben werden. Weit bedenklicher ist die Berücksichtigung von Motiven, sofern sie die Charaktereigenschaft, welche zur Handlung trieb, bezeichnen. Hier sind die größten Irrtümer naheliegend, und je nachdem man genauer nachforscht, kann die Charaktereigenschaft kaleidoskopartig verschieden erscheinen: die anscheinend uneigennütige, mildtätige Handlung enthüllt sich als eine gemeine Berechnung auf gewinnbringende Konnexion, und umgekehrt die anscheinende Gewinnsucht ist zurückzuführen auf pietätvollen Antrieb.<sup>130)</sup> Die Charaktereigenschaften an sich sind außerdem nicht das absolut Verwerfliche, vielmehr meist nur ihr Überwiegen gegen andere Eigenschaften, und das meint man, wenn gewisse Charaktereigenschaften ohne weiteres als Moralgefährdende bezeichnet werden, so z. B. der Egoismus, da ohne einen gewissen Selbsterhaltungstrieb die Welt nicht bestehen könnte. Hieraus folgt, daß jedenfalls solche Charaktereigenschaften nicht bei der Verbrechensdefinition zu berücksichtigen sind, vielmehr höchstens bei Bestimmung der Strafrahmen eine gewisse, m. E. freilich meistens bedenkliche Rolle spielen dürften, eine Frage, die an dieser Stelle nicht zu erörtern ist.

§ 185. *Dolus generalis*. Erstreben, wollen kann man nur Zukünftiges; was schon existiert ist nicht mehr Gegenstand des Willens, also des Dolus. Die Vorstellung, daß etwas schon geworden sei, schließt den Willen aus, das Gewordene noch zu verwirklichen. Der Wille etwas zu verwirklichen, muß also notwendig abbrechen, sobald das Erstrebte erreicht ist. Wenn A den Vorsatz zu verwirklichen in Begriff steht, den B zu töten, so muß dieser Vorsatz notwendigerweise abbrechen, wenn A bemerkt, daß B schon tot ist, vielleicht durch C getötet ist. Da ferner in bezug auf das Streben nur die Vor-

<sup>129)</sup> Vgl. *Bar*, Magazin für d. deutsche Recht d. Gegenwart Bd. 4 S. 1 ff.

<sup>130)</sup> Bekanntlich bezeichnet die sog. *Scuola positiva* italienischer Kriminalisten als das Wesen des Verbrechens den antisozialen Charakter der Motive — in völlig unklarer Weise und ohne der Konsequenzen sich genügend bewußt zu werden, — eine Ansicht, die auch in Deutschland Anhänger gefunden hat. Vgl. dagegen *Impallomeni* 1 S. 175.

stellung entscheidend ist, hat auch eine irrtümliche Vorstellung diese Wirkung. Dabei kann es einen Unterschied nicht begründen, daß diese irrtümliche Vorstellung etwa durch eine vorangegangene Tätigkeit des Handelnden selbst herbeigeführt ist. Wenn A irrtümlich annimmt, den B bereits getötet zu haben, so hört mit dem Momente dieser irrtümlichen Annahme auch sein auf Tötung des B gerichteter Vorsatz auf. Nimmt er nun etwas vor, was tatsächlich den Tod des B verursacht, so kann er nicht der vollendeten dolosen Tötung des B schuldig sein; die erste Tätigkeit hat den Tod des B nicht verursacht, die zweite war nicht mehr von dem auf Tötung des B gerichteten Vorsatz begleitet.<sup>131)</sup> Die nachfolgende, den Erfolg erst bewirkende Tätigkeit kann also nur als Culpa in Betracht kommen, die erste Tätigkeit, da sie den Erfolg zwar herbeiführen sollte, aber nicht herbeiführte, hat nur als Versuch, Bedeutung, und somit liegt ein Fall der Konkurrenz von Versuch und Fahrlässigkeitsdelikt vor, eine Beurteilung, die den Schuldigen der strengeren Bestrafung wegen vollendeten dolosen Verbrechens entzieht.

Die entgegengesetzte Ansicht über diesen erst seit Ende des XVIII. Jahrhunderts erörterten Fall<sup>132)</sup> — die ältere Jurisprudenz machte denjenigen, der überhaupt *in dolo* sich befand für alle und jede Folgen verantwortlich, die nicht allzu abnorm gegen den einmal vorhandenen Dolus sich verhielten und hatte daher kaum Veranlassung an der Haftung für vollendetes doloses Verbrechen zu zweifeln<sup>133)</sup> — zuerst von *Grolmann* mit Berufung auf den gemeinen Menschenverstand verteidigt, ist später auf die Annahme eines sog. *Dolus generalis* gestützt, einer allgemeinen, die gesamte Tätigkeit zusammenhaltenden

<sup>131)</sup> Dies dürfte auch jetzt die überwiegende Ansicht sein. Dafür: *Zachariae*, Versuch 1 S. 281 ff.; *Bauer*, Abhandlungen 1 S. 404 ff.; *Berner*, Imputationslehre S. 193 ff.; *Lehrb.* § 73; *Mittermaier*, Arch. d. Kr. 1841 S. 2455; *Gessler*, S. 226 ff.; *Geyer*, Erörterungen S. 12 ff.; *Geib* 2 S. 269; *Schäper* in *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 207; *H. Meyer* § 25 a; *Hälschner* 1 S. 270; *Goltdammer*, GArch. 9 S. 818 ff.; *Liszt*, § 40 Anm. 6 (in dieser neuen Aufl. freilich etwas unbestimmt); *Olshausen* § 211, 3; *Finger* S. 263.

<sup>132)</sup> Vgl. *Grolmann*, Bibliothek f. peincl. Recht I, 3 S. 226 ff. über den in *Kleins* Annalen berichteten Fall Tarnow.

<sup>133)</sup> Vgl. *Köstlin*, Syst. S. 201 Anm. 10. — *Carpsow*, 1 qu. 1, n. 29, 30, erörtert den Fall nicht, wie bei *Berner*, Imputationslehre a. a. O., freilich gesagt ist.

Absicht;<sup>134)</sup> ferner darauf, daß der anfangs gefaßte Vorsatz so lange als fortdauernd zu betrachten sei, als er nicht zurückgenommen oder gemißbilligt wurde;<sup>135)</sup> auch darauf, daß der Handelnde doch nie genau vorhersehen könne, in welcher Weise das von ihm beabsichtigte Zukünftige sich realisieren werde, eine Begründung, die nicht sowohl auf einer Theorie des Vorsatzes, als vielmehr auf einer Theorie des Kausalzusammenhanges beruht.<sup>136)</sup> Endlich scheint die herrschende, namentlich durch *Buri* vertretene Theorie des Kausalzusammenhanges — was die Anhänger dieser Theorie sich meist freilich nicht klar gemacht haben — auch dahin führen zu müssen, ein einheitliches doloses Verbrechen anzunehmen.<sup>137)</sup>

Soweit diese Argumente sich auf die Annahme einer einheitlichen Absicht stützen, kommen sie gegen den erwähnten aus der Natur des Vorsatzes (der Absicht) sich ergebenden Fundamentalsatz nicht auf, und wenn ein erst gefaßter Vorsatz durch einen anderen ersetzt wird, der nun eine anders geartete Tätigkeit herbeiführt, so wird der aus dem ersten Vorsatze entspringende Kausalzusammenhang in juristischem Sinne nicht minder unterbrochen, als in dem Falle, daß die Tätigkeit einer anderen Person eingreift. Aber wie der durch die Handlung des A in Bewegung gesetzte Kausalzusammenhang dann nicht unterbrochen wird, wenn A auf die Tätigkeit des B von vornherein rechnete, so wird auch, wenn beide Tätigkeiten von einer und derselben Person ausgehen, der Kausalzusammenhang als unterbrochen nicht anzusehen sein, falls die zweite Tätigkeit schon bei Vornahme der ersten beabsichtigt war: mit anderen Worten, wenn der Handelnde von vornherein auch die zweite Tätigkeit plante, und diese ihrer Natur nach den Erfolg mit größter Wahrscheinlichkeit (im Sinne des gewöhn-

<sup>134)</sup> So *Oersted* S. 241; *Weber*, Arch. d. Kr. 1825, S. 565; *Pfotenhauer*, Einfluß d. Irrtums auf versch. Verbr. 2 S. 115 ff.

<sup>135)</sup> Württemberg. Kammerverhandl. bei *Hufnagel* 1 S. 105 ff.; *Köstlin*, N. Revision S. 262 ff.; *Wächter*, Vorlesungen S. 232; *Schwarse* in *Holtzendorffs* Hdb. 2 S. 313. — So auch württemberg. GB. Art. 56 (aufgehoben durch Ges. v. 13./8. 49) und badisches GB. 99.

<sup>136)</sup> *Bekker*, S. 263 ff. Etwas unbestimmt *Lammasch*, *Grünhuts* Zeitschr. 9 S. 285.

<sup>137)</sup> Wenn Kausalzusammenhang überall vorhanden ist, wo Bedingungsverhältnis obwaltet, so hat die erste vorsätzliche Tätigkeit, welche Bedingung des schließlichen Erfolges ist, diesen Erfolg auch verursacht, und das Eingreifen einer anderen Tätigkeit erscheint unerheblich. v. *Buri* hat dies auch erkannt.

lichen Lebens, mit Notwendigkeit) herbeizuführen geeignet war, und zugleich der Schuldige einsah, daß beide Tätigkeiten auf denselben von ihm erstrebten Erfolg hinauslaufen würden. Objektiv betrachtet sind beide Tätigkeiten Mittel zu demselben Enderfolge, nacheinander angewendet erscheinen sie im Verhältnisse der Eventualität, und wenn das der Handelnde einsah, so mußte notwendig die zweite Tätigkeit als eventuelles Mittel für den erstrebten Erfolg von ihm vorgestellt werden.<sup>137a)</sup> Wir haben es also, wie oben gezeigt worden, mit einer besonders intensiven Form des Dolus zu tun. Der zweite Vorsatz konnte von dem Handelnden nicht anders aufgefaßt werden als eine Sicherung des Erfolges des ersten Vorsatzes. Daß der Handelnde noch nebenbei einen anderen Zweck, z. B. den Zweck verfolgte, die Entdeckung der Tat zu erschweren, ist nach dem, was oben über den Dolus bemerkt wurde, unerheblich. Wie wir es für gleich erachten, ob der Verbrecher mit dem ersten, zweiten oder dritten Schläge sein Opfer tötet, und ob er glaubte schon mit dem ersten oder dem zweiten oder dem dritten Schläge seine Absicht erreicht zu haben, wenn er sich vorgenommen hatte, durch solches Schlagen, es sei nun durch den ersten oder einen folgenden Schlag zu töten, so muß es auch gleichgültig sein, wenn die spätere, aber von vornherein in den Vorsatz mit aufgenommene Tätigkeit — denn ein und derselbe Vorsatz kann, was nicht geleugnet werden wird, auch mehrere und gewiß mehrere rasch aufeinander folgende Tätigkeiten umfassen — sinnfällig freilich eine anders geartete war, aber denselben Erfolg herbeiführen mußte, wie die erste es sollte.

In vielen Fällen wird man daher im Ergebnisse mit der in ihrer Begründung nicht zu haltenden zweiten Ansicht übereinkommen, aber keineswegs in allen, und dies möchte ich gerade als einen Vorzug dieser modifizierten Ansicht betrachten,<sup>138)</sup> da man allerdings eine Verletzung des natürlichen Gerechtigkeitsgefühls, eine Spitzfindigkeit darin erblicken wird, denjenigen nicht als Mörder zu strafen, der von vornherein beab-

<sup>137a)</sup> Für diese Ansicht (vgl. *Bar*, Kausalzusammenhang S. 69) jetzt auch *Finger* 1 S. 264.

<sup>138)</sup> v. *Buri*, Kausalzusammenhang S. 77, hat mir das freilich als Fehler angerechnet, da die Ausnahmen zahlreicher sein würden, als die Regeln — als wenn es darauf bei Aufstellung eines an sich richtigen Satzes unter Anerkennung von Ausnahmen ankäme. Rechtswissenschaft ist doch nicht Statistik.

sichtigte, seinen Feind durch einen Schuß zu töten und sodann den Leichnam in den Fluß zu werfen, falls die Tötung erst durch letzteres bewirkt wurde.

Es gibt aber auch anders geartete Fälle, namentlich Fälle des Totschlags, in denen keineswegs sofort auch die in Wirklichkeit den Erfolg herbeiführende Tätigkeit geplant wurde, in denen der Entschluß des Verbrechens schnell entstand und schnell ausgeführt ward, und darauf der Schuldige an nichts anderes dachte, als die Spur der Tat zu vernichten, z. B. den vermeintlichen Leichnam zu verbergen. *v. Buri* ist freilich der milderen Beurteilung dieser Fälle mit der Bemerkung entgegengetreten, daß ja der Schuldige für das vollendete dolose Verbrechen hafte, wenn er seiner ersten Tätigkeit eine weitere nicht folgen lasse, und nun einfach die natürliche Folge jener Tätigkeit, der Erfolg, eintrete: z. B. jemand läßt den Verwundeten, den er zu töten beabsichtigte, hilflos liegen; der Verwundete stirbt an der Verwundung. Wäre es da gerecht, denjenigen, der durch eine weitere eigene Tätigkeit den Tod des Verwundeten herbeigeführt hat, milder zu behandeln? Es ist aber, wenn eine andere Tätigkeit eingreift, ungewiß, ob der Erfolg ohne diese andere Ursache gleichfalls eingetreten wäre, und solche Ungewißheit kommt dem Schuldigen, wie oftmals, zugute. Übrigens hat diese Kontroverse durchaus nicht die Bedeutung der Frage des *Dolus eventualis*. Bei dem *Dolus eventualis* handelt es sich sehr oft um die Frage, ob jemand nur wegen Fahrlässigkeit oder aber wegen vorsätzlichen Verbrechens, ja oft um die Frage, ob er überhaupt bestraft werden kann. In den letzt erörterten Fällen dagegen ist es sicher, daß ein vorsätzliches Delikt begangen wurde — jedenfalls ein Versuch —, und nur das Mehr oder Minder der Strafe steht in Frage; allerdings, wenn der Mord mit dem Tode bestraft wird, zuweilen die Frage der Todesstrafe. Fällt diese etwa infolge einer neuen Gesetzgebung fort, so wird der Kontroverse weitgehende praktische Bedeutung nicht mehr zuzuschreiben sein.

**§ 186.** Unwissenheit und Irrtum über Tatumstände.<sup>138a)</sup> Der Inhalt des Willens wird bestimmt durch

<sup>138a)</sup> Wissenschaftlich und methodisch nicht richtig ist es, mit *Binding* (vgl. Grundr. I § 49 und *Finger* S. 237) den Irrtum als einen Fall der Zurechnungsunfähigkeit des Handelnden aufzufassen. Unter Fähigkeit versteht man

die Vorstellung, welche der Handelnde sich von dem Erfolge machte, und da der Erfolg abhängig ist und dem Handelnden abhängig erscheint von den tatsächlichen Voraussetzungen, in welche die Tätigkeit des Handelnden eingreift, so ist auch der Wille beschränkt in Gemäßheit dieser Voraussetzungen. Voraussetzungen, die der Handelnde nicht als vorhanden ansieht, obgleich sie in Wahrheit vorhanden sind, kommen daher für den Willen des Handelnden nicht in Betracht.

Der Dolus bemißt sich also nach der Wissenschaft des Handelnden von den Tatsachen,<sup>138b)</sup> und zwar müssen als Tatsachen in diesem Sinne gelten auch Erfahrungssätze über den Kausalzusammenhang;<sup>138c)</sup> die falsche Vorstellung bezieht sich im letzteren Falle statt auf die Existenz einer Sache, eines Umstandes auf die kausale Eigenschaft, und diese ist für den Erfolg maßgebend. Wer nicht weiß, daß ein bestimmter Stoff Gift ist, macht sich doloser Vergiftung nicht-schuldig, wenn er diesen Stoff einer Speise beimischt, die ein anderer genießen wird. Unwissenheit also über einen Umstand, den der Handelnde in sein Wollen als Voraussetzung seines Handelns, als wenigstens möglicherweise aus seinem Handeln hervorgehend, aufgenommen haben muß, wenn seine Handlung doloses Delikt sein soll, schließt den deliktischen Vorsatz, den Dolus aus.

---

die Eigenschaft einer Person oder eines Dinges, welche die Möglichkeit ergibt, sich in bestimmter Weise zu verhalten. Zurechnungsfähig ist, wer die Eigenschaft besitzt, seine Tätigkeit richtig zu beurteilen und sie danach einzurichten; zurechnungsunfähig ist, wer diese Eigenschaft nicht besitzt. Der Irrtum aber ist keine Eigenschaft, vielmehr ein sehr oft trotz der Eigenschaft der Zurechnungsfähigkeit durch äußere Umstände hervorgebrachter vorübergehender psychischer Zustand der Person, in welchem die Dinge anders erscheinen, als sie sind. Den Irrtum als Spezies der Zurechnungsunfähigkeit auffassen kann man nur vom Standpunkte eines abstrakten Denkens, nach welchem überhaupt über Eigenschaften einer Person nicht mehr zu reden wäre, ein Standpunkt, welcher gegenüber der juristischen Logik als transzendent bezeichnet werden muß.

<sup>138b)</sup> Daher ist genau eine besondere gesetzliche Bestimmung über den Irrtum, wie sie sich im StGB. § 59, aber auch z. B. im österreichischen Entwurfe § 55 und gleichlautend mit dem § 59 des StGB. in § 43 des neuen russischen StGB. findet, überflüssig.

<sup>138c)</sup> Eigentümlicherweise berücksichtigt die übrigens hier sehr unsichere englisch-nordamerikanische Praxis auch den *Error of fact* in vielen Fällen nicht, bestraft also in Wahrheit auch das kulpose Verhalten, wo man nach deutscher Rechtsanschauung nur ein doloses Verhalten als Delikt, nach dem Ausdrucke des Gesetzes, ansehen würde, vgl. *Wharton* 1 §§ 87 ff.; *Russell* 1 S. 160; *Bishop* 1 §§ 292 ff. Letzterer bemerkt, es existiere keine Frage, welche mehr Anlaß zu Schwierigkeiten und verkehrten Entscheidungen gebe, als die Frage des Einflusses des Irrtums über Tatsachen und Recht.

Unwissenheit und Irrtum<sup>138d)</sup> stehen einander gleich. Unwissenheit ist nur der Mangel irgend einer Vorstellung über einen einzelnen Umstand oder mehrere Umstände; Irrtum die Ersetzung der richtigen Vorstellung durch eine bestimmte andere, mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmende, also falsche Vorstellung. Der Irrtum aber als das Bestimmte entschuldigt das Handeln mehr noch als die bloße Unwissenheit, wenn von dem wirklich vorhandenen Umstande der Eintritt des schädlichen Erfolges abhängt. Bei Irrtum ist der Handelnde überzeugt, der (schädliche) Erfolg werde nicht eintreten; bei Unwissenheit denkt der Handelnde nur nicht daran, daß der Erfolg eintreten könne oder eintreten werde. Wenn also schon Unwissenheit den Dolus ausschließt,<sup>139)</sup> so muß dies um so mehr von dem Irrtum gelten, der sich auf eine für den strafbaren Willen wesentliche tatsächliche Voraussetzung des Handelns bezieht.

Unerheblich ist es für die Frage, ob Dolus vorliegt, ob der Irrtum über Tatumstände mit Inbegriff des Irrtums über Kausalzusammenhang von dem Handelnden vermieden werden konnte, ob er also ein entschuldbarer oder nicht entschuldbarer ist,<sup>139a)</sup> die Tatsache des Irrtums allein entscheidet; denn nur von demjenigen, was der Handelnde sich in irgend einer Weise wirklich vorstellt, kann gesagt werden, daß darauf das Streben des Handelnden gerichtet sei; bloß mögliche, aber nicht vorhandene Vorstellungen können einem Streben einen Inhalt nicht geben.

§ 187. *Error in objecto*. Wie aber, wenn der Irrtum sich auf Umstände bezieht, die zwar dem Handelnden wichtig, nach

<sup>138d)</sup> Unwissenheit ist der psychische Zustand, in welchem man zu einem Urteil über die Existenz eines Dinges oder Vorganges nicht gelangt ist; sie umfaßt auch den Fall, daß man überhaupt noch keine Vorstellung eines Dinges oder Vorganges hat. Irrtum ist das falsche Urteil, oder was hier dasselbe besagt, die falsche Vorstellung, daß etwas existiere, existiert habe, sich so oder so verhalte, oder der Negation solcher Tatsache. In rechtlicher Beziehung aber besteht kein Unterschied zwischen Unwissenheit und Irrtum. Denn wird jemand durch Unwissenheit über etwas bewogen, etwas anderes zu tun, so wirkt die Unwissenheit — freilich dem Handelnden unbewußt — als positive Vorstellung, daß etwas nicht existiere, also als Irrtum. Daher spricht man in der Jurisprudenz — so der Pandektentitel 22, 6 — *promiscue* von Unwissenheit und Irrtum (*Ignorantia* und *Error*).

<sup>139)</sup> Vgl. auch StGB. § 59, Tatumstände, die jemand nicht kennt, können ihm diesem Paragraphen zufolge nicht zum Vorsatz angerechnet werden.

<sup>139a)</sup> Darüber besteht allgemeines Einverständnis.



dem Gesetze aber unerheblich sind? A will den B mißhandeln, töten, er irrt sich aber in der Person, z. B. durch die Dunkelheit getäuscht mißhandelt, tötet er den C.

Überwiegend war seit den Zeiten der *Postglossatoren*,<sup>140)</sup> die diesen Fall zuerst erörterten, und jetzt herrschend<sup>141)</sup> ist die Meinung, daß sofern das getroffene Objekt demjenigen rechtlich gleichsteht, das getroffen werden sollte, der Handelnde wegen eines vollendeten dolosen Deliktes zu strafen sei, das an dem wirklich getroffenen Objekte begangen wurde. Allerdings wurde auch die Ansicht vertreten,<sup>142)</sup> es sei mildere Bestrafung gerecht, und dies erklärt sich wohl daraus, daß der Fall des *Error in objecto* nicht von dem Falle der Aberration unterschieden wurde. In diesem letzteren Falle, in welchem ein von dem Willen des Handelnden unabhängiger Umstand eingreift und den Erfolg in seiner schließlichen Gestaltung herbeiführt, schien das natürliche Gefühl eine mildere Beurteilung zu fordern, und diese wurde auf den ersten anscheinend gleichen Fall übertragen.

Zur Begründung der ersten Ansicht<sup>143)</sup> kann indes, wie meistens geschieht, nicht einfach gesagt werden, A habe die Absicht gehabt, einen Menschen zu töten, einen Gegenstand zu stehlen und diese Absicht ausgeführt. Freilich ist es mög-

<sup>140)</sup> *Bartolus, ad Leg. Respicendum § Delinquentur* D. 48, 99; *Baldus, ad Leg. Si quis servo* (20) C. 6, 2; *Clarus, § Homicidium* n. 5; *Carpuov, Pr. qu.* 5 n. 1—16; *Matthaeus* 48, 5 n. 12; *Kress* in CCC. 145 § 2; *Bochmer* in CCC. 145 § 2; *Leyser, Spec.* 597 n. 15.

<sup>141)</sup> Zitate bei *Geib* 2 S. 273; vgl. für die neueste Zeit *H. Meyer, § 25, 10a* und die Praxis des RG. I. 29./12. 88 E. 18 Nr. 84 S. 337; I. 25./4. 89 E. 19 Nr. 48 S. 179. Ausdrückliche Entscheidungen in diesem Sinne in früheren Gesetzen: *Codex Max. Bavar.* I § 30. Preuß. allgem. Landr. II, 20 § 807. Braunschweig. GB. § 28 Abs. 3. Hessisches § 62, badisches § 100, thüringisches § 29. In anderen deutschen Gesetzen wie im StGB. keine ausdrückliche Entscheidung.—Übereinstimmend auch die englisch-nordamerikanische Jurisprudenz. *Wharton* 1 § 120; *Crivellari* (zu Art. 45 des italien. GB.) 3 S. 41; *Haus* 1 n. 781. Ausdrücklich in bezug auf Körperverletzung *Code pénal belge, art. 392*: „Sont qualifiés volontaires l'homicide commis et les lésions causées avec le dessein d'attenter à la personne d'un individu déterminé, ou de celui qui sera trouvé ou rencontré, quand même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition, et lors même que l'auteur se serait trompé dans la personne de celui qui a été victime de l'attentat.“

<sup>142)</sup> Zitate bei *Carpuov* a. a. O., namentlich aber *Menochius, de arbitr. judic.* II 324, n. 11—14.

<sup>143)</sup> In älterer Zeit berief man sich besonders auf L. 18 § 3 D. 47, 10, wo die Injurienklage auch demjenigen gegeben wird, den der Injuriant mit einem anderen verwechselte.

lich, daß dem Handelnden das Objekt, an welchem er ein Verbrechen begeht, individuell gleichgültig ist, z. B. der Anarchist X will, um Schrecken zu verbreiten, irgend einen Menschen töten, der Dieb Y will, indem er einbricht, irgend einen Gegenstand oder alles, was ihm erreichbar scheint, stehlen. In anderen Fällen besteht aber eine solche allgemeine Absicht nicht, sie beschränkt sich vielmehr von vornherein auf individuell bestimmte Objekte. Daß die Rechtsordnung den beiden Objekten, dem gemeinten und dem getroffenen gleiche Bedeutung zuerkennt, beweist nicht, daß der Handelnde den Dolus, den er gefaßt hatte, auch verwirklicht habe. Oder soll man auch sagen, daß, wenn M nach Berlin fahren will, aber in den unrichtigen Zug einsteigend nach Köln fährt, er habe überhaupt in einen Zug einsteigen, überhaupt eine Reise unternehmen wollen?<sup>432)</sup> Vom Standpunkte des handelnden Individuums aus wird vielmehr immer gesagt werden können, das, worauf der Wille gerichtet war, sei hier nicht realisiert worden, und so fehlt es denn selbst in neuerer Zeit nicht an freilich nur vereinzelt Vertretern der Ansicht, welche im Falle des *Error in objecto* Versuch an dem gemeinten Objekte konkurrierend mit fahrlässiger Verletzung des betroffenen annehmen,<sup>44)</sup> während *Böhlau*<sup>445)</sup> ausführt, daß der Handelnde, ursprünglich beabsichtigend, den A zu töten, im Augenblicke der Tat diese Absicht (diesen Vorsatz) dahin geändert habe, nunmehr den Menschen, der vor ihm erschien, zu töten, also schuldig sei 1. des Versuchs der Tötung an dem A, 2. der vollendeten dolosen Tötung an dem B. Diese letztere Ansicht, den Handelnden,

<sup>432)</sup> Dies Beispiel wird in anderer Weise verwendet von *Hüllschner*, GArch. 7 S. 440.

<sup>44)</sup> *Gengler*, Die strafrechtl. Lehre vom Verbrechen der Vergiftung II (1843), S. 145 ff. Auch *Liszt* neigt dieser Ansicht zu (vgl. unten Anm. 149). — *Geib*, der diese Ansicht im Arch. d. Cr. 1830, S. 46 ff. vertrat, hat sie später (Lehrb. S. 273) aufgegeben. Vom subjektiven Standpunkte aus wird, wer im Gerichtsgebäude rechtzeitig erscheinen will, aber irrtümlich in ein anderes Gebäude eintritt und deshalb zu spät kommt, mit Recht behaupten können, er habe versucht, rechtzeitig im Gerichtsgebäude zu erscheinen, und wer einen Hirsch erlegen will, aber auf einen sich bewegenden Fleck schießt, der in Wahrheit die Erscheinung eines Menschen ist, wird mit Recht behaupten, er habe einen Hirsch zu schießen versucht, aber aus Versehen einen Menschen getroffen. Der Unterschied des letzteren Falles gegen den hier interessierenden ist nur der, daß die strafrechtliche Bedeutung des Erlegens eines Hirsches eine ganz andere ist, als die Tötung eines Menschen.

<sup>445)</sup> Der Prozeß *Rose* und *Rosahl* (1859) S. 711. — GArch. 8 S. 157 ff.

wie das natürliche Gefühl uns sagt, gleichsam mit doppelten Ruten strafend, widerstreitet aber ebenfalls der wirklichen Auffassung des Handelnden, der vielmehr einer Änderung seiner Absicht sich nicht bewußt ist, und da es für die Beurteilung der Absicht (des Vorsatzes) auf die Vorstellung des Handelnden ankommt, auch einer doppelten Absicht schuldig nicht erklärt werden kann.

§ 188. Die richtige Ansicht, welche einfaches doloses Verbrechen, begangen an dem wirklich betroffenen Objekte, annimmt und den Irrtum des Handelnden nur insoweit berücksichtigt, als die Handlung, begangen an dem getroffenen Objekte, strafbarer ist, als die Handlung, begangen an dem gemeinten<sup>146)</sup> — kann nur gestützt werden auf das Recht der Strafjustiz, in solchem Falle den Irrtum des Handelnden nicht zu berücksichtigen, weil es ja überhaupt nicht nötig ist, um jemanden für eine Handlung haftbar zu machen, daß diese in allen Punkten mit dem Bilde, das er sich von der Handlung vorher entwarf, übereinstimmt (vgl. oben S. 341), eine Forderung, die dahin führen könnte, daß in den meisten Fällen die Haftung für einen Erfolg als einen vorsätzlich herbeigeführten abgelehnt werden könnte, d. h. zu einer Art Entwaffnung der Strafjustiz auch gegenüber den schwersten Verbrechen.

Individuell verschiedene und solchergestalt vom Handelnden unterschiedene Objekte können vom Standpunkte der allgemeinen Rechtsordnung aus einander gleichgeachtet werden. Wie schon *Gesterding*<sup>148)</sup> bemerkt hat, würde der Raubmörder sich sonst auch damit entschuldigen können, daß er bei dem Gemordeten das Geld nicht fand, dessen Besitz zu erlangen das einzige Motiv seiner Tat war. Er wollte jemand töten, der im Besitz von Geld sich befand, nicht einen anderen!

Wie es das Recht der Eisenbahnverwaltung ist, von demjenigen den Fahrpreis für die Fahrt nach X zu fordern, der irrtümlich annehmend, er müsse über X fahren, nun nach X

<sup>146)</sup> Z. B. der A meinte, der von ihm Geschlagene sei der Privatmann X; es war aber ein fremder Gesandter, ein Mitglied der landesherrlichen Familie usw.

<sup>148)</sup> Arch. d. Cr. 1819, S. 491.

führt, so ist es auch das Recht der Rechtsordnung,<sup>149)</sup> in dem Willen des Handelnden und der Handlung diejenigen Momente unberücksichtigt zu lassen, die der Handlung freilich individuelles Interesse verleihen, für die Schädigung der Gesamtheit, die Nichtachtung ihrer vitalen Interessen, aber gleichgültig sind, und daher denjenigen voll zur Verantwortung zu ziehen, den A mit dem C verwechselnd, ersteren getötet hat. Da der Wille des Handelnden in beiden Fällen gleich rechtswidrig ist, bezeugt er den gleichen Charakter des Schuldigen (dieselbe antisoziale Gesinnung) in dem einen Falle wie in dem anderen. Auch der allgemeine Eindruck der Tat, welcher durch öffentliche Strafe unschädlich gemacht werden soll, ist derselbe.

149) Die Bedeutung des Irrtums ist rationellerweise eine verschiedene, nach Maßgabe der Rechtsbeziehungen, bei denen er vorkommt. Der rein subjektive Standpunkt muß schon deshalb ausgeschlossen sein, weil er in letzter Konsequenz dahin führt, daß das Individuum sich unter Berufung darauf, daß irgend ein Umstand, dessen Vorhandensein oder Eintreffen es sich vorgestellt hat, nicht existiert oder nicht eintraf, sich jeder Verantwortlichkeit entziehen könnte. Im Zivilrecht ist daher der Irrtum von anderer Bedeutung als im Strafrecht, und mit Grund hat das römische Recht dem Irrtum bei (einseitigen) letztwilligen Verfügungen eine weitgehendere Kraft beigelegt, als bei Verträgen. Die Sicherheit der Rechtsordnung ist die Schranke der Berücksichtigung des Irrtums. — Neuerdings beruft sich *Liszt*, § 41, zur Verteidigung der Ansicht, daß doch der *Error in objecto* als ein wesentlicher zu berücksichtigen sei, „wenn er unter Ausschluß aller anderen entsprechenden Umstände aus der Vorstellung mit vollster Bestimmtheit von dem Vorsatze umfaßt wurde“, auf den Satz des § 119 des BGB.: „Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.“ *Liszt* hält danach (schon nach dem gegenwärtigen Rechte) in folgendem Falle ein vollendetes vorsätzliches Verbrechen für ausgeschlossen: D will seinen Totfeind E töten, hält aber in der Dunkelheit seinen Sohn F für den E und tötet F. Der Satz paßt auch auf den Raubmörder X, „der das erhoffte Geld nicht findet“ und jedenfalls dann, wenn der Entschluß zum Morde in dem Mörder durch eine besondere sich darbietende Gelegenheit entstand. Daß X unter anderen Umständen auch gemordet, D aber nicht getötet haben würde, wäre doch eine völlig willkürliche Annahme. Außerdem aber ist, was das BGB. betrifft, von *Liszt*, § 122 das., außer acht gelassen. Dieser Paragraph verpflichtet bei Anfechtung einer wegen Irrtums nichtigen Willenserklärung zum Schadenersatz, und besteht nicht der Schadenersatz, den der Verbrecher der Gesellschaft zu leisten hat, in der Übernahme der Strafe? Kann ferner, wenn, wie *Liszt* will, die antisoziale Gesinnung entscheiden soll, angenommen werden, D habe antisoziale Gesinnung in niederem Grade, weil er seinen Feind töten wollte, als derjenige, der einen anderen töten will, weil dieser ihm in anderer Weise im Wege ist? Das ferner angeführte Beispiel: „A, der durch Telephon dem B eine Beleidigung zurückgeben will, wird aus Versehen mit C verbunden und beschimpft diesen“, paßt vielleicht nicht. Hier dürfte nicht *Error in objecto*, vielmehr Aberration vorliegen.

Aber die Entscheidung ist auch nach einer anderen Betrachtung richtig. Der Wille kommt, wie oben bemerkt, für das Strafrecht nur in Betracht, wie er im Augenblicke sich (wie man jetzt sagt, durch Körperbewegung) in Tat umsetzt. Also ist, was vorher gedacht, gewollt worden ist, unerheblich, und im Augenblicke der Tat wollte der Handelnde den Menschen, der vor ihm stand, mißhandeln, töten,<sup>149a)</sup> und unrichtig ist der Einwand, daß dann ja im Falle der Verwechslung nie mit Überlegung gehandelt, also auch nie ein Mord begangen werden könne; denn die Überlegung, welche als Erschwerungsgrund gelten soll, kann nur darauf bezogen werden, daß die ethischen Motive, welche von der Tat abwenden sollen, dem Täter im Augenblicke der Tat in völlig normaler Weise zum Bewußtsein gelangten. Dies letztere aber ist der Fall, mag der Täter den X oder den Y oder irgend einen Menschen töten wollen; für die ethischen Gegenmotive ist die Frage der Individualität desjenigen, der getötet, verletzt werden sollte, oder des Objekts, das gestohlen werden sollte, nur untergeordneter Art; sie kann da nur für die Strafzumessung, nicht für den Charakter des Verbrechens von Bedeutung sein. Da ferner, wie gezeigt wurde, die vor dem Beginne der Tat liegende Willensstimmung rechtlich unerheblich ist, so kann auch von einer rechtlich in Betracht kommenden Änderung des Willens nicht die Rede sein.

Die Theorie des veränderten Vorsatzes ist also juristisch unrichtig, und das ist wichtig für die Bedeutung des später zu untersuchenden Falles, daß jemand einen anderen zu einer Tat anstiftet, und der Angestiftete die Ausführung irrtümlich gegen ein anderes Objekt richtet. Es ergibt sich aus jenem Satze aber auch die Unrichtigkeit der Annahme einer Konkurrenz von Versuch gegen das gemeinte und von vollendetem Verbrechen gegen das getroffene Objekt, eine Ansicht, die auf unzulässige Kombination der subjektiven mit der objektiven Auffassung des Dolus hinauskommt.

<sup>149a)</sup> Vgl. in diesem Sinne auch: *Haberlin*, GS. 1865, Beilageheft S. 47. — *Walther's* Polemik (GS. 1866, S. 423) dagegen, die von dem künstlichen Unterschiede von Vorsatz und Absicht ausging, wie er besonders von *Gebler* angenommen war, ist verfehlt, obschon den eigentümlichen Ausführungen *Haberlin's* gewiß nicht zugestimmt werden kann.

Könnte an dem wirklich getroffenen Objekte das geplante Delikt überhaupt nicht begangen werden, so geht die Konsequenz der richtigen Ansicht offenbar dahin, daß dann ein Versuch am untauglichen Objekte anzunehmen ist, ideell konkurrierend möglicherweise mit einem anderen Delikte, falls, abgesehen von der irrigen Vorstellung des Handelnden, die Tat noch unter ein anderes Delikt zu subsumieren ist. Z. B. nur an einer gegen Feuergesfahr versicherten Sache kann der sog. Versicherungsbetrug begangen werden (StGB. § 265), und auch nur an einer Sache, die dem Brandleger selbst gehört oder demjenigen, dem der Brandleger die Versicherungssumme zuwenden will. Wer also eine nicht versicherte Sache oder eine Sache anzündet, die einem anderen gehört, der die Versicherungssumme nicht erhalten soll, begeht einen Versuch des Versicherungsbetruges am untauglichen Objekte, kann aber möglicherweise wegen gemeingefährlicher Brandstiftung, bzw. wegen fahrlässiger Brandstiftung an fremden Sachen bestraft werden.<sup>150)</sup>

§ 189. Aberration der Tat. Gewöhnlich wird mit dem Irrtum im Objekt zusammen behandelt die sog. *Aberratio ictus*, der Fall, daß der Handelnde, sich keineswegs irrend, seine Tätigkeit in Wirklichkeit gegen das Objekt richtet, das er damit treffen will, daß aber die von ihm solchergestalt unternommene Tätigkeit durch einen von ihm nicht berücksichtigten Umstand ihre Wirkung gegen ein anderes Objekt äußert. Der gegen A abgefeuerte Schuß trifft wider des Täters Erwarten den B, der unerwartet in die Schußlinie tritt; B stirbt, während der Tod des A gewollt war.

Schon die ältere italienische Jurisprudenz<sup>150a)</sup> hat sich vielfach mit diesem Falle beschäftigt. *Bartolus*<sup>151)</sup> wollte den wirklich eintretenden Erfolg in der Regel nur als kulpos verursacht ansehen und nur dann in Gemäßheit seiner Theorie

<sup>150)</sup> Vgl. v. *Spesshardt*, Der Versicherungsbetrug, 1885, S. 40, 41.

<sup>150a)</sup> Vgl. über dieselbe die eingehende Darstellung *Engelmanns* S. 63 ff.

<sup>151)</sup> *Ad Leg. Diuus* (14) D. 48, 8 und *Leg. Perspicendum* (11 § 2) D. 48, 19. — Schon *Baldus*, ad. L. 3 D. 12, 2, wollte anscheinend stets nur wegen *lata culpa* gestraft wissen: „*factum excedit voluntatem in diversa persona, et ideo non punitur de dolo, sed de lata culpa.*“ — Oft wurde zur Stütze dieser Ansicht auch die L. 4 D. 47, 10 angeführt. Aber wer berechtigterweise seinen Sklaven durch einen Schlag züchtigen will, hat gar nicht einen auf ein Delikt sich beziehenden Vorsatz; trifft er versehentlich einen anderen, so kann aus diesem Grunde von einer Injurie keine Rede sein. Die Stelle paßt daher nicht.

über die Kausaltendenz der Handlung — „*Cogitatum tendit verisimiliter ad finem secutum*“ — zum Dolus anrechnen, wenn der wirkliche Erfolg auch wahrscheinlich war. Andere<sup>151a)</sup> haben sodann stets nur Culpa angenommen. Zuletzt<sup>151b)</sup> aber hat man, überwiegend die Aberrationsfälle und die Fälle des *Error in objecto* zusammenwerfend, weil *Dolus in genere* vorhanden sei, auch im Falle der Aberration den eintretenden Erfolg als dolos verursacht angesehen. Die Theorie der Haftung wegen „*versari in re illicita*“ mußte dabei selbstverständlich von Einfluß sein, und darauf beruft sich unter anderem auch *Carpsov*,<sup>152)</sup> durch dessen Autorität die Ansicht der späteren Italiener, also die Annahme der Haftung für vollendetes doloses Delikt, auch in Deutschland zur herrschenden wurde:<sup>153)</sup> es ist der erforderliche Dolus vorhanden und der Erfolg an einem Objekte eingetreten, das rechtlich demjenigen gleichsteht, das der Täter treffen wollte.<sup>153a)</sup>

§ 190. Erst *Gesterding*<sup>154)</sup> vertrat wieder, und zwar mit neuer Begründung die Unterscheidung von *Error in objecto* und Aberration, welche er in zwei Handlungen zerlegte, in einen Versuch an dem von der Absicht umfaßten und in ein kulposes Delikt gegen das getroffene Objekt.<sup>155)</sup> Es sei nicht anders, als wenn jemand den Versuch mache, eine Uhr zu stehlen, und später aus Versehen ebenfalls eine Uhr in die Tasche stecke. Dieser Ansicht, wenn auch nicht genau ihrer Begründung, schlossen sich alsbald *Heffter*,<sup>155a)</sup> *Geib*,<sup>156)</sup> *Zachariae*<sup>157)</sup> und *Bauer*<sup>158)</sup> und andere<sup>159)</sup> an; sie wurde eine Zeitlang die völlig über-

<sup>151a)</sup> Z. B. *Bonifacius de Vitalinis Rubr. De insultu* n. 35.

<sup>151b)</sup> *Bossius, De homicidio* n. 73, und besonders *Clarus, § Homicidium* n. 5.

<sup>152)</sup> Pr. qu. 5 n. 17 ff., besonders n. 30. Ausdrücklich entschieden übrigens die *Constitutiones Saxoniae* in diesem Sinne. Vgl. *Carpsov* a. a. O. n. 22.

<sup>153)</sup> Es kommt dabei auch die deutschrechtliche Anschauung in Betracht, welche dem Erfolge nicht leicht entscheidende Bedeutung absprechen mag.

<sup>153a)</sup> Vgl. auch *Matthaeus* 48, 5. c. 3 n. 13: „*Cum enim hoc quoque casu dolus malus cum eventu concurrat non video qua ratione poenam gladii effugere possit*“, und später z. B. *Leyser, Spec.* 550 n. 1—4; 610 n. 5—8. Über andere Schriftsteller *Pfotenhauer, Abt. 2* S. 80.

<sup>154)</sup> Arch. d. Cr. 1819, S. 490.

<sup>155)</sup> In früherer Zeit ist nur von einer Handlung die Rede, entweder von Haftung für vollendetes doloses Verbrechen oder für kulposes Delikt, begangen an dem wirklich getroffenen Objekte.

<sup>155a)</sup> Arch. d. Cr. 1832, S. 285 ff.

<sup>156)</sup> Arch. d. Cr. 1838, S. 40 ff.

<sup>157)</sup> Die Lehre vom Versuch der Verbrechen 1 S. 272 ff.

<sup>158)</sup> Abhandlungen 1 S. 301, 403, 404.

<sup>159)</sup> Vgl. die Zitate bei *Geib* 2 S. 270.

wiegende,<sup>160</sup>) auch bis jetzt vom RG. geteilte,<sup>161</sup>) bis in neuester Zeit die Auffassung der Handlung als eines einheitlichen dolosen Verbrechens wieder neue Anhänger in *Buri* (Kausalität S. 82 ff.), *Liszt* (§ 40 a. E.), *Frank* (§ 59 V. 3), *Beling*, Grundzüge des Strafrechts S. 60, *Finger* (S. 254) fand.

Nun kann allerdings der Kausalzusammenhang zwischen der dolosen Tätigkeit und dem endlichen Erfolge keinesfalls immer gelegnet werden; sonst würde auch der Handelnde nicht wegen Fahrlässigkeit in betreff des wirklich herbeigeführten Schadens verantwortlich sein. Aber vom subjektiven Standpunkt aus betrachtet, war das getroffene Objekt von dem Vorsatze des Handelnden nicht umfaßt, während dies bei dem *Error in objecto* der Fall ist; der Handelnde strebte nicht danach, dies Objekt zu treffen, und ebenso war, daß dies geschah, seiner Vorstellung nach nicht notwendig (meistens sogar nicht wahrscheinlich). Es kann sich also nur darum handeln, ob die Rechtsordnung genügenden Grund hat, die hier vorliegende Differenz zwischen dem Bilde, das der Handelnde sich von seiner Handlung entworfen hat, und dem wirklichen Erfolge unbeachtet zu lassen, und dies ist vom Standpunkte eines Strafrechts, das Versuch und Vollendung prinzipiell unterscheidet, zu verneinen. Die Strafe der Vollendung soll hiernach nur eintreten, wenn die Tat in ihrer ersten Erscheinung, ihrem Erfolge so geartet ist, daß man sagen darf, der Schuldige verstand nicht nur ein Verbrechen zu beginnen, sondern auch es zur Vollendung zu bringen; gerade darin zeigt sich die Intensität auch seines verbrecherischen Willens, daß er richtig gerechnet hat. Wenn nun auch der Zufall hierbei häufig sehr erheblich einwirkt, so ist doch nach dem Satze „*In dubio benignius*“ bei dem Ausbleiben des berechneten Erfolges nicht anzunehmen, daß die auf ein anderes Objekt abgelenkte Tat die zur Voll-

<sup>160</sup>) *H. Meyer*, § 25, 10b, auch *Allfeld*, § 25 Anm. 46. *Olshausen*, § 59 Nr. 27. Doch verteidigen z. B. *Pfotenhauer*, 2 S. 78, und *Wächter* (Vorlesungen S. 257), *Köstlin*, N. Revision S. 289, System S. 199, die Auffassung der Handlung als des eigentlich strafwürdigen Moments, da die auf Hervorbringung des Erfolges gerichtete Tätigkeit sich bereits in ihrem vollsten Umfange entwickelt und bis zu dem Grade manifestiert habe, daß eben nichts mehr fehle, als der jeder weiteren Einwirkung des Verbrechers entzogene und mehr oder weniger stets dem Zufall unterworfenen Erfolg. Indes gesteht *Pfotenhauer*, er sei von der Richtigkeit dieser Ansicht nicht so überzeugt, wie von der betreffs des *Error in objecto* vertretenen Ansicht.

<sup>161</sup>) II. 28./9. 81 E. 2 Nr. 140 S. 335, I. 14./2. 81 E. 3 Nr. 147 S. 384.



endung nötige Wirkung auch an dem Objekte gehabt haben würde, das getroffen werden sollte, aber nicht getroffen ist, oder daß dies Objekt überhaupt getroffen worden wäre. Und die praktischen Konsequenzen dieser Ansicht sind auch keineswegs so bedenklich, wie wenn man das gleiche Ergebnis für den *Error in objecto* verteidigen wollte. Der Schuldige kann nicht, wie im letzteren Falle möglich wäre, beliebig uns sagen, daß in dieser und jener Beziehung das getroffene Objekt mit demjenigen, welches er im Sinne hatte, die Wirklichkeit mit dem vorher entworfenen Bilde der Tat seinen Erwartungen nicht entsprochen habe: die Ablenkung der Handlung ist ein äußeres, von seinem Belieben unabhängiges Faktum. Bei einer Gesetzgebung freilich, welche den beendigten Versuch (das *Délit manqué*) prinzipiell ebenso straft wie die Völlendung, hat man praktisch betrachtet keinen Grund, die Aberrationsfälle genauer zu untersuchen.<sup>162)</sup> Den Schuldigen trifft die Strafe für das vollendete Delikt schon wegen der gegen das Objekt A gerichteten Handlung, und man kann diese Strafe nicht wohl deshalb erhöhen, weil die Handlung das Objekt B an Stelle des Objektes A getroffen hat; der äußere Eindruck der Handlung ist in beiden Fällen derselbe. Daher fehlt die Erörterung der Aberration in der französischen Jurisprudenz.<sup>162 a)</sup>

Die englisch-nordamerikanische Jurisprudenz behandelt, ungeachtet der Versuch im englisch-nordamerikanischen Rechte milder bestraft wird als die Völlendung, gleichwohl ohne genauere theoretische Untersuchung die Aberration als einfaches doloses Verbrechen.<sup>162 b)</sup> Aber *Wharton* — unter den englisch-nordamerikanischen Kriminalisten vielleicht der unbefangenste und vielleicht auch der beste Kenner anderer Gesetzgebungen — findet, daß eigentlich die jetzt bei uns praktisch herrschende Ansicht recht habe, und es sind ihm besonders auch die Gründe überzeugend erschienen, welche ich in meiner Schrift über

<sup>162)</sup> Unzutreffend ist der von *Buri* (Kausalität S. 84) erhobene Einwand, daß, da es nur um einen Zweck des Täters sich handle, nur ein nicht zu berücksichtigendes Motiv vorliege, wenn A getroffen werden sollte, aber B getroffen wird. Der Zweck ist keineswegs immer nur Motiv (vgl. oben S. 365).

<sup>162 a)</sup> Bemerkenswert ist, daß, nachdem von dem belgischen Gesetzbuch der französische Grundsatz der gleichen Strafbarkeit des Versuchs und des vollendeten Verbrechens aufgegeben worden, *Haus* I n. 331 sich entschieden für die im Text vertretene Ansicht erklärt hat.

<sup>162 b)</sup> Vgl. *Wharton* I §§ 316, 318.

Kausalzusammenhang zur Unterstützung dieser Ansicht vorgebracht habe.

Die in Italien vorherrschende, in der Praxis anscheinend geltende Ansicht erblickt wie die englische in dem Falle der *Aberratio ictus* ein einheitliches doloses Verbrechen.<sup>162c)</sup> Das namentlich von *Pessina* 2 § 5 n. 7 dafür beigebrachte Argument beweist aber nicht. Es ist zwar der Tod des an Stelle des A getroffenen B eine Wirkung der Tätigkeit des Schuldigen; aber sie wird deshalb nicht von des letzteren Vorsatze mitumfaßt.

Ein Aberrationsfall liegt übrigens auch dann vor, wenn der Schuldige an die Möglichkeit oder selbst Wahrscheinlichkeit der Abirrung gedacht haben sollte. Das Gegenteil müßte freilich nach der Vorstellungstheorie in Konsequenz insbesondere der herrschenden Theorie über den *Dolus eventualis* behauptet werden. Dagegen kann allerdings von Aberration nicht die Rede sein, wenn mit einem wirklichen *Dolus alternativus* gehandelt wird, wie dies z. B. bei Schlägereien, bei denen auf mehrere Personen ein Angriff gemacht wird, leicht vorkommen wird, und ebensowenig ist es Aberration, wenn der Erfolg, welchen der Handelnde erstrebte, erreicht wird, aber auf einem etwas verschiedenen Wege: der Stoß, der den Tod des A herbeiführte, traf den A an einer anderen Stelle des Körpers, hatte aber die erstrebte Wirkung.

§ 191. Rechtsunkenntnis und Rechtsirrtum. Gehört zum (strafbaren) Vorsatze Bewußtsein, daß die beabsichtigte Handlung im Gesetze mit Strafe bedroht sei? Anders ausgedrückt: entschuldigt Rechtsunkenntnis oder Rechtsirrtum?

In unseren römischen Quellen findet sich bekanntlich der Satz L. 9 pr. D. 22, 6 „*Regula est: juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.*“ Und daß diese Regel auch für das Strafrecht galt, ergibt eine Anzahl besonderer Entscheidungen, und zwar nicht nur für Delikte, deren Strafbarkeit auf die *naturalis ratio* oder das *jus gentium* „*quod apud omnes gentes, peraeque custoditur*“ zurückgeführt wird.<sup>163)</sup> Nur

<sup>162c)</sup> Dafür auch *Ferroni-Ferranti, Nesso causale*, S. 60. *Crivellari* 3 S. 622, 629. Dagegen aber *Brusa, Saggio*, § 116.

<sup>163)</sup> Vgl. in diesem Sinne besonders *Mommsen*, S. 92 ff. — So heißt es in L. 11 § 4 D. 3, 2 in Ansehung der Infamia: „*Notatur infamia qui eam duxit, sed si sciens, ignorantia enim excusatur non juris, sed facti.*“ (Wir würden sagen: selbstverständlich wird als Entschuldigung nur die Unkenntnis der Tat-

Frauen, Minderjährige und *Rustici* (wohl notorisch völlig ungebildete Personen) werden bei Verfehlungen gegen eine Anzahl von Strafgesetzen entschuldigt, die, auf besonderer positiver Satzung beruhend, als mit dem sittlichen Rechtsbewußtsein nicht im Zusammenhange stehend betrachtet wurden, und zwar gilt dies keineswegs bei allen jenen Personen gleichmäßig; nicht einmal eine durchgreifende allgemeine Ausnahme kann hierin erblickt werden.<sup>164)</sup>

§ 192. Auffallend ist daher, daß in der Glosse und in der Doktrin der Postglossatoren von dem Satze ausgegangen wird: *quaelibet ignorantia, etiam juris excusat a dolo*.<sup>165)</sup> Indes ist die praktische Bedeutung dieses Satzes nicht so groß, wie man

sache, nicht des Rechtssatzes betrachtet.) — Ferner in L. 16 § 5, D. 39, 4: „*Licet quis se ignorasse dicat, nihilominus eum in poenam vectigalia incidere, Divus Hadrianus constituit*.“ Also selbst bei Zollstrafgesetzen entschuldigt Rechtsunkenntnis nicht. L. 15, pr. D. 48, 10 „*Divus Claudius praecepit . . . et ne vel (i)is venia detur qui se ignorasse edicti severitatem praetendant*.“ (Die Strafe der Fälschung soll auch den Schreiber eines Testaments treffen, der *optima fide* (auf Geheiß des Testators) eine ihm günstige Disposition hineinschreibt. — *Binding*, Normen 2 S. 312 erblickt in diesen Stellen nur die Vorschrift, daß vorgebliche Rechtsunkenntnis (nicht wirkliche Rechtsunkenntnis) unberücksichtigt bleiben solle. Aber einerseits besagt der Wortlaut unzweifelhaft mehr, und andererseits wäre die Vorschrift, bloßes Vorgeben eines Rechtsirrtums nicht zu beachten, selbstverständlich und somit unnützlich. In der L. 15 pr. D. 48, 10 bezieht *Binding* die „*Severitas*“ auf die Höhe der Strafe. Die Stelle sagt aber offenbar nicht, daß gerade für den gemeinten Fall eine besondere Strafe eintreten solle, vielmehr nur, daß die allgemeine in der *Lex Cornelia* bestimmte Strafe (*Severitas*) auf denjenigen Anwendung finden solle, der eine Testamentsbestimmung zu seinen Gunsten niederschreibt. Wenn in manchen von zivilrechtlichen, nur auf Dolus zu gründenden Verpflichtungen die Existenz eines Dolus dann verneint wird, wenn der angeblich Verpflichtete sich *in jure* irrte, so beruht dies darauf, daß hier ein Handeln gegen ein als solches erkanntes Recht gefordert wird, ein besonderer, wenn auch häufig vorkommender Fall, dessen abweichende Behandlung auch nach der Ansicht gerechtfertigt ist, die Rechtskenntnis nicht als Erfordernis des Dolus betrachtet (so begehrt nach L. 36 § 1 und L. 37 pr. D. 41, 3 auch derjenige kein *Furtum*, der sich, wenn auch auf Grund eines Rechtsirrtums, für den Erben hält und nun eine Erbschaftssache veräußert). Daß von den römischen Juristen die Annahme eines Dolus in einigen Fällen abgelehnt wird, in denen jemand zwar objektiv rechtswidrig, aber aus einem sittlich anerkanntswerten Motive gehandelt hat, kann noch weniger in Betracht kommen. Damit sollte nur die die Ehre schädigende Verurteilung wegen Dolus, insbesondere die *Actio doli* vermieden werden.

Gegen *Bindings* Ansicht vgl. *Pernice*, *Labeo* 2 S. 63, und besonders die eingehende von *Heinemann*, Die *Bindingsche* Schuldlehre, S. 77—90, gegebene Würdigung. Siehe auch *Wächter*, Vorlesungen S. 156 Anm. 1.

<sup>164)</sup> Vgl. *Rein*, Criminalr. d. Römer S. 214 ff.; Rechtsunkenntnis wird in einem Falle nur bei Frauen (L. 15 §§ 4, 5, D. 48, 10), in anderen bei Frauen und Minderjährigen (L. 1 § 10 D. 48, 16 L. 38 § 4 D. 48, 5 L. 4 C. 5, 5), bei Zolldelikten nur bei Minderjährigen (L. 9 § 5, D. 4, 4) als entschuldigend betrachtet. Vgl. *Savigny*, System d. röm. Rechts 3 S. 388 ff.

<sup>165)</sup> Vgl. die Belegstellen bei *Engelmann* S. 41 ff.

auf den ersten Anblick glauben möchte. Es wird Rechtskenntnis und Dolus präsumiert, wenn auf Grund von Indizien die Berufung auf Irrtum oder Unkenntnis unglaubwürdig erscheint, und als unglaubwürdig wird angesehen die Unkenntnis eines Satzes des *Fus naturale*<sup>166)</sup> und meist auch des *Fus gentium*; freilich wird die Strafe im Falle eines *Dolus praesumptus* gegenüber der Strafe bei *Dolus verus* gemildert. Aber nicht selten wird angenommen, daß ein Strafgesetz die volle Strafe auch für den *Dolus praesumptus* festsetze.<sup>167)</sup> Und sehr weit scheint doch oft in der Praxis die Entschuldigung der Unkenntnis eines Verbotes nicht gereicht zu haben, wenn z. B. nach *Gandinus*<sup>168)</sup> und *Bonifacius de Vitalinis*<sup>168a)</sup> sogar die rechtsungültige Erlaubnis des *Podesta* (*Potestas, Rector*) nicht vor der Strafe wegen Übertretung eines nur statutarischen Verbots (der Ausfuhr von Getreide) schützen sollte. Nach *Aretinus* (*Rubr. Et appensate* n. 3) wird gelegentlich auch auf den allgemeinen Satz Bezug genommen „*regulariter juris error non excusatur*“.

Die Erklärung jener die Rechtsunkenntnis als strafausschließend anerkennenden Ansicht, für die man (unrichtigerweise) auch wohl Stellen der römischen Quellen anführte, welche von Delikten reden, die, wie Diebstahl, nur gegen fremdes subjektives Recht möglich sind (vgl. unten), liegt anscheinend darin, daß man auf alle Weise die Anwendung des oft willkürliche und schwere Strafen androhenden Statutarrechts einzuschränken suchte, bei welchem übrigens ein Rechtsirrtum insofern leicht vorkommen konnte, als die territorialen Gebiete, in welchen sie galten, oft nur klein und zuweilen die Grenzen wohl äußerlich nicht leicht erkennbar waren.<sup>169)</sup>

Vielleicht aber trug zu dieser Ansicht auch die Auffassung bei, daß die Verletzung partikularrechtlicher Strafgesetze<sup>169a)</sup>

<sup>166)</sup> So z. B. des Verbots der Tötung, des Diebstahls, des Ehebruchs.

<sup>167)</sup> Vgl. *Gandinus, Rubr. de homicidiariis* n. 22.

<sup>168)</sup> *Rubr. de rebus non exportandis contra decretum* n. 9.

<sup>168a)</sup> *Rubr. quid sit accusatio* n. 83.

<sup>169)</sup> Z. B. jemand hat außerhalb des Kreises, in welchem der Bann galt, einen Bannitus getötet. Abs. *Tartagnus, Cons. VII, 160, n. 1—6.* — Dahin kann auch der Fall gerechnet werden, daß jemand einen Bannitus tötete, über den nicht in gehöriger Form der Bann verhängt war.

<sup>169a)</sup> Der Fremde (*Forensis*) konnte oft mit Recht auf Rechtsunkenntnis sich berufen, indes nicht bei solchen Statuten, die (wie z. B. Getreideausführungsverbote) sehr oft vorkamen. Vgl. *Gandinus, a. a. O. n. 7. Clarus § fin. qu. 85, n. 2, 3.*

(und gar häufig wechselnder oder nur für bestimmte Zeit erlassener Edikte) in Wahrheit nur ein Ungehorsam sei — und Ungehorsam setzt ja Kenntnis des Gebots oder Verbots voraus, gegen das man ungehorsam gewesen sein soll.<sup>170)</sup>

Da die berühmten Juristen übrigens häufig entscheidende *Consilia* erteilten, hatten sie oft auch ein Interesse daran, sich etwas unbestimmt und undeutlich auszudrücken, oder sehr subtile Unterscheidungen zu machen und das richterliche Ermessen möglichst weit auszudehnen. So kommt allerdings auch die Ansicht vor, daß Rechtsunkenntnis unbedingt entschuldige, oder daß nur die Bestrafung wegen Culpa im Falle der *Ignorantia juris* eintreten könne. Vielleicht ist aber auch die Auffassung der Kirche<sup>171)</sup> von Einfluß gewesen. Zwar sagt Cap. 13 in VI, 5, 12: „*Ignorantia facti, non juris excusat*“, und von Gratian zu C. 12 Caus. I qu. 4 wird nur die *Ignorantia juris civilis*, nicht die *Ignorantia juris naturalis* entschuldigt. In Cap. 2, in VI 2,2 wird aber Unkenntnis der von Bischöfen erlassenen Verordnungen als Entschuldigung angesehen, nur nicht *ignorantia supina et crassa*, und in C. 41 causa 24 qu. I wird milder beurteilt, wer in Unkenntnis das kirchliche Verbot, die Kommunion aus der Hand eines Ketzers zu empfangen, oder dem Ketzer die Kommunion zu erteilen, übertreten hat, dann aber besonders Gewicht darauf gelegt, ob jemand jenes kirchliche Verbot gerade *in damnationem ecclesiae* übertreten habe, also um der Kirche seine Mißachtung zu zeigen.<sup>172)</sup> Der Gehorsam war für die Kirche höchst wesentlich. Demnach mußte, wer in Unkenntnis des Gesetzes dasselbe übertrat, milder behandelt werden.

§ 193. In den älteren deutschen Rechtsquellen findet sich fast nichts über die Berücksichtigung der Rechtsunkenntnis.<sup>173)</sup> Die Volkskundigkeit des Rechts, wenigstens über das, was nach

<sup>170)</sup> Die Unkenntnis eines Statuts, das nur verbietet was auch *de jure communi* verboten ist, will *Clarus*, § fin. qu. 60 n. 5, nicht als Entschuldigung gelten lassen, erwähnt aber, daß einige hier Culpa annehmen.

<sup>171)</sup> Vgl. darüber *Hinschius*, Kirchenrecht 5, S. 921.

<sup>172)</sup> Doch wo von einem „*praesumere audere*“ in den kirchlichen Quellen die Rede ist, wird zur Verantwortlichkeit volle Kenntnis des Verbots vorausgesetzt.

<sup>173)</sup> Vgl. über die vereinzelt vorkommenden Stellen *Köhler*, S. 87, 88. — (Die Stelle der *Lex Visigothorum* 2, 1 c. 3, welche die Berücksichtigung der Unkenntnis der Gesetze ausschließt, ist wohl römischen Ursprungs.)

Volksrecht Verbrechen war, half über diese Frage hinweg, und da, wo die Könige und Fürsten oder andere Obrigkeiten oder Gemeinden mit willkürlichen Geboten und Verboten einschritten, haben sie wohl Neigung zu feinfühlernder Gerechtigkeit wenig empfunden. Nur Fremden und allenfalls solchen, die bei Erlaß des Gebotes oder Verbotes außer Landes sich befanden, wurde in solchen Fällen Nachsicht zuteil.<sup>173a)</sup> Daß man hier und da einmal weitergehende Nachsicht geübt hat, beweist schwerlich für einen bestimmten Rechtssatz; denn im Mittelalter, und besonders im späteren Mittelalter, wechseln Härte und auffallende Milde nicht selten, und selbst letztere geht nicht einmal immer aus lauterer Quellen hervor.

§ 194. *Carpzov*<sup>174)</sup> erwähnt die *Ignorantia juris* gar nicht;<sup>174a)</sup> da er aber von anderen Fällen des Irrtums als Ausschließungsgründen des Dolus ausführlich handelt, kann daraus nur der Schluß gezogen werden, daß er *Ignorantia* und *Error juris* überhaupt juristisch für nicht beachtenswert hält, oder daß doch Berufungen auf Rechtsunkenntnis ihm praktisch nicht vorgekommen sind.

*Grotius* (*de jure belli et pacis* II, 20, § 43) geht zurück auf die römische Unterscheidung von *Leges civiles* und *Leges naturae*. Bei Vergehen gegen *Leges naturae* hält er es für billig, die Schwachsinnigen oder schlecht Erzogenen im Falle mangelnder Einsicht zu entschuldigen — hier fehlt es, nach *Grotius'* Ansicht, also an der Zurechnungsfähigkeit, und der Rechtsirrtum als solcher entschuldigt nicht. Rechtsunkenntnis soll sonst den Dolus bei *Leges civiles* ausschließen, aber wenn die Rechtsunkenntnis auf Fahrlässigkeit beruht, nur mildere Strafe bewirken.<sup>174a)</sup>

<sup>173a)</sup> *John*, Strafrecht in Norddeutschland 1, S. 127, führt eine Stelle aus dem Billwärdler Recht art. 23 an, welche Fremde entschuldigt, wenn sie, in Unkenntnis des Verbots, mit Waffen vor Gericht erscheinen.

<sup>174)</sup> Über die Dogmengeschichte des Rechtsirrtums in der deutschen Jurisprudenz vgl. die Arbeit *Heinemanns*, Zeitschr. 13 S. 372—453.

<sup>174a)</sup> *Binding*, Grundriß § 40, meint freilich, da *Carpzov* bei der *Ignorantia* die Rechtsunkenntnis nicht unterscheidet, habe er der letzteren dieselbe Bedeutung zugemessen, wie dem *Error facti*. Nach qu. 72 n. 47, 48 werden jugendliche Deszendenten, die mit Aszendenten das *Crimen incestus* begehen, milder behandelt, und es ist dabei auch von *Ignorantia* die Rede; aber Rechtsunkenntnis im eigentlichen Sinne dürfte damit nicht gemeint sein, vielmehr überhaupt jugendliche Unerfahrenheit, die sich dem Aszendenten auch in unerlaubten Dingen fügt, ebenso wie die Straffreiheit jugendlicher Deszendenten nach StGB. § 173 Abs. 4 Rechtsunkenntnis nicht voraussetzt.

Eigenartiger behandelt *Kress* (Art. 177 § 2) die Frage der Rechtsunkenntnis. Die Berufung auf solche läßt er nicht zu, wenn das Verbrechen eine Verletzung der Regel enthalte: „Was du nicht willst, das dir gescheh, das tu auch einem anderen nicht“, denn diese Regel verstehe ein jeder. Bei Delikten dagegen, welche, wie Sodomie, in einer Verletzung nur der allgemeinen Moral bestehen, soll Unkenntnis des Strafgesetzes solche entschuldigen, die fern vom allgemeinen Verkehr (z. B. in Wäldern) in schlimmster Unwissenheit aufgewachsen sind. Irrtum nur über die Schwere der Strafe soll nicht berücksichtigt werden, es sei denn, daß die Gewohnheit bestände, besondere Schärfungen des partikularen Rechts (z. B. die unbedingte Androhung der Todesstrafe bei Pferdediebstahl) häufiger bekannt zu machen; in solchem Falle könne der Rechtssatz gewissermaßen einem Faktum gleichgestellt werden.<sup>175)</sup>

Besonders deutlich tritt die Unterscheidung der Unwissenheit von *Factum* und *Jus* andererseits hervor — sie wird geradezu als fundamental behandelt — bei *Boehmer*<sup>176)</sup> (Unkenntnis der *Leges communes* soll, weil sie nur *supina crassa* oder *affectata*<sup>177)</sup> sei, abgesehen von Personen, die mit besonderen geistigen Erziehungsmängeln behaftet sind, nicht beachtet werden; denn solche Gesetze seien allbekannt. Dagegen könne man eher berücksichtigen Unkenntnis positiver partikularer Gesetze, zumal solche Gesetze oft Verbote enthalten, von denen man sich nicht träumen lasse, und selbst Unkenntnis der Höhe der Strafe könne in Betracht kommen, wenn die Strafe nach partikularem Gesetze oder nach partikularer Praxis besonders hart sei.<sup>178)</sup>

<sup>174a)</sup> Vgl. auch *Matthaeus ad Dig.* 49, 18, c. 5 n. 10: „*Juris naturalis vel divini ignorantia neminem excusat.*“ Bei Delikten, die nur nach *jus civile* strafbar sind, bewirkt Rechtsunkenntnis, daß nur wegen *Culpa* gestraft wird.

<sup>175)</sup> „*Interim et hic jus aliquando in facto positum esse potest.*“ Die neuerdings aufgestellte Behauptung, es sei damals und lange Zeit tatsächlicher und Rechtsirrtum gleich behandelt worden, kann wohl kaum besser widerlegt werden.

<sup>176)</sup> In CCC. 179 § 12.

<sup>177)</sup> Dieses Ausdrucks bediente sich das kanonische Recht bezüglich der Rechtsunkenntnis.

<sup>178)</sup> Fremde sollen auch nach *Boehmer* bei Verstößen gegen partikuläre Gesetze entschuldigt oder bzw. milder behandelt werden, wenn sie das Gesetz nicht kennen. — *Boehmers* Lehre vertritt im wesentlichen auch *Koch*, *Institutiones jur. crim.* (9. Aufl. 1791) § 152, die Entschuldigung auf an sich gleichgültige, aber durch Partikularrecht bezeichnete Handlungen beschränkend.

Die Unterscheidung derjenigen Gesetze, bei welchen Unkenntnis entschuldigen sollte, von denjenigen, bei denen dies nicht der Fall sei, bei *Boehmer* schon nicht sehr bestimmt — denn was positive Gesetze sind, darüber läßt sich in vielen Fällen sehr streiten —, wird z. B. bei *Quistorp*<sup>178a)</sup> noch unbestimmter, da er Missetaten, deren Abscheulichkeit auch dem in größter Unwissenheit auferzogenen Menschen einleuchte, denjenigen Delikten gegenüberstellt, welche nur in bürgerlichen Gesetzen ihren Grund haben. Die reale Erklärung dieser unbestimmten, freilich auch durch die allgemeine Lehre des sog. Naturrechts geförderten Theorie ist in dem mangelhaften Zustande der Gesetzgebung zu suchen. Auch die damalige Theorie der Unkenntnis der Gesetze war eines der Mittel, die Anwendung veralteter oder übertrieben strenger, barbarischer oder willkürlicher Gesetze oder Verordnungen zu mildern.<sup>178b)</sup>

Auch die Kodifikationen gaben aber einstweilen die in der Theorie herrschende Ansicht wieder. So läßt der *Codex Max. Bavar.* I, 1 § 31 Entschuldigung zu oder mildert doch die Strafe bei Unwissenheit „in Sachen, welche von Rechts wegen zu ignorieren erlaubt ist“, nach *Kreittmeyers* Anmerkung<sup>178c)</sup> hiermit den Gegensatz zu den nach dem *jus naturae* verbotenen Handlungen bezeichnend.<sup>179)</sup> Die besondere Gattung der Strafe zu kennen, soll nicht nötig sein, die Bekanntschaft der „innerlichen Boß- und Strafmäßigkeit der Tat“ vielmehr genügen.

Diese innerliche Bosheit und Strafmäßigkeit, welche die Sachen „auf sich tragen“, d. h. die einem jeden (Zurechnungsfähigen) sofort gleichsam natürlich einleuchtende Strafbarkeit der Tat, erhebt die *Theresiana* Art. 1, § 9 zum entscheidenden Merkmal für den Ausschluß der Berücksichtigung der Rechtsunkenntnis. Wo das Gesetz (d. h. also nur das positive Gesetz) etwas gebietet oder verbietet, soll eine „nicht gar schuldhafte Unwissenheit“ nur von der ausdrücklichen, nicht von aller

<sup>178a)</sup> Grundr. d. peincl. Rechts 1 §§ 34, 37.

<sup>178b)</sup> Vgl. *Gessler*, GS. 10 (1858) S. 236, und *Heinemann* S. 376.

<sup>178c)</sup> Vgl. darüber *Köhler* S. 91.

<sup>179)</sup> Nach eben diesen Anmerkungen kann im übrigen Rechtsunkenntnis nur vorgeschützt werden von denjenigen, welchen erlaubt ist, das Recht nicht zu kennen (also Frauen, Minderjährigen, Rustici), vgl. *Köhler* S. 91.



Strafe befreien. Dagegen spricht das österreichische Gesetzbuch Josephs II. formell zwar nur von einem Irrtume, wobei dem Irrenden wegen der Irrung keine Schuld beigemessen werden könne, meint aber damit sicher nur den Irrtum über rein positive Vorschriften.<sup>180)</sup>

Das preuß. allgem. Landr. (Einleitung, § 13) läßt Berufung auf Rechtsunkenntnis nur zu, insofern „vorhin erlaubte oder als gleichgültig angesehene Handlungen“ in Frage stehen und eine „Vernachlässigung der Pflichten“ (in Ansehung der Rechtsunkenntnis) nicht vorliegt, ein Satz, der sich anscheinend nur auf neue Strafgesetze bezieht. Ausdrücklich wird dann — und dies erinnert an *Kress* — die Entschuldigung auf Grund der Unwissenheit des Gesetzes versagt der „absichtlichen Verletzung der öffentlichen oder Privatsicherheit“. Außer diesem Falle trifft die Strenge des Gesetzes nur den, „welcher das Strafgesetz zu wissen schuldig und imstande gewesen ist“,<sup>181)</sup> und bei in besonderen Verordnungen erlassenen Polizeigesetzen scheinen der Wirksamkeit einer Berufung auf Rechtsunkenntnis in der Tat nicht allzu enge Grenzen gesetzt zu sein.<sup>182)</sup>

§ 195. Während aber das österreichische GB. von 1803 den Rechtsirrtum mit größerer Strenge behandelte — es schließt bei Verbrechen (Teil 1 § 2) und schweren Polizeiübertretungen<sup>183)</sup> (Teil 2 § 1. § 23 des GB. v. 1853) die Berufung auf Rechtsunkenntnis allgemein aus —, begann gerade die deutsche Theorie der Entschuldigung der Rechtsunkenntnis eine tiefere Grundlage zu geben. Sie fordert teils, weil die Absicht des Verbrechens eine „böse“ sein müsse, teils weil das Wesen des Deliktes in dem Ungehorsam gegen das Gesetz gefunden wurde,

<sup>180)</sup> Eigentümlich ist die Einschränkung, daß die Entschuldigung nur gelten soll, wenn der Täter bei richtiger Erkenntnis die verbotene Handlung nicht begangen haben würde.

<sup>181)</sup> Aber auch Fremde, die sich im Staate aufhalten, werden im § 12 für verpflichtet erklärt, sich nach den Gesetzen zu erkundigen.

<sup>182)</sup> Vgl. darüber *Köhler* S. 93.

<sup>183)</sup> Im Sinne des österreich. GB.s. Da, wo die Strafbarkeit der Tat auf „besonderen Verordnungen“ beruht, rechtfertigt der Gesetzgeber die Nichtberücksichtigung der Rechtsunkenntnis durch die Erwägung, daß der Betreffende kraft seines Standes, Gewerbes, seiner Beschäftigung oder nach seinen Verhältnissen das Gesetz zu kennen verpflichtet sei. Daß hiernach nur die Unkenntnis der Strafbarkeit, nicht aber die Unkenntnis der Rechtswidrigkeit unberücksichtigt bleiben soll, ist eine willkürliche Unterstellung. An Versuchen, die Strenge des Gesetzes abzuschwächen, hat es freilich in der Theorie nicht gefehlt. Vgl. *Heimann*, Zeitschr. 13 S. 448.

teils weil nur das einem Täter bekannte Strafgesetz auf seine Willensstimmung wirken könne, zum Dolus Kenntnis des Strafgesetzes,<sup>184)</sup> und besonders war *Feuerbach*<sup>185)</sup> vom Standpunkte der psychologischen Zwangstheorie aus veranlaßt, diese letztere Theorie aufzustellen, freilich Spitze und Gefährlichkeit ihr dadurch abbrechend, daß er bei jedem Zurechnungsfähigen Kenntnis des Strafgesetzes präsumierte. In der Folge ist es oft bei den Theoretikern<sup>185a)</sup> nicht mit voller Sicherheit zu ersehen, ob sie Bewußtsein der Strafgesetzwidrigkeit oder nur der Rechtswidrigkeit fordern, und bei manchen verflüchtigt sich dieser letztere Begriff in den der Strafwürdigkeit<sup>186)</sup> oder bzw. der Pflichtwidrigkeit.<sup>187)</sup> Die Bedenken, die aus dieser Ansicht für die Bestrafung von Polizeidelikten folgen, werden beseitigt teils durch den Hinweis darauf, daß bei diesen Delikten Dolus und Culpa nicht oder nicht genau unterschieden werden, teils durch den Hinweis darauf, daß der Staat den Bestand solcher Ordnungen nicht von der Kenntnis oder Einsicht des einzelnen abhängig machen könne. Daß aber, wenn in einem Falle Rechtsunkennntnis zu berücksichtigen und vorhanden sei, die Vornahme der Handlung nunmehr nicht als kulpose Begehung des Deliktes zu betrachten, vielmehr straflos sei, wird mehr und mehr anerkannt.<sup>188)</sup>

<sup>184)</sup> *Klein*, Grundsätze d. gemein. peinl. Rechts, 2. Aufl. 1799, §§ 116, 119, 120 und Arch. d. Cr. 1798, II S. 59 (in der ersten Aufl. der Grundsätze weniger bestimmt). — *Kleinschrod* (3. Aufl. 1805) 1 § 35 erkennt den Grundsatz prinzipiell als richtig an, will ihn aber doch, da er seine Gefährlichkeit einsieht, praktisch nur in Fällen gelten lassen, die schon in der früheren Doktrin anerkannt waren (§ 138). *Wisland*, Geist der peinl. Gesetze, 1783, I §§ 213 ff. und *Stübel*, System 2 (1795 §§ 252 ff.), stehen noch wesentlich auf dem Standpunkte *Bochmers*. *Stübel* meint freilich, eigentlich müsse der Verbrecher auch die Größe der Strafe kennen. *Wisland* verlangt gar, daß der Handelnde die Beweggründe kennen müsse, aus denen das Gesetz erlassen sei, nur in diesem Falle liege boshafte Übertretung des Gesetzes vor. Es gebe aber Gesetze, die mit ihren Beweggründen als naturrechtliche uns schon ohne weiteres bekannt seien.

<sup>185)</sup> Bibliothek für peinl. Rechtswissenschaft 2 S. 199. Lehrb. § 86. In dieser Frage stimmt *Grolmann*, Bibliothek f. peinl. Rechtsw. 1 S. 28, wesentlich mit *Feuerbach* überein, da er als Erfordernis des Dolus „vorhergesehene Rechtswidrigkeit“ betrachtet. Auch soll (Lehrb. §§ 46, 52) Verletzung des Rechts als Zweck des Handelnden den Begriff des bösen Vorsatzes bestimmen. — Vgl. ferner v. *Almendingen*, Unters. über d. kulposen Verbrechen, S. 4, und später *Bauer*, Lehrb. § 136, Abhandl. 1 S. 251 (Bewußtsein der Strafgesetzwidrigkeit erforderlich).

<sup>185a)</sup> *Mittermaier*, N. Arch. d. Cr., 1818, S. 521, *Tittmann* 1 S. 251; bes. *Heffter*, N. Arch. d. Cr., 1832 S. 135; *Heinze*, GS. 13 S. 397.

<sup>186)</sup> *Gefßler*, GS. 10 S. 325.

<sup>187)</sup> *Hälschmer* 1 S. 253; *Schwarze* zu § 59 n. 13.

<sup>188)</sup> *Heinze*, a. a. O. *Hälschmer*, 1 S. 257.

§ 196. Die Gesetzgebung wird, wie schon das österreich. GB. von 1803 zeigte, strenger.

Zwar findet sich im württemberg. GB. Art. 99 neben dem Grundsatz „Mangelnde Kenntnis des Gesetzes schließt die Strafe nicht aus“ noch die Ausnahme, „wenn sich aus besonderen Umständen die völlige Schuldlosigkeit einer solchen Unkenntnis ergeben sollte“, und im hannover. GB. Art. 84 wird die Tat noch für straflos erklärt, „wenn die Person in unüberwindlicher, schuldloser Unwissenheit die von ihr ausgeführte Handlung nach bürgerlichen Gesetzen für erlaubt gehalten hat“. Aber schon das bayer. GB. von 1813 beschränkte die im Art. 121 anerkannte Strafflosigkeit im Falle unüberwindlicher schuldloser Unwissenheit in Art. 71 durch eine *Präsumtio juris et de jure*, derzufolge Unwissenheit über das Dasein des Strafgesetzes niemand geglaubt werden soll, wenn nicht Blödsinn, große Dummheit oder andere dergleichen Gemütsfehler dieses Vorgehen unterstützen.

Und die Gesetzbücher für Braunschweig 31, Hessen 41, Baden 73, Nassau 38, Thüringen 63, Sachsen 95, und endlich das bayer. von 1861 Art. 70, schließen die Berücksichtigung der Rechtsunkenntnis ausdrücklich aus. In dem preußischen GB. ist der Rechtsirrtum nicht erwähnt; unzweifelhaft hat man seine Berücksichtigung stillschweigend ausschließen wollen.<sup>189)</sup>

§ 197. Angesehene Theoretiker rechtfertigten diese Strenge mit dem Hinweis darauf, daß jeder im Volke aufgewachsene Zurechnungsfähige das Bewußtsein dessen in sich trage, was zu einer bestimmten Zeit verboten sei, daher, soviel das Gebiet des kriminell Strafbaren betrifft, eine Berufung auf Rechtsunkenntnis ausgeschlossen sei.<sup>190)</sup> Wie *Gefßler*<sup>191)</sup> sagt, das Recht und

<sup>189)</sup> Vgl. über die Entwürfe und Verhandlungen *Goldammer*, Materialien I S. 377, 434.

<sup>190)</sup> So *Köstlin*, System, I S. 376, auch *Geib*, S. 62, obwohl er Ausnahmen anerkennt. *Köstlin* wünschte eine Unterscheidung, welche der römischen der *Delicta juris gentium* und der *Delicta juris civilis* entsprechen würde, für das moderne Recht, da in den modernen Gesetzen nicht selten etwas zum Verbrechen gestempelt sei, von dessen krimineller Natur der gesunde Menschenverstand nichts wisse. Jene römische Unterscheidung aber sei für den heutigen Rechtszustand unbrauchbar.

<sup>191)</sup> GS. 1858, S. 329. Dieselbe Begründung wird analog von denjenigen gegeben, welche das Bewußtsein der Strafwürdigkeit oder der Pflichtwidrigkeit für genügend ansehen.

besonders das Strafrecht geht aus dem Volksgeiste hervor, und wenn die Gesetzgebung das Strafrecht zu abstrakten Regeln formuliert, so gelangen diese durch die mannigfachsten Poren wieder zu den einzelnen zurück.

So sagt *Berner*<sup>192)</sup> 1843 schon: „Nicht weil es Strafgesetze gibt, nicht darum gibt es Verbrechen, sondern weil es Verbrechen gibt, so gibt es auch Strafgesetze. Zum Verbrechen kann im allgemeinen eine Handlung nicht durch den Buchstaben des Gesetzes werden, sondern die an sich verbrecherische Handlung wird im Strafgesetze nur als das, was sie ist, ausgesprochen. Die Gesetze sind für das Individuum allerdings zunächst etwas Vorgefundenes; das Individuum findet sich aber, bei näherer Betrachtung in ihnen wieder.“ Ferner „Rechtsirrtum ist in der Tat kein Aufhebungsgrund der Zurechnung. Ob ich weiß, daß eine Handlung verboten ist, oder ob ich dieselbe für erlaubt halte, dies ist für die Anwendung des Begriffs der Zurechnung durchaus indifferent. Die Handlung bleibt in diesem wie in jenem Falle Handlung. Es ist die Aufgabe der Lehre von der Strafbarkeit, darzutun, inwiefern *Error juris* eine Handlung straflos mache; die Imputationslehre aber hat nur die Frage zu beantworten: Ist eine wahrhafte Handlung vorhanden?“

Man kann hierin, wie *Heinemann*<sup>193)</sup> hervorhebt, eine Einwirkung der Philosophie *Hegels* erkennen: die aus dem Individuellen hervorgehende Handlung verfällt der Macht der Objektivität, also auch der Beurteilung durch die allgemeine Rechtsordnung.

Die Polizeidelikte aber anlangend, wurde auf die bereits angeführten Zweckmäßigkeitserwägungen verwiesen.

In voller Schärfe wird dabei von einigen die Auffassung vertreten, daß zum Dolus das Bewußtsein des Verbotenseins oder der Rechtswidrigkeit nicht gehöre. Die Möglichkeit dieses Bewußtseins genüge; wo sie ganz ausnahmsweise nicht vorhanden sei, da sei die Tat auch nicht zurechenbar. Der bloße Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit schließe Dolus nicht aus.

<sup>192)</sup> Imputationslehre S. 59, 63.

<sup>193)</sup> Zeitschr. 13 S. 429 ff.

Das StGB. enthält ebensowenig wie das preußische GB. eine die Rechtsunkenntnis berücksichtigende allgemeine Vorschrift. § 59 sollte nur redaktionell von dem § 44 des preußischen GB.s sich unterscheiden;<sup>194)</sup> er redet von Tatumständen, und hierunter war nach dem damals herrschenden Sprachgebrauche gerade die rechtliche Beurteilung der Tat nicht mitzuverstehen. Man hat auch in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des StGB.s nicht daran gedacht, die Rechtsunkenntnis nach dem StGB. anders zu behandeln, als nach dem preußischen GB.<sup>194 a)</sup>

§ 198. Als prinzipieller Gegner der bis dahin herrschend gewordenen und auch jetzt noch in der Theorie<sup>195)</sup> überwiegenden, in der Praxis des RG. beständig angenommenen Ansicht, welche im Prinzip die Berücksichtigung der Rechtsunkenntnis verwirft, trat dann aber *Binding* auf, hierin eine Konsequenz seiner Normentheorie ziehend.<sup>196)</sup> Nach *Binding* besteht das Wesen des Deliktes in dem Ungehorsam gegen die Norm (in der Unbotmäßigkeit);<sup>197)</sup> die Norm muß also dem Handelnden bekannt sein, wenn er wegen einer mit ihr im Widerspruch stehenden Handlung bestraft werden soll, und der Vorsatz besteht beim Delikt gerade darin, eine normwidrige Handlung zu begehen, trotz ihres vorgestellten Widerspruchs gegen die Norm, unter welche sie fällt. Die Kenntnis der Norm bedeutet freilich nicht Kenntnis der Strafdrohung, auch nicht Kenntnis des gesetzlichen Tatbestandes, wohl aber desjenigen Verbotes (Gebotes), welches die wesentliche Grund-

<sup>194)</sup> Vgl. *Friedr. Meyer*, D. StGB. erläutert (1871) zu § 59; *Löffler*, S. 264, und die gründlichen Ausführungen *Köhlers*, S. 64 ff. *Olshausen*, § 59 n. 30, ist der Meinung, da der Grundsatz der Nichtberücksichtigung des Rechtsirrtums im Gesetze keinen Ausdruck gefunden habe, könne der Rechtsirrtum (in rationellem Umfange) Berücksichtigung finden. Dies Argument dürfte fehlgehen. Was der Gesetzgeber bei Erlass eines Gesetzes notorischermaßen als selbstverständlich betrachtet, ist im Gesetze mitsanktioniert. Wohin würde man kommen, wenn dieser Grundsatz nicht anerkannt werden sollte, da fast jedes Gesetz die mannigfachsten Voraussetzungen als selbstverständlich betrachten muß, wenn es sich nicht in das Unendliche verlieren soll?

<sup>194 a)</sup> Vgl. *Hammerer* S. 40 ff., der, obschon ein Anhänger der Normentheorie, gegen *Bindings* Interpretation des § 59 sich erklärt.

<sup>195)</sup> So *Merkel* § 31; *H. Meyer* § 24, 4; *Lucas* S. 78; *Oppenhoff-Delius* § 59 n. 15 ff.; *Liszt* § 40; *Heinemann*, Die *Bindingsche* Schuldlehre, S. 54 ff.; *Frank* § 59, I. — *Weinrich*, Zeitschr. 17 S. 802 ff., will nach dem StGB. den Irrtum über Strafrechtsnormen ohne jede Ausnahme unberücksichtigt lassen.

<sup>196)</sup> Normen 2, bes. S. 403.

<sup>197)</sup> Vgl. Vorrede S. VII zum Handb.

lage und Veranlassung des einzelnen Strafgesetzes bildet,<sup>198)</sup> und bis zum Erlaß oder bis zur Befügung einer Strafdrohung als *Lex imperfecta* existierte, weshalb denn auch Kenntnis der (zivilen) Rechtswidrigkeit der Handlung genügen muß.<sup>199)</sup> Mit der Normentheorie<sup>200)</sup> fällt diese bedenklich unbestimmte Theorie. Sie nähert sich der Meinung, welche Einsicht in die Pflichtwidrigkeit verlangt, unterscheidet sich bei *Binding* selbst von ihr aber darin, daß, nach *Binding*, der Handelnde die Vorstellung von der bestimmten einzelnen Norm haben muß. Darüber aber können sogar nicht selten die Ansichten der Juristen differieren; man denke z. B. an die verschiedene Möglichkeit der Fassung der Norm, welcher die Bestrafung der Begünstigung oder der Hehlerei zugrunde zu legen wäre. Daher gestaltet sich z. B. bei *Hammerer* (S. 19)<sup>201)</sup> die erforderliche Normkenntnis zum allgemeinen Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des Tuns.<sup>202)</sup> Die in der Praxis unerträglichen Konsequenzen des Erfordernisses der Kenntnis der einzelnen Norm werden zwar von *Binding* dadurch beseitigt, daß nur Kenntnis der Norm an sich, nicht Kenntnis der Grenze zwischen Norm

<sup>198)</sup> Die Normen existieren — nach der Normentheorie — vor dem Strafgesetze.

<sup>199)</sup> Als Anhänger der Normentheorie sind auch hier *Binding* gefolgt: *Oetker*, *Hammerer*, *Basedow*, *Kahn* (der — vgl. S. 67 — aber nach § 59 Abs. 2 bei verschuldeter Unkenntnis der Norm wegen Fahrlässigkeit strafen will, eine Ansicht, die praktisch unausführbar ist, insofern die meisten Delikte, abgesehen von den Übertretungen, nur vorsätzlich begangen werden können). — Bei *Finger* I S. 239 ff. verwandelt sich das Erfordernis der Kenntnis der Norm in das Erfordernis der Kenntnis der Strafbarkeit — nur die Deliktsfolgen (vgl. S. 244) brauchen nicht gekannt zu sein. Es verschwindet dann der Unterschied von Rechtsirrtum und tatsächlichem Irrtum, ebenso wie nach der Ansicht *Allfelds*, vgl. unten Anm. 206<sup>a</sup>. — Die Dissertation *Basedows* legt weitläufig dar, wie unter den Menschen Verhaltensnormen entstehen, sagt aber nicht, welche Normen für die Schuld in Betracht kommen. So steht alles, was gesagt wird, in der Luft, und man kann unter Normwidrigkeit ebensogut bloße Moralwidrigkeit usw. wie Rechtswidrigkeit verstehen.

<sup>200)</sup> Wenn gegenwärtig oft die Ausdrücke Norm und Normwidrigkeit gebraucht werden, so versteht man meist darunter das sog., im Tatbestande des Strafgesetzes enthaltene Verbot (oder Gebot) im Gegensatz zu der auf die Übertretung gesetzte Straffolge.

<sup>201)</sup> Vgl. *Hälschner* I S. 253.

<sup>202)</sup> Hiermit kehrt die Normentheorie zu dem Standpunkte *Heinses* a. a. O. zurück, an dessen geistvolle Ausführung überhaupt die Normentheorie — das Richtige vielfach übertreibend — anknüpft.

*Oetker*, S. 46, führt aus, von einem widerrechtlichen Wollen könne nur die Rede sein, wenn gegen die zur Handlung treibenden Motive sich als Gegenmotiv das Bewußtsein der Norm geltend gemacht habe.

und Ausnahme gefordert wird. Aber Ausnahme und Grenze bedeuten hier dasselbe,<sup>203)</sup> und wer die Grenzen einer für sein Handeln geltenden Norm nicht kennt, kennt letztere in der meist entscheidenden Bedeutung gerade nicht. Der Angegriffene, der nicht weiß, ob er in der Abwehr töten darf, der Soldat, der nicht weiß, ob er im gegebenen Falle schießen darf oder muß, kennt die für seinen Fall entscheidende Norm gerade nicht. Es ist Willkür, sich Normen ohne die notwendigen Ausnahmen oder Grenzen zu denken, oder sie in beliebiger unbestimmter Allgemeinheit zu konstruieren,<sup>204)</sup> und Willkür ist es sehr oft, ob man von einer Ausnahme einer Norm oder davon sprechen will, welche von zwei verschiedenen Normen für einen bestimmten Fall die maßgebende sei.<sup>204 a)</sup>

*Kahn* (S. 67), indem er *Bindings* Theorie als die Grundlage richtiger Behandlung des Rechtsirrtums bezeichnet, erklärt es daher für notwendig, durch Einzeluntersuchungen festzustellen, was Strafbarkeits- und was Normwidrigkeitsmerkmal sei.

Da aber Unkenntnis der Norm (nach der Normentheorie) Zu rechnungsunfähigkeit begründet, so muß jene auch bei kulposen Delikten berücksichtigt werden,<sup>205)</sup> eine Konsequenz, die freilich von den Anhängern der Normentheorie nicht immer, wenigstens nicht ausdrücklich oder deutlich, gezogen wird.

<sup>203)</sup> Daher gelangt *Ortmann*, GS. 30 S. 345, dazu, für den Dolus das Bewußtsein des Handelnden zu fordern, daß er in seiner Tat sämtliche Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes des Delikts realisiere. Wäre dies richtig, so hätte das Gesetz die Prämie der Straflosigkeit auf die Gesetzesunkenntnis gesetzt; man dürfte sagen: „*Error juris prodest*“.

<sup>204)</sup> Gerade die Fälle, in denen sich jemand auf Ausnahmen von solchen allgemeinen Normen, wie „Du sollst nicht töten“ usw., beruft, bieten Schwierigkeit und Interesse, und auf solche Ausnahmen pflegt der Angeklagte bei erheblicheren Delikten sich besonders oft zu berufen. Soll es auf die Kenntnis der Ausnahmen oder Grenzen nicht ankommen, so ist die Forderung der Normenkenntnis, abgesehen von Übertretungsfällen, praktisch fast bedeutungslos.

<sup>204 a)</sup> So in dem erwähnten Falle des Soldaten. Entscheidend ist dafür, ob der Soldat recht handelt: hat hier die Norm „Du sollst nicht töten“, oder die Norm „Du sollst schießen“ zur Anwendung zu kommen. Also ist das Verhältnis zweier Normen zu einander, die Begrenzung der einen Norm durch die andere entscheidend.

<sup>205)</sup> So *Oetker* S. 64. Von dem Gesichtspunkte ausgehend, daß jedenfalls das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Tatbestande des Deliktes nicht gehöre, hatte schon *Gessler*, GS. 1858 S. 316ff., die Frage, ob Rechtsunkenntnis zu berücksichtigen sei, als eine allgemeine auch bei kulposen Delikten zu beantwortende bezeichnet.

§ 199. Aber auch aus anderen Gründen wird neuerdings das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Erfordernis des strafbaren Vorsatzes aufgestellt. So sagt *Birkmeyer*<sup>206)</sup> in der von ihm herausgegebenen Rechtszyklopädie, es sei unbestreitbar doch eine viel höhere Schuld, wenn jemand mit, als wenn er ohne Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zu einer verbotenen Handlung sich entschieße, und da wir keine anderen Schuldarten kennen, als Dolus und Culpa, so sei die Handlung ohne Bewußtsein der Rechtswidrigkeit vom Bereiche des Dolus auszuschließen, auch in den Fällen, wo das Gesetz sonst Strafe wegen Culpa ausschließt. Ist aber der ohne Bewußtsein der Rechtswidrigkeit Handelnde in geringerem Grade schuldig oder strafbar, so folgt daraus doch jedenfalls nicht, daß er gar nicht strafbar sei. Wäre er aber nur wegen Culpa strafbar, so würde das mit dem positiven Strafrecht, das in sehr vielen Fällen nur ein doloses Handeln für strafbar erklärt, in Widerspruch treten, und *Birkmeyer* hat es unterlassen, sich über diese äußerst wichtige Frage auszusprechen.<sup>206a)</sup>

Außerdem, müßte es nach *Birkmeyers* Prinzip nicht auch eine verschiedene Stufe geben für jemanden, der das Gesetz ungern verletzt, und andererseits für den, dem dies gleichgültig ist?

Eigentümlich ist die Begründung des Erfordernisses der bewußten Rechtswidrigkeit bei *Bünger* (*Zeitschr.* 6 S. 345). Da seiner Ansicht nach der für das Strafrecht in Betracht kommende Vorsatz eines Zurechnungsfähigen nur aus dem Kampfe der Motive gegen das Gegenmotiv der Norm hervorgeht, so ist Bewußtsein der Normwidrigkeit in der Annahme des Vorsatzes *implicite* mitenthalten. Der näheren Ausführung entzogen und folgeweise auch den Angriffen der Kritik entzogen erachtet *Bünger* aber diese Theorie deshalb, weil Vorstellung

<sup>206)</sup> S. 35 des Spezialabdrucks aus *B.s* Enzyklopädie, 2. Aufl.

<sup>206a)</sup> Dagegen sagt *Alföld*, der den Rechtsirrtum völlig ebenso behandeln will, wie den tatsächlichen Irrtum (S. 40) auf S. 30 ausdrücklich: „Selbstverständlich kann diese (in bezug auf Erkundung oder Auslegung von Rechtsnormen — jeder Art — begangene) Fahrlässigkeit nur in denjenigen Fällen zur Bestrafung führen, in denen das Gesetz überhaupt Bestrafung wegen Fahrlässigkeit eintreten läßt.“ — Daraus, daß jetzt das BGB. bei Willenserklärungen keinen Unterschied macht zwischen Irrtum über Tatsachen und Irrtum über Rechtsnormen, und insbesondere auch Rechtsfolgen, ist für das Gebiet der widerrechtlichen Handlungen, der Delikte insbesondere ein Schluß nicht zu ziehen.



und Wille gar nicht Rechtsbegriffe seien, und folglich auch ihre Verbindung vermöge des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit miteinander nicht der Erörterung in der Rechtswissenschaft unterläge. Es handle sich also um eine Tatfrage.

Dieser Verzicht auf die weitere Ausführung läßt in der Tat die Kritik überflüssig erscheinen. Es geht nicht an, die Begriffe des Wollens, der Vorstellung deshalb, weil sie auch philosophische sind, der rechtswissenschaftlichen Untersuchung zu entziehen, da die Rechtswissenschaft doch nicht jeden beliebigen in einer anderen Wissenschaft aufgestellten Begriff gleichsam auf Glauben anzunehmen, vielmehr zu prüfen hat, ob er in der von jener anderen Wissenschaft angenommenen Gestalt auch für das Recht brauchbar sei.

*Olshausen* (§ 59 n. 30) sodann ist der Ansicht, daß die vom RG. und der Doktrin gemachten Unterscheidungen, nach welchen der Rechtsirrtum bald entschuldigen, bald nicht entschuldigen solle, rein willkürlich seien; es sei daher richtig, überhaupt das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit als „eine im Begriffe des Vorsatzes mitenthaltene Bedingung“ zu fordern, wie das auch *Bünger* getan habe. Aber wenn gewisse Ausnahmen der Nichtberücksichtigung des Rechtsirrtums unrichtig oder willkürlich gemacht sind, so folgt daraus wohl keineswegs die Unrichtigkeit eines Unterscheidungsprinzips überhaupt.

**§ 200.** In neuester Zeit verlangen einige wieder das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit, weil nur unter dieser Voraussetzung das in der Bestrafung liegende ethische Wert- (oder Unwert-) Urteil über Handlung und Charakter des Handelnden auszusprechen sei.<sup>207)</sup> Daß der Begriff der Pflichtwidrigkeit ein zu unbestimmter ist<sup>208)</sup> und eine Verwechslung von moralischen und Rechtspflichten, auf welche letztere es allein ankommen kann, unausweichlich ist, wurde schon oben hervorgehoben.<sup>208 a)</sup>

<sup>207)</sup> So *Liepmann*, Einleitung S. 135 ff.; *Kohlrausch* S. 33 ff., 187. Ähnlich auch *M. E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen S. 17, 77, der von der Ansicht ausgeht, daß letztere, welche die Gesamtheit der an ein Individuum herantretenden Normen in sich begreifen, dem einzelnen die Pflichten vorzeichnen (es soll aber dann die für den einzelnen bestehende Möglichkeit genügen, sich über die Pflicht ins klare zu setzen).

<sup>208)</sup> Vgl. in diesem Sinne gegen *Liepmann* auch *Köhler* S. 76.

<sup>208 a)</sup> Unzulässig erscheint es mir, StGB. § 59 dahin auszulegen (so freilich *Liepmann*), als sei unter den in diesem Paragraphen bezeichneten Tatumständen auch das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit zu verstehen. Daß eine Handlung pflichtwidrig

Die Frage, ob ohne Untersuchung jenes Bewußtseins das in der Strafe liegende Mißbilligungsurteil — was ist ethisches Unwerturteil anders als ein Mißbilligungsurteil? — zulässig erscheint, wird alsbald untersucht werden.

§ 201. Die neueste,<sup>209)</sup> den Rechtsirrtum behandelnde Monographie *Köhlers* (S. 19) geht dagegen wiederum von dem auch von mir früher angenommenen Standpunkte<sup>209a)</sup> aus, daß Rechtsirrtum der Regel nach nicht zu berücksichtigen sei, daß aber allerdings wichtige Ausnahmen anzuerkennen seien, und zwar in bedeutend weiterem Umfange, als von mir geschehen war. Es ist das auch prinzipiell der Standpunkt des RG.; nur dürfte das RG., was diese Ausnahmen betrifft, weder im allgemeinen richtig noch im einzelnen konsequent entschieden haben.

§ 202. Indes muß denjenigen, welche in allgemeiner Weise ein Bewußtsein, sei es der Rechts-, sei es der Pflicht- oder Normenwidrigkeit fordern, zugestanden werden, daß der Zustand der neuesten Gesetzgebung einigermaßen Anlaß gibt, eine solche Forderung aufzustellen. Die in besonderen Gesetzen aufgestellten Strafvorschriften sind ziemlich unübersehbar. Die Erkenntnis, daß das Verhalten der einzelnen in der mannigfachsten Weise auf das Wohl anderer von Einfluß ist, und daneben die stets wachsenden Ansprüche des Staates und der Gemeinden an den einzelnen, an dessen Kräfte und Vermögen, führen vielfach zu Vorschriften, die, von der Naturwissenschaft Technik oder dem Bedürfnisse der Kontrolle diktiert, keineswegs dem Bewußtsein selbst des Gebildeten sich unmittelbar aufdrängen, sogar nicht selten auf den ersten Anblick nicht einmal als durch Zweckmäßigkeit geboten erscheinen können. Es scheint ungerrecht, hier ohne Untersuchung über die Kenntnis der Gebote und Verbote von den oft scharfen Strafdrohungen (wenn auch nur empfindlichen Geldstrafen) Anwendung zu machen.

sei, ist ein allgemeines Urteil über die Handlung, nicht ein Tatumstand. Dagegen ist allerdings das ein Tatumstand, daß die Handlung in Notwehr vorgenommen wurde, ja, das kann auch als Tatumstand bezeichnet werden, daß sie in Ausübung eines bestimmten Rechtes erfolgte. Daß also solche im allgemeinen Teile des StGB. behandelten, bei jedem Delikte möglichen Umstände nach § 59 berücksichtigt werden müssen, ist nicht ein Beweis dafür, daß die (allgemeine) Pflichtwidrigkeit als Tatumstand im Sinne des § 59 zu gelten hat.

<sup>209)</sup> Die wertvolle, aber noch nicht vollendete Arbeit *Kohlrauschs* ist in ihrem vorliegenden Teile wesentlich nur kritischen Inhalts. Die Aufstellung einer positiven Theorie soll erst nachfolgen.

<sup>209a)</sup> Über *Köhlers* Ansicht im einzelnen vgl. unten § 201.

Sodann aber ist allerdings nicht ohne genügenden Anlaß eine Begründung vermißt worden, welche nicht nur auf die Notwendigkeit der Erhaltung der Staats- und Rechtsordnung sich stützt, sondern auch nachweist, daß bei den schweren, dem allgemeinen Strafrechte angehörigen Straffällen die Bestrafung auch bei wirklichem Mangel des Bewußtseins der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit nicht den Satz verletze „Ohne Schuld keine Strafe“.

Daher wird denn von *Allfeld* neuerdings die Entschuldigung auf Grund eines Rechtsirrtums, auch über die Strafbarkeit, in weitestem Umfange verteidigt. Unterstützt wird diese Begründung einerseits durch den Hinweis auf die innere Ungerechtigkeit einer Bestrafung trotz Unkenntnis des Gesetzes in Fällen, wo jemand recht willkürliche (zuweit ausgedehnte) Gesetze verletzt, z. B. ein Gesetz, welches Spielen in ausländischen Lotterien — und gar Lotterien anderer deutscher Bundesstaaten — verbietet, andererseits mit den Widersprüchen, in welche die auf Abschreckung oder Besserung der Verbrecher oder auf Sicherung der Gesellschaft gegründeten Theorien sich verwickeln, wenn sie auch denjenigen strafen wollen, der nur aus Rechtsunkenntnis oder Rechtsirrtum gegen das Gesetz verstößt.

Nun ist es m. E. nach richtig, daß die Abschreckungstheorie *Feuerbachs*, wie solche heutzutage noch von *Höpfner*<sup>210)</sup> vertreten wird, die vollste Berücksichtigung des Rechtsirrtums, ja selbst der Unkenntnis oder falschen Auffassung der Strafe fordert.<sup>211)</sup> In allen anderen Beziehungen aber wird *Allfeld*, wenn man absieht (nach dem Ausdruck *MommSENS*) von „Gesetzen, wie sie nicht sein sollen“, und von anderen mehr oder weniger auf technischen Gründen usw. beruhenden Polizeigesetzen, schon durch *Aristoteles* widerlegt.<sup>212)</sup> Nichtwissen

<sup>210)</sup> Einheit und Mehrheit der Verbrechen 1901, S. 106.

<sup>211)</sup> A. M. freilich *Höpfner*. Siehe dagegen aber *Kohlrausch* S. 39 und *Allfeld* S. 17.

<sup>212)</sup> Nikomachische Ethik 3, 1. § 15. Vgl. dazu *R. Loening*, Die Zurechnungslehre des *Aristoteles* S. 179. *Wharton* I. § 84 sagt: „If ignorance of a law were a defence for breaking such law . . . the more brutal, in this view, a man becomes, the more irresponsible would he be in the eyes of the law, and the worst classes of society would be the most privileged.“

*Bierling*, Juristische Grundbegriffe 3 S. 325 ist freilich der Ansicht, es widerstrebe einem feiner entwickelten Rechtsgeföhle, eine rechtswidrige Handlung, die ohne das Bewußtsein eines Unrechts oder gar mit der positiven Vorstellung, daß

dessen, was man tun, oder dessen, was man unterlassen soll, beruht in der Tat auf Schlechtigkeit des Charakters, modern ausgedrückt: auf der antisozialen Eigenschaft des Charakters, richtiger ausgedrückt: auf einem zu wenig von altruistischen Empfindungen durchtränkten Gesamtleben des Individuums.<sup>212a)</sup>

§ 203. Daß der innerlich Böse, der als solcher das Recht mißkennt, bestraft wird, ist daher gerecht vom Standpunkte der Vergeltung aus, und die Gesellschaft hat auch Grund — wenn der Sicherungszweck überhaupt die Strafe begründen soll — sich vor solchem Menschen zu sichern. Der mehr praktische Grund der Nichtberücksichtigung des Rechtsirrtums geht bekanntlich dahin, daß prinzipiell die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung nicht abhängig sein kann von der Einsicht der einzelnen, und daß die Gesetze zu kennen für den einzelnen ein Vorteil sein muß, nicht aber ein Nachteil sein darf. Auch dieser Grund ist von *Allfeld* nicht widerlegt.

Man kann zwar zugestehen, daß, wenn nach *Allfelds* Ansicht Fahrlässigkeitsstrafe stattfinden soll, falls jemand fahrlässigerweise sich Kenntnis des Gesetzes nicht verschafft hat, bei einer großen Anzahl von Polizeigesetzen, welche fahrlässige Nichtbeachtung des Gesetzes ebenso wie vorsätzliche bestrafen, eine ausreichende Repression gesichert erscheint. Aber überall, wo Vorsatz verlangt wird, bleibt die auf Unkenntnis des Gesetzes gesetzte Prämie der Straflosigkeit, und wenn Kenntnis des

---

sie erlaubt sei, vorgenommen sei, in der gleichen Weise als schuld bare Handlung zu werten, wie wenn sie mit dem Bewußtsein des Unrechts vorgenommen wäre. Die Konsequenz ist aber, daß jemand, der, wie es der Fall sein kann, die Rechtsbeständigkeit der gesamten Rechtsordnung in wirklicher Überzeugung leugnet, als Anarchist straflos sein würde. Der von *Bierling* zur Bekräftigung seiner Ansicht angeführte Fall — ein ängstlicher Mensch hält den am Fenster seines Schlafzimmers herumtummenden Nachtwandler für einen gefährlichen Einbrecher und erschießt ihn — gehört nicht hierher. Der in solchem Falle obwaltende Irrtum ist ein rein tatsächlicher. Passen würde für Verkennung der Grenze ausnahmsweiser Erlaubtheit einer Handlung der Fall, daß der überaus ängstliche A den B deshalb niederschießt, weil er glaubt, B werde in einigen Tagen auf ihn, den A, einen gefährlichen Angriff machen. Würde *Bierling* hier auch den A „freisprechen oder nach Analogie der Bestimmungen über kulpöse Delikte (hier Tötung) auf eine erheblich geringere Strafe erkennen“ wollen?

<sup>212a)</sup> Bei schlechten Gesetzen trifft dies allerdings nicht zu, und bei vielen Polizeigesetzen braucht es nicht zuzutreffen. Aber von der Annahme richtiger Abfassung der Gesetze muß ausgegangen werden, und bei der Rechtsunkenntnis von Polizeigesetzen kommen noch andere Rücksichten in Erwägung, von denen unten die Rede sein soll.

Gesetzes zum strafbaren Vorsatze gefordert wird, so wird es auch nötig, diese Kenntnis eigentlich in jedem Falle nachzuweisen. Die hierin liegende praktische Schwierigkeit soll zwar — so wird gesagt — nicht bedeutend sein, namentlich wenn Laien an der Rechtsprechung teilnehmen. Aber gerade bei solcher Mitwirkung von Laien an der Urteilsfindung ist die Berücksichtigung des Rechtsirrtums gefährlich. Wer aus irgend einem Grunde ein Gesetz für verkehrt hält, wird leicht auch zu der Anschauung gelangen, daß man solche verkehrte Vorschrift sich nicht ohne weiteres als gleichwohl existierend vorstellen könne; er wird also als Schöffe oder Geschworener oder sogar als Staatsrichter in solchem Falle die Entschuldigung leicht annehmen, und umgekehrt wird verfahren, wer ein Gesetz für vortrefflich erachtet. Daher wird einerseits das praktische Bedenken bei rein positiven Gesetzen nicht beseitigt, andererseits aber die Gefahr einer äußerst verschiedenen Behandlung der einzelnen Fälle herbeigeführt, welche sogar das Vertrauen in die Unparteilichkeit der Rechtsprechung zu erschüttern geeignet wäre.

Aber selbst bei solchen Delikten, die nicht erst durch neue Gesetze aufgestellt sind, deren Strafbarkeit vielmehr schon von alters her feststeht, ist die Berücksichtigung des Rechtsirrtums keineswegs ohne praktische Bedenken. Wenn der Schuldige hier auf Rechtsirrtum sich beruft, so wird er dies meist in der Art tun, daß er einen Schuldausschließungsgrund, z. B. Notwehr, erlaubte Selbsthilfe, geltend macht, und erfahrungsmäßig sind brutale und der Rechtsordnung gefährliche Menschen geneigt, solche Schuldausschließungsgründe zu überspannen. Soll hier dem Angeklagten immer nachgewiesen werden, daß er doch die richtigen engeren Grenzen der Notwehr, des Notstandes, der erlaubten Selbsthilfe gekannt habe, so wird das Publikum recht oft der Brutalität schutzlos preisgegeben. Würde man aber es mit jenem Nachweise nicht genau nehmen, so würde man sich an eine oberflächliche und daher auch in anderer Hinsicht bedenkliche Rechtsprechung gewöhnen.

Die Unterscheidung endlich zwischen verschuldeter<sup>213a)</sup> und unverschuldeter Rechtsunkenntnis fordert vom Richter die

<sup>213a)</sup> Die Einwendung *Bindings*, Normen 2 S. 61, daß man dann nicht wegen des fahrlässig begangenen Deliktes, sondern wegen unterlassener Erlangung

Lösung einer oft höchst schwierigen Aufgabe. In manchen Fällen kann zwar dem Angeklagten gesagt werden, er habe Zeit und Gelegenheit gehabt, zuverlässige Erkundigung einzuziehen, oder er habe sich die Sache genauer überlegen können. Sofern es aber nicht um Spezialgesetze, vielmehr um richtige Anwendung allgemeiner Grundsätze sich handelt, und namentlich wenn ein Anlaß zum raschen Handeln vorlag, wird die Verschuldung nur darin bestehen können, daß der Handelnde versäumt hat, für seine allgemeine ethische Ausbildung zu sorgen, und hier hört für den Richter jede einigermaßen sichere Entscheidung auf: der Angeklagte würde sich auf das „Milieu“ berufen können, in welchem er gelebt habe. Wir wären damit angelangt bei einem Umstande, dessen Berücksichtigung auch für die Behandlung der Zurechnungsfähigkeit eine Klippe bildet.

§ 204. Für die Gerechtigkeit der Nichtberücksichtigung des Rechtsirrtums, wenn wir auch vom Standpunkte des Individuums aus die Frage beurteilen wollen, spricht folgendes. Der einzelne wächst auf als Glied der Gemeinschaft, deren allgemeiner Anschauung die Strafgesetze entsprechen sollen; daher sagt ihm aller Regel nach das unmittelbare Gefühl deutlich genug, was er meiden muß, um einer Verletzung der Grundlagen der Rechtsordnung sich nicht schuldig zu machen. Fehlt ihm das Gefühl im einzelnen Falle oder fehlt es ihm in genügender Stärke, so ist es aller Regel nach seine eigene Schuld; er hat dies Gefühl durch schlechte Neigungen und Handlungen allmählich verloren gehen oder zu schwach werden lassen.<sup>213b)</sup> Freilich ist es denkbar, daß äußere Einflüsse — allein oder hauptsächlich — hiervon die Ursache sind. Aber nur, wenn diese im höchsten Grade greifbar und stark wären, könnte das Recht ihnen allein, und nicht auch dem Individuum jene Unwissenheit zur Last legen; denn ohne diese Voraussetzung würde die Strafrechtspflege sich völlig entwaffnen, wollte sie das Individuum von der Schuld freisprechen. Nur Gerechtigkeit, welche zugleich an Allwissenheit grenzt, oder diese erreichte,

der Gesetzeskenntnis strafe, scheint mir nicht begründet. Siehe dagegen *Allfeld* S. 30.

<sup>213b)</sup> Auch dies hat *Aristoteles* a. a. O. richtig hervorgehoben. Wer sinnlichen Genüssen und Leidenschaften fröhnt, dem geht der Sinn für das Rechte verloren. Vgl. *Löning* a. a. O. S. 57, 123.

könnte anders verfahren; menschliche Gerechtigkeit wird immer über die möglichen letzten und fernsten Zweifel, jedenfalls, was den Seelenzustand der Menschen betrifft, sich hinwegsetzen müssen.

Diese Erwägung, der zufolge auch vom Standpunkte des Individuums die Nichtberücksichtigung des Rechtsirrtums nicht als Ungerechtigkeit erscheint, ist aber nur dann zutreffend, wenn die Nichtkenntnis des Rechts auch als innere Schlechtigkeit betrachtet wird, welche Strafe verdient, falls sie in einer entsprechenden Handlung sich äußert. Diese Erwägung ist dagegen, genau betrachtet, nur eine Präsumtion, deren Unzulässigkeit bereits gegen *Feuerbach* geltend gemacht ist, wenn die Strafwürdigkeit des Handelnden in der Auflehnung gegen das Gesetz, oder in irgend einem besonderen Bewußtsein gefunden wird, welches die in allen einzelnen Tatumständen richtig erfaßte Tat begleiten soll, mag dies Bewußtsein nun die Pflichtwidrigkeit, Normwidrigkeit oder die Strafbarkeit betreffen.

§ 205. Wie aber, wenn die Gerichte selbst nicht einig sind über Erlaubtheit und Unerlaubtheit? Ist dieser nicht selten vorkommende Fall nicht doch ein guter Grund, den Rechtsirrtum von Privatpersonen, die ja meist nicht Rechtsgelehrte sind, zu entschuldigen?<sup>214)</sup> Demgegenüber gilt der Satz, daß im Zweifel der Richter das Gesetz zugunsten des Angeklagten auszulegen hat. Wenn also die untere Instanz aus Rechtsgründen freispricht und die höhere verurteilt, so liegt, theoretisch betrachtet, die Sache so, daß die untere Instanz von jenem den Angeklagten begünstigenden Satze nach Ansicht des höheren, schließlich entscheidenden Gerichts auch einen zu weitgehenden Gebrauch gemacht hat, auch dann, wenn es selbst sich in der Auslegung des Gesetzes stark irrte. Daß tatsächlich Gerichte leicht jenen Auslegungsgrundsatz verletzen, und daß dies vielleicht bei uns gerade nicht selten vorkommt, bezeichnet nur einen Mangel in der praktischen Handhabung von Rechtsnormen, der in gewissem Umfange unvermeidlich ist.

So ist denn auch prinzipiell der in voller Schärfe zuerst von *Berner* (vgl. oben Anm. 220) ausgesprochene Satz trotz

<sup>214)</sup> Dies macht neuerdings besonders *Allfeld* S. 10 geltend.

der Anfechtung durch einen Teil der neuesten deutschen Doktrin richtig, daß der Vorsatz nur besteht in dem auf den äußeren Kausalzusammenhang unter gewissen bewußten Voraussetzungen gerichteten Streben, nicht in dem Bestreben, gerade ein Delikt oder ein bestimmtes Delikt zu begehen.<sup>214a)</sup>

§ 206. Indes kann nicht jede Rechtsunkenntnis, welche zu einem rechtswidrigen Handeln Anlaß gibt, als Beweis dafür gelten, daß sie einem zu wenig altruistischen Charakter entstammt. Das ist vielmehr nur dann zutreffend, wenn der Handelnde die allgemeinen Regeln des menschlichen Handelns verkennt, nicht aber, wenn er ein bestimmtes konkretes Recht irrtümlich als nicht existierend ansieht oder irrtümlich annimmt, daß ihm ein bestimmtes besonderes Recht zur Seite stehe, vorausgesetzt, daß im ersten Falle die wirkliche Nichtexistenz, im zweiten die wirkliche Existenz des Rechts die Erlaubtheit der Handlung zur Folge haben würde. Die Unwissenheit über das Einzelne, das Individuelle ist nicht ein Grundfehler des Charakters und beruht, daher,<sup>214b)</sup> wenn sie in der Tat hervortritt, nicht auf solchem Fehler.<sup>214c)</sup>

Leitet aber jemand aus einem Rechte Befugnisse ab, welche, selbst wenn das Recht *in concreto* bestände, mit den allgemeinen Regeln (Normen) des Handelns in Widerspruch stehen würden, oder konstruiert er sich, was auf dasselbe herauskommt, ein konkretes Recht, das auch *in abstracto* nicht existiert, so ist dies nichts anderes, als ein Verkennen der Herr-

<sup>214a)</sup> So sagte auch ein hervorragender Richter (*Hunt*, Mitglied des *Supreme Court of the United States*), s. *Wharton* 1 § 84 Anm.: "To constitute a crime, it is true, there must be a criminal intent, but it is equally true that knowledge of the facts of the case is always held to supply this intent."

<sup>214b)</sup> So schon *Aristoteles* a. a. O. und nach ihm *Pufendorf*, *de jure nat.*, I, c. 3 § 10. Vgl. *Hildenbrand*, *Geschichte u. System der Rechts- u. Staatsphilosophie* (1860), S. 276; auch *Löning* S. 213. Indes stimme ich hier mit *Löning's* Auffassung nicht ganz überein. *Aristoteles* betrachtet bei Fehlen des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit die Tat zwar als unfreiwillig, als freiwillig (als Produkt des Charakters) nur, wenn die sittlichen Grundsätze verkannt werden. Aber insofern die sittlichen Grundsätze durch das Recht sanktioniert werden, kann doch das Nichtwissen des Rechts die Freiwilligkeit auch nach *Aristoteles* nicht ausschließen.

<sup>214c)</sup> Daher schließt der Irrtum immer den Dolus aus, wenn eine sonst erlaubte Handlung in Beziehung auf eine einzelne Lokalität bei Strafe verboten ist. Wer in Unkenntnis des Verbots auf verbotenen Wege geht oder radelt, darf jedenfalls nur wegen Fahrlässigkeit bestraft werden, und überhaupt nicht, wenn der Weg nicht in üblicher und gut erkennbarer Weise als obrigkeitlich verbotener bezeichnet ist.



schaft der allgemeinen Regeln (Normen) des Handelns, welche solche Befugnisse oder Rechte mit solchen Befugnissen nicht dulden. Ebenso andererseits, wenn jemand, die aus besonderen persönlichen (insbesondere einem dienstlichen) Verhältnisse entspringenden Pflichten verkennend, aus diesem Grunde das Strafgesetz verletzt.<sup>215)</sup> Gerade Befugnisse und Pflichten abzugrenzen, mögen sie allgemeine sein oder aus besonderen Rechten oder Rechtsstellungen entspringen, ist zugleich Aufgabe des Strafrechts, ein in dieser Beziehung also obwaltender Irrtum ein strafrechtlicher Irrtum im eigentlichen Sinne. Wenn jemand sich irrtümlich für den Eigentümer einer Sache hält, oder irrtümlich annimmt, daß ein Eigentum an einer bestimmten Sache nicht bestehe, so setzt er nicht in egoistischer, einen Grundfehler seines Charakters anzeigender Weise sich über die Rechtsordnung hinweg, falls er eine Handlung vornimmt, die nur dem Eigentümer der Sache zusteht, oder aber (im anderen Falle) nur dann erlaubt ist, wenn die Sache herrenlos ist. Glaubt dagegen jemand, daß, weil ihm das Eigentum an einem Grundstücke zusteht, er befugt sei, jedes Tier, das sein Grundstück betritt, ohne weiteres tot zu schießen, oder weil er Dienstherr ist, ein Züchtigungsrecht üben zu dürfen, daß nach unserer Rechtsordnung unzulässig, verwerflich<sup>215a)</sup> ist, so geht die eine wie die andere Handlung hervor aus einer Überschätzung, welche, gemessen an der bei uns geltenden allgemeinen sittlichen Anschauung, das Zeichen eines mit sittlichem Mangel behafteten Charakters ist<sup>215b)</sup> — vorausgesetzt immer daß unser

<sup>215)</sup> Aber die einem anderen nach dessen besonderer persönlicher Stellung obliegenden Pflichten braucht man, der richtigen Ansicht nach (vgl. unten die Lehre von der Teilnahme), nicht immer zu kennen. Daher dürfte der von *Rosenblatt*, GS. 61 S. 16, mitgeteilten Entscheidung des österreichischen KH.s nicht bezutreten sein, falls der Angeklagte sich wirklich irrte. (Der Angeklagte hatte einen Gendarmewachtmeister fälschlich beschuldigt, er sei während einer Dienstverrichtung betrunken gewesen. Er wurde vom KH. des Verbrechens der Verleumdung, falschen Anschuldigung eines Verbrechens für schuldig erachtet (österreich. GB. § 209), weil Trunkenheit im Dienst nach dem Militärstrafgesetze ein Verbrechen sei, während sie dies nach dem Zivilstrafgesetze nicht ist. — RG. III. 28./9. 91 E. 22 Nr. 41 S. 141 hat dagegen richtig den Irrtum, daß ein bestimmter Rechtsakt (Besteigen eines nicht deutschen Thrones) die Zugehörigkeit zu einem deutschen landesherrlichen Hause im Sinne des StGB. § 97 aufhebe, als die Anwendbarkeit dieses Paragraphen abschließend anerkannt.

<sup>215a)</sup> Sind dergleichen Handlungen nicht Zeichen einer rohen, die Rechtsgüter anderer nicht achtenden, schließlich rechtsfeindlichen Gesinnung?

<sup>215b)</sup> *Berolzheim*. Entgeltung S. 348, glaubt auch die Schwierigkeit bezüglich der Nichtberücksichtigung oder Berücksichtigung des Rechtsirrtums da-

Gesetz — nach Maßgabe der freilich wechselnden Kulturverhältnisse, die aus einem bestimmten Rechte folgenden Befugnisse richtig begrenzt hat.<sup>215c)</sup> Man wird auch kaum Bedenken tragen, denjenigen wegen Unterschlagung zu verurteilen, der die bei ihm deponierte Sache verkauft und den Erlös zu seinem Nutzen verbraucht, und etwa sich darauf berufen wollte, daß, weil die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen sei, er sich zu solchem Handeln im Notfalle für befugt erachtet habe. (Anders, wenn der Empfänger der Sache die Existenz eines sog. *Depositum irregulare* irrig angenommen hätte.)

§ 207. Umgekehrt hat es mit einer rechtsverachtenden Gesinnung nichts zu schaffen, wenn jemand sich irrigerweise für den Eigentümer einer Sache hält, oder glaubt, daß sein Jagdgebiet sich auf ein bestimmtes Grundstück erstrecke, oder daß er Lehrer im Sinne des Gesetzes, Beamter sei usw. Und die aus solchem Irrtume hervorgehenden Handlungen sind auch für die Rechtsordnung weniger bedenklich; denn halten sie sich in den Grenzen der aus dem irrigerweise angenommenen Rechte entspringenden Befugnisse, so würde häufig der wirkliche Berechtigte kaum anders gehandelt haben, eventuell bei Schädigung von Privateigentum der Fall kaum von anderweiter fahr-

durch gelöst zu haben, daß er als Verbrechen bezeichnet: das Tun (Handeln oder Unterlassen) eines Menschen, durch welches dieser nach der Rechtsordnung erweislich oder präsumtiv als schlechter Mensch erscheint. Aber *B.* gibt ein Kennzeichen der Schlechtigkeit nicht an.

<sup>215c)</sup> Solche besonders häufig zur Berufung auf Rechtsirrtum Anlaß gebende Fälle der Überschreitung von Befugnissen zeigen, daß es wahrlich nicht ohne die schwersten Bedenken sein würde, jene Entschuldigung zuzulassen. Man kommt hier nicht mit der von *Allfeld* (S. 27 ff.) gemachten Annahme aus, daß entweder bei freier Beweiswürdigung der Rechtsirrtum als unwahre Behauptung sich herausstellen, oder aber Zurechnungsunfähigkeit sich ergeben werde. Vielmehr glauben die Angeklagten in solchen Fällen meist sehr fest an ihre vermeintlichen zu den rohesten Ausschreitungen führenden Befugnisse, und von Zurechnungsunfähigkeit kann absolut nicht die Rede sein. Man vgl. z. B. den vom RG. II. E. 4 Nr. 46 S. 124 ff. entschiedenen Fall, in welchem der Vermieter eines Gartens den Mieter mit vier Knechten überfallen und mißhandelt hatte, oder den Fall E. 34 Nr. 137 S. 444. In letzterem Falle hatte der Angeklagte geglaubt, einen Radler, über dessen überlautes Klingeln der Vater des Angeklagten sich ärgerte, dadurch zu Falle gebracht und beschädigt, daß er ihm mit ausgebreiteten Armen in den Weg trat. Das RG. II. hat hier angenommen, der Angeklagte sei entschuldigt, wenn er annahm, daß nach der StPO. § 127 ihm diese Befugnis zustehe. Wenn der Angeklagte dagegen annahm, zur Erreichung eines vom Rechte anerkannten Zweckes (Feststellung der Persönlichkeit des Kontravenienten sei jedes Mittel zulässig, so würde die Entschuldigung nicht durchgreifen. Diese Unterscheidung dürfte bei Personen, die die StPO. nicht studiert haben, schwierig sein; dem Gerechtigkeitsgefühl entspricht sie kaum.

lässiger Schädigung fremden Eigentums sich unterscheiden. Wir gelangen daher zu dem Satze:

Der Irrtum über die Existenz oder Nichtexistenz eines konkreten Rechtes schließt die Strafbarkeit aus, nicht aber der Irrtum über die allgemein jedem Menschen zustehenden Befugnisse und Pflichten, und ebensowenig die irrige Annahme von Befugnissen, die aus einem wirklichen oder vermeintlichen Rechte abgeleitet werden, oder der Irrtum über Pflichten, die aus wirklich oder vermeintlich bestehenden besonderen Verhältnissen abgeleitet werden.<sup>215d)</sup>

Der besondere Fall, daß zum Wesen eines Deliktes gerade das Bewußtsein der Verletzung eines besonderen Rechtes, insbesondere des Eigentums gehört, dieses Bewußtsein aber dem Handelnden fehlt, ist schon im römischen Rechte als Dolus und daher Delikt ausschließend beim Diebstahl anerkannt;<sup>216)</sup> und bemerkenswert ist, daß auch die englisch-nordamerikanische Jurisprudenz sich der Anerkennung dieses Prinzips zuzuneigen scheint: es soll entschuldigen Irrtum in der Annahme eines bestimmten Privatrechts und ebenso eines öffentlichen Rechts.<sup>216a)</sup>

**§ 208.** Nach diesen sich gewissermaßen aufdrängenden, auch in den römischen Quellen sich findenden Entscheidungen hat man insofern richtig ein allgemeines Prinzip gebildet, als der Irrtum über die Existenz anderer nicht gerade dem Privatrecht angehörender Rechte und Rechtsverhältnisse als

<sup>215d)</sup> Auch *Köhlers* sehr anerkennenswerte Arbeit (vgl. besonders S. 24 und S. 35) entscheidet mehrfach danach, ob der Irrtum sich bezieht auf eine irrtümlich nicht angenommene Voraussetzung einer Pflicht, oder auf eine Pflicht selbst, die aus einem bestimmten Verhältnisse irrtümlich nicht abgeleitet wurde. Indes ist diese Unterscheidung bei *Köhler* nicht als eigentliches Prinzip aufgestellt oder als solches überall implizite durchgeführt. Zuweilen fehlt es daher an der erforderlichen Bestimmtheit.

<sup>216)</sup> Wer aus irrig angenommenen Rechtsgründen glaubt, daß eine Sache ihm gehöre, ist nicht Dieb oder Räuber, wenn er sich der Sache bemächtigt. L. 36, 37 pr. D. de usurp. 41, 3 § 1 J. 4, 2. Vgl. *Gessler*, GS. 1858 S. 218, 222—224, und Dolus S. 259; *Drenkmann*, GArch. 8 S. 166 ff.; Sächs. StGB. § 97; *Geib* 2 S. 63; *Wächter*, GS. 1864 S. 58. (Es kann aber, wenn irrige Annahme eines Rechts die Subsumtion der Handlung unter eine Deliktsart ausschließt, die Handlung gleichwohl unter einen anderen Deliktsbegriff fallen; z. B. kann die gewaltsame Wegnahme einer Sache, welche der Handelnde irrigerweise für sein Eigentum hielt, als Nötigung strafbar sein.)

<sup>216a)</sup> *Wharton* 1 § 85 a.

schuldaußschließend anerkannt wurde.<sup>216b)</sup> Man ist aber dabei zugleich in doppelter Beziehung auf einen Irrweg geraten.<sup>216c)</sup> Erstens hat man die Unterscheidung zwischen dem Irrtum über das Recht selbst und dem aus dem Rechte entspringenden Befugnissen<sup>217)</sup> nicht erfaßt und hat daher zweitens, statt nach der ihrer inneren Natur Rechtsnormen des Strafrechts und andererseits Rechtsnormen anderer Art zu unterscheiden, den rein zufälligen Umstand oft als maßgebend betrachtet, ob das Gesetz selbst, welches die Strafe androht, die Definition des in Betracht kommenden Rechts gebe oder nicht, und dem entsprechend im ersteren Falle einen nicht entschuldigenden Irrtum über das Strafgesetz, im zweiten einen entschuldigenden Irrtum über ein anderes Rechtsverhältnis angenommen. Letzteres ist insbesondere das hier vom RG. befolgte Prinzip.<sup>217a)</sup> Ein weiterer Anlaß zur Annahme dieses irrigen Prinzips liegt allerdings darin, daß das Strafrecht sowohl die allgemein menschliche Handlungsfreiheit wie die aus den einzelnen Rechten sich ergebenden Befugnisse — Konsequenzen der durch diese Rechte erweiterten Handlungsfreiheit — begrenzt und beschränkt, somit allerdings, wie schon oben bemerkt wurde, der strafrechtliche Irrtum im eigentlichen Sinne genau dasjenige darstellt, was hier unter Irrtum über Befugnisse verstanden wird.<sup>217b)</sup>

<sup>216b)</sup> Vgl. in dieser Beziehung besonders sprechend RG. I. 27./5. 81 E. 4 Nr. 87 S. 235: „Es... kann ein Irrtum, welcher nicht Dasein und Sinn des Strafgesetzes als solchen betrifft, vielmehr bei vorhandener Kenntnis des Angeklagten von der bestehenden Strafnorm sich auf zivilrechtliche oder kirchenrechtliche Bestimmungen bezieht... als ein tatsächlicher Irrtum sich darstellen.“ Ebenso *Klee* S. 40.

<sup>216c)</sup> Zweifellos unrichtig ist es auch, den Irrtum über nicht dem Strafgesetze selbst angehörige Rechtsbestimmungen als „tatsächlichen Irrtum“ zu bezeichnen. Dagegen kann man von einem Irrtum über die Voraussetzungen des Delikts reden. Tatumstände (vgl. StGB. § 59) sind dies auch; aber nicht jeder sich auf solche beziehender Irrtum ist deshalb ein tatsächlicher.

<sup>217)</sup> *Schwarze* S. 19 kommt allerdings, indem er Recht und Befugnis nicht unterscheidet, zu dem Satze: „Man muß annehmen, daß der Irrtum über die Befugnis den Dolus ausschließt.“

<sup>217a)</sup> Vgl. übrigens schon *Gessler*, Dolus S. 259, der bei Irrtum über Rechtsgrundsätze anderer Gebote, nicht aber bei Irrtum über Verbotensein (was besagt dies?) einer bestimmten Handlung Entschuldigung eintreten läßt.

<sup>217b)</sup> Der Satz, daß prinzipiell nur der Irrtum über das Strafgesetz nicht zu berücksichtigen ist, enthält daher den richtigen Grundsatz. Daher ist die Formel des italienischen StGB. art. 44: *«Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale»*, in welcher das Wort »penale« mit Bedacht und auf besonderen Antrag (*Tolomet*) hinzugesetzt ist (vgl. *Crivellari* 3 S. 276, 277) — besondere Ausnahmen vorbehalten — korrekt. Man muß den Satz aber richtig verstehen. Unrichtig aus einem vermeintlichen oder wirklichen Rechte abgeleitete

Die letzte Quelle jenes wissenschaftlichen Irrtums liegt freilich darin, daß die Verbindung desjenigen Irrtums, welcher die Schuld nicht aufheben darf, mit dem Charakter, welcher schuldhaftes Gebilde der Person selbst ist, trotz der Andeutung, welche bereits *Aristoteles* gegeben hat, nicht erkannt oder doch für die Rechtswissenschaft nicht verwertet wurde.

Dabei ist aber zu beachten, daß nur dasjenige als konkretes Recht oder Rechtsverhältnis in Betracht kommen kann, was auch außerhalb des Strafrechts als Recht besteht. Ein lediglich strafrechtliches sog. Recht ist in Wahrheit kein Recht, sondern eine Erweiterung der sonst in Gemäßheit des Strafrechts zustehenden Befugnisse, so das Recht der Notwehr, des Notstandes im Sinne des StGB. § 59. Hier kann ein Rechtsirrtum nur soweit in Betracht kommen, als man das Recht, zu dessen Schutze man z. B. in Notwehr handelt, sich irrigerweise zuschreibt.<sup>217c)</sup>

Befugnisse, die gegen das Strafgesetz verstoßen, sind nicht entschuldigt. Z. B.: Ich darf meine Sache zerstören, auch durch Feuer. Wenn aber nach Polizeigesetz verboten ist, innerhalb der Ortschaft Reisighaufen u. dergl. in der Nähe von Gebäuden im Freien anzuzünden, so beschränkt dies Gesetz die aus dem Eigentum sonst entspringende Befugnis, eine Sache zu zerstören. Unkenntnis dieses Gesetzes entschuldigt mich nicht, wenn ich mir gehöriges Reisig anzünde. Genau so ist es aber auch, wenn ein Beamter sich Befugnisse beilegt und ausübt, die mit dem Strafgesetze in Widerspruch stehen. Das Eigentum, das Amt selbst kann nie mit dem Strafgesetz kollidieren; der Irrtum also darüber, ob man das Eigentum, das Amt hat, verrät nie den Vorsatz mittels des Eigentums, mittels des Amtes das Strafgesetz zu verletzen.

<sup>217c)</sup> Daher ist es richtig, wenn RG. III. 15./10. 83 E. 9 Nr. 27 S. 84 die rechtsirrtümliche Annahme einer Angeklagten, ihre frühere Ehe sei aufgelöst, als bezüglich der Bigamie entschuldigend ansah, dagegen RG. IV. 8./11. 1901 E. 34 Nr. 128 S. 418 nicht als entschuldigend bei dem Delikte des Inzestes (RStG. § 173 Abs. 2) den Irrtum, daß die Schwägerschaft nach Scheidung der sie begründenden Ehe als aufgehoben gelte. In dem ersten Falle handelt es sich um einen Irrtum betreffend die Nichtexistenz eines konkreten wirklichen auch außerhalb des Strafrechts bestehenden Rechtsverhältnisses, in dem zweiten nur um eine zusammenfassende Bezeichnung derjenigen Personen, unter welchen der Beischlaf verboten ist, wie denn selbst der Begriff der Verwandtschaft in verschiedenen gesetzlichen Beziehungen keineswegs überall der gleiche ist (vgl. BGB. § 1310 Abs. 3 und andererseits BGB. § 1589 Abs. 2), *Köhler* S. 28 verkennt die Verschiedenheit dieser Fälle. (Eine andere Frage aber ist, ob der reichsgerichtlichen Interpretation des StGB. § 173 Abs. 2 beizutreten sei, und diese Frage möchte ich verneinen. Der Wortlaut des § 173 Abs. 2 spricht m. E. nicht für jene Interpretation, welche sich auf die historische Entstehung der entsprechenden Vorschrift des preußischen StGB. stützend im Beihalt des alten Satzes „*In dubio benignius*“ mißlich erscheint und andererseits auf einer Überschätzung des Verhältnisses einer Stiefverwandtschaft beruht. Stiefverwandtschaft beruht nicht auf der unwandelbaren Tatsache der Zeugung, vielmehr nur auf der Existenz einer auflösbaren Ehe. Eine durch Scheidung aufgelöste Ehe ist kein juristisch in Betracht kommendes Verhältnis mehr. Man kann nicht behaupten, daß jemand dessen

Die Fehlsamkeit des in solcher Weise äußerlich gefaßten Prinzips<sup>218)</sup> aber zeigt sich besonders in der reichsgerichtlichen Praxis. Die Monographien von *Kohlrausch* (S. 199ff.) und *Köhler* S. 33ff. haben eine reiche Zahl bemerkenswerter Entscheidungen zusammengestellt.

§ 209. Ich greife einige besonders sprechende heraus. Es wird sich dabei freilich nach dem von mir gegebenen Prinzipie<sup>218a)</sup> häufig die Richtigkeit der Entscheidung selbst herausstellen; denn in den Entscheidungsgründen einander widersprechende Urteile sind gleichwohl oft im Ergebnisse richtig. Als Unkenntnis des Strafgesetzes selbst, daher nicht entschuldigend ist es betrachtet, wenn jemand glaubt, kraft seines Eigentumsrechts die bei einem anderen im Wege der Zwangsvollstreckung beschlagnahmten Gegenstände eigenmächtig fortzunehmen.<sup>219)</sup> (Die Entscheidung ist nach dem oben gegebenen Prinzipie richtig; der fragliche Irrtum kann aber sehr wohl als zivilrechtlicher betrachtet werden; denn es handelt sich darum, wie weit reicht das absolute Recht des Eigentums gegenüber der Beschlagnahme. Die Begründung des RG. dreht sich im Kreise; es wird gesagt, die Entscheidung komme darauf hinaus, daß der Angeklagte das strafrechtliche Gebot nicht gekannt habe.) Der Irrtum, daß ein Dachs ein nicht jagdbares (daher der freien Okkupation unterliegendes) Tier sei,<sup>220)</sup> soll ein zivilrechtlicher,

Ehe mit der Mutter seiner Stiefkinder — durch Scheidung sogar! — gelöst ist, zu den letztern noch in besonderem Verhältnisse stehe. Die Volksansicht dürfte hier eine entschieden andere sein — und, wie gesagt, mit Recht.) — Dagegen mußte in dem Falle E. 5 Nr. 30 S. 159 ohne Rücksicht auf Irrtum des Angeklagten freigesprochen werden; denn unser Recht geht nun einmal von der Ansicht aus, daß eine in gehöriger Form geschlossene Ehe solange als bestehend anzuerkennen ist, bis sie rechtskräftig für nichtig erklärt ist, und dies muß ebenso zugunsten der in nichtiger, aber noch nicht für nichtig erklärten Ehe lebenden Personen, wie in anderen Fällen zum Nachteil von Angeklagten gelten. Nicht der Angeklagte, vielmehr das RG. I. 10./11. 81, welches die in erster Instanz auch erfolgte Freisprechung aufhob, hat hier einen unrichtigen Schluß gezogen und mindestens wieder — wie öfter — den Grundsatz „*In dubio benignius*“ außer acht gelassen. Vgl. gegen diese Entscheidung, nach welcher der Angeklagte wegen Blutschande verurteilt werden mußte, auch *Kohlrausch* S. 124.

<sup>218)</sup> Über die Unhaltbarkeit desselben vgl. auch meinen 1886 erschienenen Aufsatz GS. 38 S. 270ff., 280ff.

<sup>218a)</sup> Wie es mit der völligen Mißbildung des Notstandsrechts nach BGB. § 904 stehe, scheint zweifelhaft. Ich möchte aber doch ein Recht im Sinne des Textes nicht annehmen, da z. B. das Notstandsrecht wohl nicht im Wege der Klage verfolgt werden kann.

<sup>219)</sup> I. 11./3. 80 E. I Nr. 136 S. 272.

<sup>220)</sup> III. 3./3. 84 E. 10 Nr. 73 S. 234. — Hier ist übrigens eine verschiedene Auffassung zu verteidigen möglich. Einerseits die Auffassung, es stehe eine all-

entschuldigender, der Irrtum, daß man nicht Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches sei, umgekehrt lediglich ein strafrechtlicher sein,<sup>221)</sup> und wiederum — das geht doch recht weit — ein nicht strafrechtlicher der Irrtum eines Jagdberechtigten, er dürfe ohne weiteres einen Hund totschießen, der seinen Herrn auf einem im Stadtwalde befindlichen Promenadenwege begleitete.<sup>222)</sup> Es werden Personen verurteilt, weil sie (nach Ansicht des RG.s) irrigerweise angenommen hatten, sie dürften kraft Eigentumsrechtes den Mieter, der nach abgelaufener Mietszeit ohne alle Rechtsgründe die Wohnung innebehält, im Wege der Selbsthilfe exmittieren, und dabei wird angedeutet, daß, wenn der Angeklagte sich eingebildd hätte, es existiere irgend eine zivilrechtliche Norm, die ihm das gestatte, so würde (vielleicht?) eine Freisprechung erfolgen können.<sup>223)</sup> Warum es nicht genügen soll, jene Befugnis der Exmission im Wege der Selbsthilfe aus dem Eigentum (irrigerweise freilich) abzuleiten, wenn einmal der Irrtum über Grundsätze des Zivilrechts entschuldigen soll, ist nicht einzusehen.<sup>224)</sup> Beamten wird es nachgesehen, wenn sie sich über die Voraussetzungen irren, unter denen sie handeln dürfen oder sollen: z. B. wenn sie unzulässiger Weise eine Trauung vornehmen,<sup>225)</sup> etwas falsch beurkunden,<sup>226)</sup> Aktenstücke vernichten,<sup>227)</sup> etwas tun, das nur

---

gemeine Beschränkung der Handlungs(Okkupations)befugnis in Frage, und danach würde die unten zu erwähnende Entscheidung des österreich. KHLs prinzipiell richtig sein. Andererseits die vom RG. vertretene Auffassung, daß das Wesen des Wilddiebstahls in einem Eingriff in ein bestimmtes Privatrecht bestehe. Bei der Verschiedenheit des Begriffes der Jagdbarkeit eines Tieres dürfte die Auffassung des RG.s vorzuziehen sein. Der scharfen juristischen Logik der Römer blieb der Begriff eines ausschließlichen Okkupationsrechtes fremd.

<sup>221)</sup> Dies ist konstante Praxis, insofern pflichtwidrige Unterlassung der Führung von Handelsbüchern oder der Ziehung einer Bilanz in Frage steht. — Vgl. z. B. III. 1./2. 82 E. 5 Nr. 142 bes. S. 410. (Hier heißt es freilich: „So wenig Unkenntnis des Strafgesetzes einen Strafausschließungsgrund bietet, so wenig vermag die bloße Unkenntnis der vom Strafgesetze vorausgesetzten, objektiv handelsrechtlichen Verpflichtungen die Strafbarkeit aus § 210 Nr. 2, 3 der KO. aufzuheben.“ Danach würde, weil die Rechtssätze anderer Rechtsgebiete stets vom Strafgesetze vorausgesetzt werden, überhaupt der ganze vom RG. angenommene Unterschied unhaltbar sein.)

<sup>222)</sup> IV. 26./8. 89 E. 19 Nr. 58 S. 209.

<sup>223)</sup> III. 6./6. 89 E. 19 Nr. 86 S. 291.

<sup>224)</sup> Vgl. in diesem Sinne treffend *Kohlrausch* S. 146.

<sup>225)</sup> I. 27./5. 81 E. 4 Nr. 87 bes. S. 235.

<sup>226)</sup> I. 3./12. 85 E. 13 Nr. 37 bes. S. 120.

<sup>227)</sup> II. 29./10. 95 E. 27 Nr. 143 bes. S. 403 (vgl. StGB. §§ 348, 133). Vgl. jedoch folgende Anm.

mit Erlaubnis eines Vorgesetzten zu tun zulässig ist,<sup>227a)</sup> jemanden unter Verletzung der für eine Festnahme bestehenden Vorschriften — weil die Festnahme nicht im StGB., sondern in der StPO. geregelt sei<sup>228)</sup> — aus Rechtsirrtum festnehmen<sup>228a)</sup> — während es dem Privatmanne nicht nachgesehen wird, wenn er, wie bemerkt, sich irrtümlich ein Zwangsrecht als Eigentümer zuschreibt, wenn er irrtümlich jemanden als nicht zum Soldatenstande gehörig betrachtet,<sup>229)</sup> wenn er nicht weiß, daß die Handlung eines Beamten eine Amtshandlung ist.<sup>230)</sup>

<sup>227a)</sup> IV. 16./1. 1903 E. 36 Nr. 25 S. 68.

In den Fällen dieser Anm. und der vorhergehenden würde aber auch nach dem oben im Texte aufgestellten Prinzipie der Rechtsirrtum entschuldigen. Wenn dem Vorgesetzten die fragliche Rechtsbefugnis zukommt, so schreibt sich der Untergebene, der ohne Auftrag oder Genehmigung handelt, nur eine falsche Stellung im Staatsorganismus zu. Ist dann nicht von dem dem Vorgesetzten zustehenden Ermessen ein durchaus falscher Gebrauch gemacht — in welchem Falle es sich wieder um Irrtum über Befugnisse handeln würde —, so wird der Schaden, welchen die Handlung des Unterbeamten verursacht, auch nicht erheblich sein.

<sup>228)</sup> III. 15./2. 83 E. 8 Nr. 31 bes. S. 107. — Diese Entscheidung läßt sich allerdings (möglicherweise) auch noch durch die Annahme halten, daß StGB. § 341 gegen den widerrechtlich verhaftenden Beamten nur dann anwendbar sei, wenn dieser davon geradezu überzeugt ist, daß er rechtswidrig handelt. Vgl. darüber *Bar*, GS. 38 S. 284.

<sup>228a)</sup> Ein Irrtum des Beamten über seine örtliche und selbst über seine sachliche Zuständigkeit muß aber den Dolus ausschließen; jener Irrtum ist nichts anderes als ein Irrtum über das Recht selbst, nicht über die dem Staate, als dessen Vertreter der Beamte handelt, nach dem Gesetze zukommenden Befugnisse. Und ist es denn wirklich etwas sehr Schlimmes, wenn ein Beamter zwar seine Zuständigkeit im Irrtum überschreitet, aber sachlich korrekt handelt, etwa genau so handelt, wie der zuständige Beamte voraussichtlich gehandelt haben würde? Die landläufige Jurisprudenz, welche der Frage der Zuständigkeit (vgl. unten Bd. 3 die Lehre vom Befehle als Ausschließungsgrund der Rechtswidrigkeit und von der Notwehr) eine übertriebene Bedeutung beilegt, wird freilich den Zuständigkeitsirrtum als entschuldigend zu behandeln nur schwer sich entschließen mögen. Die Frage, ob das Publikum der Handlung eines nicht zuständigen Beamten Widerstand leisten dürfe, ist übrigens eine andere. Hier handelt es sich um Bestrafung der Beamten.

<sup>229)</sup> I. 15./12. 94 E. 26 Nr. 123 bes. S. 315. — II. 8./11. 95 E. 27 Nr. 146 S. 410.

<sup>230)</sup> II. 7./12. 94. GArch. 42 S. 404, bes. S. 405. Aus der Theorie des RG. folgt, wie ich schon früher ausgeführt habe, unter anderem, daß fast überall derjenige, der sich in einer privilegierten Stellung, z. B. als Beamter, als Grundeigentümer, Jagdberechtigter befindet, sich auf den größten seine Befugnisse betreffenden Rechtsirrtum mit Erfolg berufen kann, während dem Publikum zugemutet wird, sich über die privilegierte Stellung und die daraus folgenden Befugnisse, „Amtshandlungen“ nicht zu irren. Könnte ein unmittelbares Rechtsgefühl nicht eher das Umgekehrte annehmen? Hat, wer in privilegierter Stellung sich befindet, nicht besonderen Anlaß, sich über die Grenzen seines Privilegs, seine besonderen Befugnisse genau zu unterrichten? Übrigens hat auch hier, wie in manchen anderen Fragen, das RG. die Jurisprudenz der früheren preußischen höchsten Gerichtshöfe fortgesetzt. So hat das frühere OAG. zu Berlin,



Durchaus gegen den oben dargelegten Grundsatz und gegen das unmittelbare Gerechtigkeitsgefühl verstößt es, wenn jemand deshalb verurteilt wird, weil er eine für eine Tätigkeit oder ein Unternehmen erforderliche Erlaubnis zwar eingeholt hat, die Behörde aber, welche sie erteilte, irrtümlich ihre Zuständigkeit zu solcher Erteilung angenommen hatte.<sup>230a)</sup> Die entgegengesetzte Entscheidung ergibt sich ohne Bedenken aus dem oben angenommenen Prinzip. Die wirklich und rechtsgültig erteilte Erlaubnis gibt die Rechtsstellung, welche die Befugnis in sich schließt. Es entschuldigt also auch ein Irrtum über den Umfang der erteilten Erlaubnis.<sup>230b)</sup>

Diese Jurisprudenz tritt — man darf es wohl sagen — vielfach mit sich selbst in Widerspruch und verletzt das natürliche Gerechtigkeitsgefühl, da sie, die Irrtumsbehandlung von jeder Berücksichtigung wirklicher Schuld trennend, die Entscheidung danach fällt, ob eine Strafnorm in dem Strafgesetze selbst (oder dem die Strafdrohung mitenthaltenden Spezialgesetze) enthalten ist.

Ihr gegenüber macht die französische den Rechtsirrtum überhaupt nicht — außer bei Ausländern in seltenen Fällen — berücksichtigende Jurisprudenz einen fast wohltuenden Eindruck. Sie ist streng, aber gleichmäßig, und von diesem Standpunkte aus gerecht.<sup>231)</sup> (Über die englisch-amerikanische Jurisprudenz vgl. oben § 207 a E.)

13./3. 72 (*Stengleins Zeitschr.* 1 S. 277), erkennt, daß jemandem der Rechtsirrtum zugute komme, er dürfe als Jagdbeamter eine beleidigende Handlung vornehmen.

<sup>230a)</sup> I. 22./11. 80 E. 3 Nr. 20 S. 49; I. 1./12. 94 E. 26 Nr. 104 S. 265. Es liegt hier entschieden ein Irrtum über das Vorhandensein eines besonderen Rechtes vor, welches durch obrigkeitliche Erlaubnis gegeben wird, da ein derartiges Gesetz die allgemeinen Handlungsbefugnisse beschränkt. Die erste Entscheidung stützt sich lediglich darauf, daß die betreffende, die Zuständigkeit der Behörde regelnde Verordnung als integrierender Bestandteil des Spezialstrafgesetzes zu betrachten sei; die zweite Entscheidung bemerkt in Konsequenz des allgemeinen Grundsatzes, „daß alle mit Strafdrohungen verbundenen Gesetze Strafgesetze sind, ist klar“, hält eine Freisprechung aber für gerechtfertigt, wenn der Angekl. geglaubt hatte, eine Erlaubnis zu haben, während sie überhaupt nicht erteilt war. Gegen solche Entscheidungen s. auch *Allfeld* S. 9, 10. — Ein Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde ist übrigens zugleich ein Irrtum über die rechtliche Stellung eines anderen (des Beamten), und als solcher ein Grund, den Dolus auszuschließen.

<sup>230b)</sup> *Klee*, S. 33, führt ein hierher gehöriges (schon von *Osenbrüggen*, Abhandlungen aus dem Strafrecht, S. 50, benutztes) Beispiel an, um die Wesensgleichheit des außerstrafrechtlichen Irrtums mit dem strafrechtlichen zu beweisen.

<sup>231)</sup> Es wird höchstens bei Fremden die Gesetzesunkenntnis als entschuldigend betrachtet. *Garraud* 1 Nr. 236.

§ 210. Indes ist die Praxis des RG.s keineswegs so angreifbar, wie es insbesondere nach der Darstellung *Kohlrauschs* scheint, der bis jetzt nur kritisiert, aber ein ausreichendes Prinzip noch nicht aufgestellt hat. Zwar nicht die Entscheidungsgründe, wohl aber viele Entscheidungen selbst sind zutreffend. Die sämtlichen Entscheidungen, welche den Irrtum jemandes, ob er Kaufmann sei, in Ansehung des strafbaren Bankrotts nicht berücksichtigen, sind meines Erachtens richtig, obschon es anscheinend sich um eine handelsrechtliche also nicht nach dem Strafrechte selbst zu entscheidende Frage handelt. Das „Kaufmannsein“ ist kein konkretes Recht, wie etwa das Eigentümersein in bezug auf eine bestimmte Sache, das Bekleiden eines bestimmten Amtes, vielmehr handelt es sich um das tatsächliche Betreiben des Handelsgewerbes,<sup>231a)</sup> und wenn das Gesetz an dies tatsächliche Verhalten einer Person<sup>231b)</sup> gewisse bei Strafe zu erfüllende Verpflichtungen knüpft, so geht es von der Ansicht aus, daß diese — z. B. die Verpflichtung Handelsbücher zu führen — als in der Natur jenes tatsächlichen Verhaltens (in unseren Kulturverhältnissen) begründet, jedem gewissenhaften Manne sich von selbst bemerklich machen, und wenn das Gegenteil der Fall sein sollte, dies ein Zeichen mangelnder Gewissenhaftigkeit, also der Strafwürdigkeit ist. Es würde anders sein, wenn das Gesetz die Pflichten des Kaufmannes an die Existenz eines besonderen Rechtsaktes, z. B. an die Eintragung in bestimmte öffentliche Register, knüpfte. Hier würde der Irrtum, daß man nicht eingetragen sei, entschuldigende Bedeutung haben. Wie aber bei uns das Kaufmannsein aufgefaßt wird, muß der Irrtum, man sei nicht Kaufmann, als unerheblich betrachtet werden. Die hier einschlagenden Entscheidungen des RG. sind also im Ergebnis richtig.

Dabei vergegenwärtige man sich im einzelnen folgendes: Wer tatsächlich ein kaufmännisches Gewerbe betreibt, muß, wenn er Kredit beansprucht, sich sagen, daß er durch genaue Buchung stets Übersicht über seine Vermögenslage behalten

<sup>231a)</sup> HGB. § 1 Satz 1. „Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.“

<sup>231b)</sup> Das Kaufmannsein kann aber Voraussetzung sein für den Erwerb eines bestimmten Rechts, z. B. des Rechts eine Firma zu führen.

muß; unterläßt er solche Buchführung, so kann ihm das Bewußtsein nicht fehlen, daß er in unverantwortlicher Weise wirtschaftet. Gerät er dann in Konkurs, und in Konkurs kann er nur geraten, wenn er Kredit in Anspruch nahm, so ist die Strafe nach allen Grundsätzen des Strafrechts gerecht — mag er auch darauf sich berufen, daß er den Begriff des kaufmännischen Gewerbes auf seinen Betrieb nicht für anwendbar erachtet habe.<sup>232)</sup>

Sodann hat das RG. es für unerheblich erklärt, daß der Veranstalter einer Lotterie,<sup>232a)</sup> einer Ausspielung dieses sein Unternehmen nicht für eine Lotterie, eine Ausspielung hielt<sup>233)</sup> — im Ergebnis vollkommen richtig, obwohl der Begriff der Lotterie ein (zuweilen in seiner Anwendung recht zweifelhafter) zivilrechtlicher ist. Denn die Lotterie, die Ausspielung war nicht Voraussetzung für ein erlaubtes oder unerlaubtes Handeln, vielmehr wird durch das übertretene Strafgesetz eine sonst bestehende allgemeine Befugnis des Handelns beschränkt.<sup>234)</sup> Anders liegt der Fall, wenn z. B. jemand gegen gesetzliches Verbot Lotterielose nur verkaufte und sich nur darauf beriefe, daß er die Lotterie für eine besonders erlaubte gehalten habe.

**§ 211.** Eine eigene Betrachtung verdient der Rechtsirrtum bei der Verletzung von sog. immateriellen Rechten, des Urheberrechts, Patentrechts, Markenrechts, Firmenrechts. Das

<sup>232)</sup> Die gegen die Praxis des RG. in dieser Hinsicht von *v. Bülow*, GArch. 45 S. 326, geltend gemachten Einwendungen sind insofern richtig, als das RG. hier das Prinzip der Entschuldigung durch eine nicht unmittelbar strafrechtliche Norm verlassen hat. Dagegen treffen sie den hervorgehobenen Kernpunkt der Sache nicht, der die Entscheidung des RG. im Ergebnisse rechtfertigt. Andererseits scheint aber der alte Grundsatz der Interpretation der Gesetze „*In dubio pro reo*“ nicht immer berücksichtigt zu sein. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht, insofern es sich z. B. um den Zwang zur Eintragung in das Handelsregister handelt, und der Handelsrichter kann sehr wohl anders entscheiden über die Frage, ob jemand Vollkaufmann sei, als der Strafrichter. — Mit Recht hat aber RG. III. 27./2. 88 E. 17 Nr. 54 S. 223 angenommen, nach KO. § 241 sei ein Gemeinschuldner nicht haftbar, der in irriger Meinung, ein Gläubiger habe ein Recht auf bestimmte Befriedigung oder Sicherung, diese letztere gewährt. Hier handelt es sich um die Frage der Existenz eines zivilrechtlichen Verhältnisses. Wird diese angenommen, so folgt daraus die Befugnis zu zahlen, Sicherheit zu gewähren.

<sup>232a)</sup> I. 2./5. 87 E. 16 Nr. 21, bes. S. 86, 87.

<sup>233)</sup> I. 17./10. 1901, D. Juristenzeit. 6 S. 508.

<sup>234)</sup> Hier ist *Köhler*, S. 36, anderer Ansicht, weil der Begriff schwierig und deshalb die Schuld der Gesetzesübertretung in Verkennung des Begriffes wesentlich gemindert erscheine (inwieweit gemindert?).

RG. hat hier als unbeachtlich erklärt, wenn jemand auf Grund einer früher erfolgten, aber nicht in Benutzung genommenen gleichen Erfindung sich die Priorität zuschrieb,<sup>235)</sup> wenn er glaubte, durch ein ihm bekanntes Patent eines anderen sei nur das Verfahren auf Herstellung eines bestimmten Arzneimittels, nicht auch das Produkt dieses Verfahrens geschützt,<sup>236)</sup> oder irrig annahm, eine im Auslande eingetragene Handelsmarke berechtige ihn, im Inlande für das betreffende Ausland angefertigte Waren mit einer Marke zu versehen, welche ein im Inlande geschütztes Markenrecht verletzte,<sup>237)</sup> oder wenn er der Ansicht war, der Vertrieb der Waren nach dem Auslande falle nicht unter den Patentschutz<sup>238)</sup> — während es für erheblich erachtet wurde, daß ein Angeklagter irrig meine, eine von ihm benutzte, einem anderen patentierte Erfindung, weiche so wesentlich von der patentierten ab, daß also sich der Patentschutz auf dieselbe nicht erstrecke.

Diesen Entscheidungen ist mit Ausnahme der letzt-erwähnten<sup>239)</sup> beizutreten; allerdings nicht aus dem bei einer derselben besonders angegebenen rein formalen Grunde; da der die Strafvorschrift enthaltende Paragraph Bezug nehme auf einen früheren die Bedeutung des Patentrechts selbst bestimmenden Paragraphen, so werde die Norm des letzteren Bestandteil der Strafvorschrift. Ein sachlich befriedigender Grund dürfte vielmehr der folgende sein. Die sog. immateriellen Rechte sind nichts anderes als Verbotungsrechte,<sup>240)</sup> die sonst jedem zustehende Befugnisse aufheben oder beschränken; der Drucker, der Fabrikant usw. wird verhindert, von seiner Arbeitskraft, seinem Eigentum einen bestimmten Gebrauch zu machen,

<sup>235)</sup> III. 12./4. 83 E. 8 Nr. 63, bes. S. 217.

<sup>236)</sup> III. 25./10. 90 E. 21 Nr. 76, bes. S. 208.

<sup>237)</sup> III. 18./9.84 E. 11 Nr. 23, bes. S. 96, 97.

<sup>238)</sup> III. 3./4. 84 E. 10 S. 349.

<sup>239)</sup> III. 17./5. 83 Rs. 4 Nr. 223, bes. S. 492. Dies Urteil ist, wie die Entscheidungsgründe zu ergeben scheinen, dadurch veranlaßt, daß das RG., weil es sich um tatsächliche Verschiedenheit handelte, mit Recht auch die von der Strafkammer geschehene Beantwortung der Frage, ob eine wesentliche Verschiedenheit vorliege, als der Revision nicht unterliegend betrachtete. Daraus ist dann der Satz geworden, daß das Urteil über letzteres auf einem tatsächlichen Irrtum beruhe.

<sup>240)</sup> Ich halte diese schon früher (Praxis u. Theorie d. internationalen Privatrechts, 2 S. 233 ff.) vertretene Ansicht über die juristische Behandlung der Immaterialgüter aufrecht. Die Übertragung betreffend, sind dieselben freilich nach Analogie anderer Rechte (z. B. der Forderungen) zu behandeln.

damit z. B. Bücher bestimmten Inhalts, Waren bestimmter Art herzustellen usw. Der Irrtum darüber, ob eine bestimmte Handlung einen Eingriff in ein Urheberrecht, Patentrecht usw. darstelle, wenn einerseits das einzelne Urheberrecht, Patentrecht usw. gekannt wird, und andererseits der Handelnde seine Handlung nach der äußeren Tatseite richtig erfaßt hat, ist ein Irrtum über Befugnisse an sich, folglich unerheblich. Nur ein solcher Irrtum war in den zu Anm. 235—238 erwähnten Fällen vorhanden, aber nicht minder in dem Falle (Anm. 239), in welchem das RG. entschuldigenden Irrtum angenommen hat. Wenn jemand die in Betracht kommenden gewerblichen Verfahrensarten tatsächlich kennt, aber irrig annimmt, daß eine Verfahrensart der anderen (patentierten) nicht wesentlich gleichstehe, so ist das ein rechtlicher Irrtum über die Bedeutung des erteilten Patentrechtes, ein Irrtum über Befugnisse, deren Ausübung in Gemäßheit des Patentbesitzes ihm verboten war. Dagegen muß es den Dolus allerdings ausschließen, wenn der Angeklagte die Existenz des erteilten Patentbesitzes überhaupt nicht kennt. Denn die Erteilung eines bestimmten Patentbesitzes ist ein besonderer, konkreter Vorgang.

Es ist daher auf diesem Gebiete keineswegs, wie freilich *Kohlrausch* (S. 136) annimmt, sonderbar, wenn oft Unkenntnis des Rechtes selbst, nicht aber Unkenntnis seiner Grenzen entschuldigt;<sup>240a)</sup> denn im ersteren Falle handelt es sich um Unkenntnis eines konkreten Vorganges, der Erteilung eines bestimmten Patentbesitzes, im zweiten um einen Irrtum über die allgemeine Gesetzesbestimmung und deren Wirkung auf den richtig erkannten konkreten Vorgang. Richtig ist aber allerdings, daß die Nichtberücksichtigung des Irrtums über allgemeine Befugnisse in dem Gebiete des Urheber- und besonders des Patent-, Marken- und Musterschutzrechtes häufig eine dem abstrakten Gerechtigkeitsgefühl widersprechende Härte enthalten wird, weshalb denn auch auf den Antrag *Bähr* in das jetzt aufgehobene Gesetz über das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen usw. v. 11./6. 1870 im § 18 Abs. 2 die Bestrafung des Nachdrucks auch im Falle eines entschuldigen Rechtsirrtums ausdrücklich ausgeschlossen war.<sup>241)</sup> Indes ist eine besondere

<sup>240a)</sup> Sehr richtig in dieser Beziehung *Köhler* S. 35.

<sup>241)</sup> Das Gesetz v. 19./6. 1901 §§ 36 ff. beschränkt die Strafen auf die

Bestimmung über Rechtsirrtum vielfacher Mißverständnisse halber bei der starken Diskrepanz der Meinungen über Wesen und Bedeutung des Rechtsirrtums einstweilen bedenklich, und auf abstrakte Gerechtigkeit auch in nur annähernder Vollkommenheit muß eine Gesetzgebung, welche einen wirksamen Schutz gegen Verletzungen des Urheberrechts besonders aber des Patentrechts usw. will, überhaupt verzichten. Hier hat dasjenige zu gelten, was alsbald die Polizeigesetze betreffend dargelegt werden soll.

§ 212. Ebenso wie bei Verletzungen der sog. immateriellen Güter ist der Rechtsirrtum zu behandeln bei Konventionen gegen das Postmonopol: auch hier handelt es sich um Einschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit; indes der Vorgang, auf welchem die Einschränkung beruht, ist hier nicht ein individueller und konkreter, vielmehr ein Akt der Gesetzgebung, so daß also eine Berufung auf Unkenntnis dieses Aktes ausgeschlossen ist. Daher hat auch das RG., meines Erachtens mit Recht, die Berufung auf Rechtsirrtum bei Konventionen gegen das Postmonopol zurückgewiesen.<sup>241a)</sup>

Besonders zweifelhaft kann die Behandlung des Rechtsirrtums erscheinen, wenn er die auch in einzelnen Gegenden verschiedene Ausdehnung des Jagdrecht betrifft. Man kann möglicherweise in dem ausschließlichen Okkupationsrechte des Jagdberechtigten eine Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit der Nichtberechtigten erblicken. Richtiger aber wird, wie auch vom RG. geschehen ist,<sup>242)</sup> das unberechtigte Jagen als Eingriff in ein Privatrecht zu betrachten sein, so daß der Rechtsirrtum über den Umfang dieses Rechts (darüber, welche Tiere jagdbar sind) entschuldigen muß. Anders würde m. E. die Entscheidung lauten müssen, wenn ein Gesetz die Jagd auf bestimmte Tiere überhaupt verbietet oder einschränkt.

§ 213. Der österreichische Kassationshof geht von demselben Grundsatz aus, wie das RG., und *Rosenblatt* hat im

---

Fälle vorsätzlicher Verletzung des Urheberrechts, enthält aber über entschuldbaren Irrtum keinerlei besondere Bestimmungen. § 18 des Gesetzes v. 1870 kommt aber als in Bezug genommene Bestimmung einstweilen noch für einige andere Gesetze in Betracht (vgl. *Kohlrausch* S. 126).

<sup>241a)</sup> RG. IV. 10./3. 1903 E. 36 Nr. 55, bes. S. 154, 14./2. 1905 E. 37 Nr. 130, bes. S. 391.

<sup>242)</sup> Vgl. die bereits erwähnte Entscheidung, des RG. III. 3./3. 84 E. 10 Nr. 73 S. 235.

GS. 61 S. 1ff. eine Anzahl wichtiger, hierher gehöriger Entscheidungen zusammengestellt. Ein Bauer findet 60 Gulden in einem Papier eingewickelt und eignet sich dieselben an. In erster Instanz wegen Rechtsirrtums — weil das Landvolk in der betreffenden Gegend glaubte, man könne den Fund als Geschenk Gottes betrachten — freigesprochen, ist Angekl. vom KH. der Fundunterschlagung schuldig befunden — mit Recht. Es handelt sich hier um eine allgemeine Handlungsbefugnis, die irrig angenommen ist. Allerdings läßt sich auch ein Privatrechtssatz denken, nach welchem Sachen von geringem Werte unter gewissen Voraussetzungen dem Finder anheimfallen können; dann würde ein Irrtum über die Existenz des Rechts des Angeklagten vorgelegen haben. Aber ein Rechtssatz, wie er hier zur Entschuldigung allegiert wurde, ist undenkbar. Ebenso ist beizutreten der Entscheidung, daß die Berufung auf Rechtsirrtum nicht entschuldige, wenn jemand auf geleisteten Zeugeneid sich fälschlich als nicht bestraft deshalb bezeichnet, weil die erlittenen Bestrafungen unbedeutend waren, da er glaubt, deren nachteilige Folgen seien im Laufe der Zeit beseitigt (es liegt hier Verletzung allgemeiner Pflichten vor; die Härte ist durch das verkehrte Frage-system des Strafprozesses veranlaßt); ferner der Entscheidung, der Eigentümer sei nicht entschuldigt, der sich berechtigt hielt, vom Gerichte pfandweise mit Beschlag belegte Gegenstände fortzunehmen (unrichtig aus dem Eigentum abgeleitete Befugnis); der Entscheidung, daß es keine Entschuldigung ist, wenn ein Zeuge glaubt, auf Befehl seines Vaters vor Gericht falsch auszusagen zu dürfen; ferner der Entscheidung, welche die irrtümliche Ableitung einer Befugnis aus einem obrigkeitlichen Erlaubnisscheine für unerheblich erachtet; der Entscheidung endlich, welche Unkenntnis des Gesetzes über literarisches und artistisches Eigentum als nicht entschuldigenden Strafrechtsirrtum bezeichnet.<sup>243)</sup>

---

<sup>243)</sup> Der österr. KH. hat aber auch, hierin abweichend vom RG., einen Irrtum über die Ausdehnung des Jagdrechtes — der Angeklagte hatte einen verendeten Fuchs sich rechtswidrig angeeignet und als Entschuldigung angegeben, er habe geglaubt, ein Fuchs sei ein Raubtier, das jedermann sich aneignen dürfe — als nicht entschuldigend angesehen. Die Vorinstanzen hatten freigesprochen.

Dagegen wird es als zutreffend nicht anzuerkennen sein, wenn der Irrtum eines Jagdschutzbeamten, er dürfe einen fliehenden Wilderer, der ihm eines Mordes verdächtig erschien, durch einen Schuß kennzeichnen, als vollkommen entschuldigend (in Ansehung dadurch begangener Verletzung) angesehen wurde. Hier handelt es sich nicht um das Recht des Jagdschutzbeamten an sich, sondern um die daraus entspringenden Befugnisse,<sup>244)</sup> und mit Recht wird man behaupten können, daß ein Beamter, der glaubt, einen Fliehenden, freilich eines Verbrechens ihm Verdächtigen, in solcher Weise — auf die dringende Gefahr hin, ihn zu töten — anschießen zu dürfen, einen Charakter zeigt, dem die genügende Achtung vor fremdem Menschenleben nicht eigen ist. (Also auch in Österreich Anwendung des Satzes, daß ein Beamter im Gegensatze zum Privaten sich in weitgehendster Weise über seine Befugnisse irren dürfe, ohne sich verantwortlich zu machen!)

§ 214. Wenn aber die Nichtberücksichtigung des Rechtsirrtums lediglich aus dem oben gegebenen Grunde der inneren Rechtfertigung nicht entbehrt, so ist es auch *de lege ferenda* prinzipiell richtig, ihn dann als entschuldigend zu betrachten, wenn es sich um sog. Blankettstrafgesetze handelt, d. h. um Strafgesetze, welche die verbotenen und bzw. gebotenen Handlungen nicht unmittelbar bezeichnen, vielmehr solchen Inhalt erst durch als wechselnd gedachte besondere Verordnungen erhalten. In Wahrheit besteht hier, nach Ansicht des Gesetzgebers dieses Wechsels wegen das Wesen des Deliktes ausnahmsweise in dem Ungehorsam, und von Ungehorsam kann nur bei Kenntnis eines Gebotes oder Verbotes die Rede sein. Die deutsche Gesetzgebung hat diesen Grundsatz in vielen gesetzlichen Bestimmungen, allerdings nicht durchweg, dadurch anerkannt, daß sie für die gesetzliche Strafe wissentliche Übertretung derjenigen Verordnungen fordert, welche das Blankettgesetz zur Zeit ausfüllen,<sup>245)</sup> und die Praxis hat

---

<sup>244)</sup> Umgekehrt folgende Entscheidung: ein Borstenhändler wird verurteilt, weil er sich gegen eine ihm unbekannt gebliebene Veterinär-Verordnung der Bezirkshauptmannschaft vergangen hat.

<sup>245)</sup> Vgl. z. B. StGB. §§ 327, 328 und über die konstante Rechtsprechung des RG. in dieser Hinsicht: *Olschauen* zu § 327 Nr. 7. Siehe aber jetzt § 66 des Gesetzes betr. die Abwehr und Unterdrückung der Viehseuchen v. 23./6. 80 und das Abänderungsgesetz v. 1./5. 94 Art. 8.



ihn nicht selten, aber freilich keineswegs konsequent, auch bei anderen Blankettgesetzen, welche zur Bestrafung die Wissentlichkeit nicht ausdrücklich erfordern, angewendet, dann aber nach Umständen, falls fahrlässige Übertretung einer Verordnung möglich, wegen Fahrlässigkeit gestraft.<sup>245a)</sup> Eine wichtige, in der Tat aber nicht unberechtigte Ausnahme bildet das Zollgesetz. Der Tarif<sup>245b)</sup> und die Ein- und Ausfuhrverbote (vgl. § 2 des Zollgesetzes v. 1./7. 69), welche auf dieses Gesetz sich beziehen, sind als wechselnde, ebenso die zur Ausführung der Zollbestimmungen dienenden Verwaltungsvorschriften zu denken. Dennoch kann nach Zollgesetz § 152 die Unkenntnis solcher Bekanntmachungen die Straflosigkeit des Übertreters nicht begründen: freilich findet dann nicht Strafe der eigentlichen Defraudation, vielmehr nur eine Ordnungsstrafe statt. Und bei solchen Polizeigesetzen, deren Verbote und Gebote wirklich nicht schon als im allgemeinen Bewußtsein des Volkes wurzelnde betrachtet werden können, ist diese Unterscheidung einer strengeren Bestrafung bei Kenntnis des Gebots oder Verbots und milderer Bestrafung bei Unkenntnis mit sog. Ordnungsstrafe ein legislativ richtiges Auskunftsmittel. Zwar wird mit dieser Unterscheidung nicht absoluter Gerechtigkeit völlig Genüge getan: aber es wird doch andererseits dem für die allgemeine Sicherheit äußerst wichtigen Gesichtspunkte nicht zuwider gehandelt, daß Rechtsunkenntnis eine bevorzugte Stellung nicht gewähren darf.

Wenn das Gesetz aber für die volle Strafe der Übertretung Wissentlichkeit voraussetzt und daneben eine geringere Strafe

<sup>245a)</sup> Vgl. z. B. OLG. München 30./12. 90; 8./1. 98 (Sammlung d. Entsch. 6 S. 338, 10 S. 4), und über andere Entscheidungen desselben Gerichtshofs Köhler S. 40, 41. — Es scheint hierbei wesentlich Gewicht darauf gelegt zu sein, ob die ausfüllende Verordnung (oder Bekanntmachung) von einer Zentralbehörde eines Bundesstaates erlassen war, oder nur von einer lokalen oder provinziellen Behörde. Dies dürfte aber nicht durchaus rationell sein — auch abgesehen von den enormen Größenverschiedenheiten der deutschen Bundesstaaten. Richtiger dürfte es sein, in erster Linie darauf zu sehen, ob der Inhalt der ausfüllenden Verordnung nicht mehr oder weniger doch seit längerer Zeit den Charakter eines beständigen Gesetzes angenommen hat, in zweiter Linie aber auf den tatsächlich größeren oder geringeren Umfang des Geltungsgebietes und darauf, ob gleiche oder ähnliche Verordnungen nicht auch in vielen anderen Bezirken gelten. Auf den letzteren Umstand legte, wie oben bemerkt, schon die ältere Jurisprudenz oft Gewicht.

<sup>245b)</sup> Ein Tarif wird wohl immer neben dem Zollgesetze bestehen. Daher wird jedermann die Vorstellung dieser notwendigen Ergänzung des Gesetzes sich von selbst aufdrängen.

für einfache Übertretung festsetzt, so kann möglicherweise freilich die Absicht des Gesetzgebers sein, schwerere Strafe auch dann stattfinden zu lassen, falls der Übertreter des Gesetzes sich im Rechtsirrtum befand, die geringere also nur bei fahrlässigen Zuwiderhandlungen im eigentlichen Sinne eintreten zu lassen. Indes die Absicht zu defraudieren, d. h. den Staat zu übervorteilen, setzt immer voraus, daß eine Forderung des Staates auf die Abgabe bestehe, und diese Absicht wird daher ausgeschlossen durch rechtsirrtümliche Annahme, die Abgabepflicht bestehe nicht.<sup>246)</sup> Solcher Fall ist daher, wie auch in der ersten Instanz geschehen war, richtiger nur der im Gesetz vorgesehenen Ordnungsstrafe zu unterwerfen. Übrigens ist es möglich, daß auch sonst nach Inhalt eines Spezialgesetzes die Strafe desselben auf den Fall wissentlicher Verletzung im obigen Sinne beschränkt ist, der Rechtsirrtum also überhaupt entschuldigen soll.<sup>247)</sup> So wird z. B. vom RG., für die nach § 69 des Personenstandsgesetzes von 1875 strafbaren Verfehlungen der Standesbeamten, richtig angenommen, daß unverschuldete Rechtsunkenntnis des Standesbeamten die Strafe ausschließe.<sup>248)</sup>

**§ 215.** Eine allgemeine Berücksichtigung der Rechtsunkenntnis bei Übertretungen von Polizeigesetzen durch Unterscheidung von Strafen wegen wissentlicher Übertretung und von Ordnungsstrafen würde übrigens nicht nur höchst bedenklich, für die allgemeine Rechtssicherheit — die Strafe würde in vielen Fällen zu gering ausfallen, wo Rechtskenntnis vorhanden, aber nur nicht nachzuweisen ist — sie wäre auch nicht einmal gerecht; denn daß gewisse Handlungen polizeilich un-

<sup>246)</sup> Demnach war dem RG. II. 29./4. 87 E. 15 Nr. 128 nicht beizupflichten, welches ungeachtet der dem § 135 des Zollgesetzes nachgebildeten Fassung des § 32 des Tabaksteuergesetzes v. 16./7. 79 eine wirkliche Defraude durch den Rechtsirrtum nicht ausgeschlossen crachtet, daß ein bei der Herstellung von Schnupftabak benutzter Surrogatstoff der Tabaksteuer nicht unterliege, ein Rechtsirrtum, der bei dem Angekl. durch die weniger scharfe Bestimmung des früheren Gesetzes veranlaßt war. Vgl. auch die vom Senatspräsidenten *v. Bülow*, GArch. 45 S. 330 gegen dieses Urteil geäußerten Bedenken, der mit Recht hervorhebt, daß Zoll- und Tabaksteuerdefraudation in bezug auf Rechtsirrtum kaum anders beurteilt werden sollte.

<sup>247)</sup> Der vom RG. 31 Nr. 114 angenommene Grund, es handle sich um einen nicht strafrechtlichen Irrtum, dürfte aber nicht zutreffend sein. Richtiger scheint es die freisprechende Entscheidung darauf zu gründen, daß das Postgesetz § 27, 28 von defraudiertem Porto spricht. S. auch *Köhler* S. 43.

<sup>248)</sup> III. 14./11. 87 E. 16 Nr. 120, bes. S. 390.

zulässig sein müssen, wird jede in einem modernen Staate aufgewachsene zurechnungsfähige Person wissen. Auch wer ein Gewerbe betreibt, bei dem besondere polizeiliche Vorschriften zur Anwendung kommen, wird durch seine Lehrjahre, oder durch das, was er bei anderen beobachtet hat, oder durch die Beschaffenheit des Gewerbes selbst, auf polizeiliche Vorschriften, soweit sie nicht auf zu versteckt liegenden Gründen beruhen, meist schon hingewiesen. Sodann wird bei vielen Polizeivorschriften Vorsatz und Fahrlässigkeit überhaupt nicht unterschieden, und absolute Gerechtigkeit im Sinne der Rechtsidee gilt hier nicht. Die Strafen dürfen daher aber auch in der Regel nicht zu bedeutende sein. (Von anderen legislativen Maßregeln, durch welche überhaupt die zuweilen mögliche Härte der Nichtberücksichtigung des Rechtsirrtums ausgeschlossen werden kann, wird unten noch die Rede sein.)

§ 216. Subsumtionsirrtum. Sind die Fälle verschieden zu beurteilen, einerseits daß jemand das in Betracht kommende Gesetz (den in Betracht kommenden Rechtssatz) überhaupt nicht kennt, und andererseits, daß er irrigerweise annimmt, seine Handlung falle nicht unter das im allgemeinen von ihm gekannte Gesetz, sei nicht darunter zu subsumieren? (Selbstverständlich ist der Fall ausgeschlossen, daß neben dem Rechtsirrtum auch ein wesentlicher tatsächlicher Irrtum vorliegt; denn dann ist schon kraft dieses letzteren von strafrechtlichem Vorsatz des Handelnden nicht zu reden.) Genau betrachtet ist die Frage schon durch die oben gegebenen Ausführungen in verneinendem Sinne entschieden. Wenn gesagt wurde, daß irrtümliche Annahme oder Verneinung eines bestimmten Rechtes, nicht aber irrtümliche Annahme von Befugnissen den Dolus ausschließe, so war das nichts anderes, als die Antwort auf die Frage, inwieweit der Subsumtionsirrtum entschuldige, und klar ist danach, daß er als solcher gar nicht in Betracht kommt. Indes ist die Ansicht mehrfach vertreten, daß dem Subsumtionsirrtum eine besondere Stellung und Beurteilung gebühre. Zuweilen hat man ihn milder behandeln wollen, als die einfache Rechtsunkenntnis,<sup>249)</sup> und *Savigny*<sup>250)</sup> rechnete den Subsumtions-

<sup>249)</sup> So *Heffter*, N. Arch. d. Cr. 1832 (Bd. 12) S. 150.

<sup>250)</sup> System d. röm. Rechts 3 S. 327, 338.

irrtum überhaupt zum faktischen Irrtum. Aber wer irrtümlich einen bestimmten in den einzelnen Umständen tatsächlich richtig erkannten Vorgang in der Gesamtbeurteilung als unter eine bestimmte Rechtsnorm fallend, nicht ansieht, erkennt den Umfang der Rechtsnorm nicht richtig, welche in Wahrheit sich auch auf jenen Fall miterstreckt, befindet sich also im Irrtum über die Bedeutung der Rechtsnorm.<sup>251)</sup> Es handelt sich hier, wie ich bereits früher ausgeführt habe (GS. 38 S. 264), um nichts anderes, als um gleichsam geistiges Übereinanderschieben zweier Dinge. Wenn man die richtige Gestalt und Größe des einen (der Gesamtheit der Tatsachen) hat, und dann doch der irrigen Meinung ist, daß diese Figur nicht von der zweiten (der Rechtsregel) gedeckt werde, so hat man eben von dieser zweiten keine richtige Vorstellung, Die Praxis des RG. unterscheidet daher auch den Fall des Subsumtionsirrtums nicht von dem Falle der absoluten Unkenntnis der Rechtsnorm;<sup>252)</sup> fast durchgängig verfährt so auch die neueste Theorie.<sup>253)</sup> In sehr vielen Fällen ist es auch unmöglich zu sagen, ob der eine oder der andere Irrtum stattfand; wenn ein Strafgesetz aus mehreren Paragraphen besteht, und kannte der Angeklagte einzelne dieser Paragraphen, hatte aber einen Paragraphen übersehen, der die Bedeutung des Gesetzes erweiterte, haben wir es dann mit Unkenntnis oder Subsumtionsirrtum zu tun? Als Unkenntnis oder allgemeiner Irrtum erscheint solcher Irrtum, wenn ein besonderer Paragraph ins Auge gefaßt wird, als Subsumtionsirrtum dagegen, wenn man sich fragt, ob der Fall dem Strafgesetze als ganzem zu unterwerfen sei.

Bei der Subsumtion der Handlung unter ein Strafgesetz können übrigens wieder in Betracht kommen bestimmte Rechtsverhältnisse als Voraussetzungen für Befugnisse und Pflichten. Dann gilt selbstverständlich das oben in dieser Beziehung Gesagte. *Liszt* (§ 39 IV) streift diesen richtigen Satz, ohne jedoch seine Begründung und Bedeutung genügend zu erkennen,

<sup>251)</sup> Vgl. in diesem Sinne besonders *Wächter*, GS. 1864 S. 66; *Heinemann* S. 134 ff.; *Allfeld* S. 30.

<sup>252)</sup> Die Entscheidungen des RG., welche den Rechtsirrtum betreffen, sind fast sämtlich Fälle, in welchen es sich um irrige Nichtsubsumtion handelte.

<sup>253)</sup> Anders *Rosenblatt*, GS. 61 S. 39. Vgl. in diesem Sinne auch *Ortluff* S. 87 Anm. 1. *Liszt* hat diese früher von ihm vertretene Meinung jetzt aufgegeben.

da er rein strafrechtliche Begriffe mit wirklichen Rechten auf gleiche Stufe stellt: „Der Täter muß wissen, daß die von ihm entwendete Sache eine fremde, das gefälschte Schriftstück eine Urkunde, die von ihm beförderte Handlung Unzucht ist.“ Der erste dieser Fälle ist richtig entschieden, die beiden anderen unrichtig. Klar ist, daß, wer es dem Angeklagten bei Kuppelei zugute rechnen will, daß er den Begriff der Unzucht nicht kenne, damit durch jeden strafrechtlichen Irrtum den Dolus ausschließen läßt. Unzucht ist kein rechtliches, zu irgend etwas berechtigendes Verhältnis. Ebenso ist von einer Berechtigung in Beziehung auf Ausstellung einer Urkunde nur zu reden, wenn jemand sich zur Ausstellung einer Urkunde auf den Namen eines anderen, kraft eines Amtes irrigerweise für berechtigt hält,<sup>253a)</sup> nicht aber, wenn er irrigerweise glaubt, die gefälschte Urkunde sei keine Urkunde, falls er doch mit der Fälschung die Täuschung im Verkehre hervorbringen will, welche mit der Fälschung des fraglichen Schriftstücks nach seiner tatsächlichen, vom Angeklagten richtig erkannten Beschaffenheit gegeben ist.<sup>253b)</sup>

Ebenso ist es, wenn jemand betrügliche Manipulationen vorgenommen hat, aber geglaubt hat, damit noch nicht den Paragraphen über Betrug oder Untreue zu verfallen.

Daß nach allgemeinen Betrachtungen der Subsumtionsirrtum nicht weniger innere Schuld des Handelnden anzeigt, als die Unkenntnis oder der Irrtum über die Rechtsnorm selbst, dürfte auch klar sein. Wer glaubt, daß er das Recht habe, mit Einwilligung des zu Verletzenden diesem eine schwere Körperverletzung zuzufügen — etwa zum Zwecke medizinischer Versuche — verrät, daß er die genügende Achtung des körperlichen Wohles anderer nicht hat, in der gleichen Weise, wenn er den von der Körperverletzung handelnden Paragraphen des StGB. eingesehen und daraus einen falschen Schluß gezogen hat (bzw. wenn er dem Satze „*Volenti non fit injuria*“ diese

<sup>253a)</sup> Übereinstimmend RG. IV. 29./4. 84 Rs. 6 S. 323; RG. IV. 21./6. 92 E. 23 Nr. 56, bes. S. 184.

<sup>253b)</sup> Übereinstimmend im Ergebnis (Entschuldigung nicht angenommen) RG. II. 2./5. 82 E. 6 Nr. 89 S. 251. Die Hoffnung, daß der angebliche Aussteller der Urkunde die Ausstellung durch den Angeklagten später genehmigen werde, ist nicht Annahme einer zur Zeit der Ausstellung (Unterzeichnung) bereits bestehenden Berechtigung, sondern geht aus von der irrigen Annahme einer allgemeinen Befugnis auf Grund einer bloßen Hoffnung.

irriges strafausschließende Bedeutung beigemessen hat), wie wenn er überhaupt das StGB. nicht eingesehen hat, vielmehr einfach geglaubt hat, das sei erlaubt. Wer nachgesehen und in der Subsumtion geirrt hat, fürchtete sich nur mehr vor der Strafe; den Prinzipien, nach denen die Gesellschaft lebt, ist er nach seinem Charakter nicht mehr ergeben, als der andere; er ist am Ende — um hier auf eine recht moderne Theorie einzugehen — sozial nicht einmal weniger gefährlich; er möchte antisozial sein, und sucht nur die Strafe zu vermeiden. Man kann nur dann zu einem anderen Ergebnisse kommen, wenn man das Strafrecht auf die psychologische Abschreckung gründet oder das Wesen des Delikts in der Unbotmäßigkeit, in dem Ungehorsam erblickt; denn dann muß ganz besonders der Subsumtionsirrtum — dessen Unterscheidung von der einfachen Unkenntnis, wie gesagt, oft sehr problematisch ist — entschuldigen.

Ist diese Ausführung richtig, so begründet es auch keinen Unterschied, wenn etwa jemand, auf die unrichtige Auskunft eines Rechtsgelehrten vertrauend, das Gesetz verletzt hat. Ob eigenes oder fremdes Studium des Gesetzes den Irrtum veranlaßt hat, muß gleich sein. Die gegenteilige Ansicht würde einen in der Moral verworfenen Probabilismus in die Rechtswissenschaft einführen.<sup>254)</sup> Selbstverständlich verhält es sich aber anders, insofern ein wirkliches Rechtsverhältnis in Betracht kommt, von dessen Existenz oder Nichtexistenz die Strafbarkeit der Tat abhängt.

§ 217. Der Subsumtionsirrtum kann selbstverständlich auch auf einem tatsächlichen Irrtume beruhen,<sup>255)</sup> und daraus leiten Gegner der hier vertretenen Ansicht den Einwand ab, daß sich tatsächlicher und Rechtsirrtum gar nicht unterscheiden lasse,<sup>256)</sup> und zuweilen kann der Beurteiler freilich sich hierüber täuschen. Tatsächlich ist nun nicht nur das Sinnfällige; Tatsachen können

<sup>254)</sup> Die Meinung angesehener Rechtsgelehrten kann aber und muß unter Umständen dem Gerichte die Überzeugung beibringen, daß das Gesetz die dem Angeklagten günstige Deutung zulasse, und dann würde nach dem Interpretationsgrundsatz: „*In dubio benignius*“ der Angeklagte freizusprechen sein. Hier entschuldigt die Unklarheit des Gesetzes, nicht der Irrtum des Angeklagten.

<sup>255)</sup> Vgl. *Hälschner* I S. 259. — GS. 38, S. 264 ff. habe ich diese Möglichkeit als selbstverständlich vorausgesetzt. Das dort Gesagte bezieht sich nur auf den Subsumtionsirrtum insofern er Rechtsirrtum ist.

<sup>256)</sup> So *Ortloff* a. a. O. S. 87, Anm. 1.

auch sein nicht sinnlich wahrnehmbare Beziehungen von Personen und Sachen, insbesondere auch Absichten. Aber zutreffend dürfte die Definition sein: tatsächlich ist jeder Irrtum, der eine sinnliche Wahrnehmung oder eine Schlußfolgerung betrifft, bei der rechtliches Urteil nicht in Betracht kommt, z. B. die irrige Schlußfolgerung, daß jemand beabsichtige, einen Angriff auf mich zu unternehmen, wenn darunter z. B. nur die Absicht verstanden wird, daß der erhobene Stock im nächsten Augenblick mich treffen solle. Es ist aber nicht ein tatsächlicher Irrtum, wenn A darin einen Angriff im Sinne des § 53 StGB. erblickt, daß B den im Eisenbahnwagen freilich ordnungsmäßig mit einem Gepäckstück belegten Platz in des A Abwesenheit besetzt hat und nun diesen Platz zu räumen sich weigert.

§ 218. Dabei sind aber Ausschließungsgründe der Rechtswidrigkeit, mögen sie nun allgemeiner Art sein, wie Notwehr, Notstand, oder sich nur auf ein einzelnes Delikt beziehen, einer besonderen Behandlung nicht zu unterwerfen. Solche Ausschließungsgründe der Rechtswidrigkeit als negative Tatumstände zu charakterisieren, Umstände, welche nicht vorhanden sein dürfen, wenn die Tat strafbar sein soll, ist zwar möglich, aber unnötig und irreführend.<sup>257)</sup> Unnötig ist es, wenn damit erreicht werden soll, daß in Gemäßheit des § 59 des StGB. irrige Annahme eines solchen Umstandes den Vorsatz ausschließe: ein positiver Tatumstand ist eine Sachlage auch, die dem Handelnden z. B. das Recht der Notwehr gewährt, irreführend, wenn damit gesagt sein soll, daß die hier in Betracht kommenden allgemeinen (bei allen Delikten möglichen) Strafausschließungsgründe nur in ihrer Rechtswirkung als Ausnahmen von der an sich vorhandenen Rechtswidrigkeit der Handlung und nicht auch als Tatumstände im eigentlichen Sinne zu gelten haben, eine Verneinung, aus welcher dann der Schluß gezogen wurde, es verhalte sich bei einem Irrtum hierüber ebenso wie bei einem Irrtum über die Rechtswidrigkeit im allgemeinen, d. h. es schließe solcher Irrtum den Dolus nicht

<sup>257)</sup> Die Bezeichnung rührt von *Merkel* § 30 Nr. 2 her. Bei *Merkel* aber ist sie, wie seine Bemerkung über die Wirksamkeit des Irrtums zeigt, unschädlich. Vgl. gegen die Theorie der sog. negativen Tatumstände die ausführliche Erörterung bei *Kohlrausch* S. 59—72.

aus,<sup>258</sup>) während das Umgekehrte gelten soll, wenn das einzelne Strafgesetz, besonders die Rechtswidrigkeit der Handlung als Erfordernis der deliktischen Handlung hervorhebt.

Die irrige Annahme eines allgemeinen Ausschließungsgrundes der Rechtswidrigkeit, z. B. der Notwehr (Putativnotwehr), kann, wie bemerkt, auf einem tatsächlichen wie auf einem nicht zu beachtenden strafrechtlichen Irrtume beruhen und ebenso die irrige Annahme, nicht rechtswidrig zu handeln bei Hausfriedensbruch, bei der Freiheitsberaubung (§ 239) usw., ebenso der Irrtum, ob die Zustimmung des Verletzten die Strafbarkeit der Handlung ausschließe.<sup>259)</sup>

§ 219. Wenn das Gesetz die Strafbarkeit der Handlung des B davon abhängig macht,<sup>260)</sup> daß dieser von der Strafbarkeit der Handlung eines anderen oder davon Kenntnis hatte, daß diese Handlung in bestimmter Weise (als Vergehen oder Übertretung, als Diebstahl, Unterschlagung usw.) strafbar sei, so kann der Sinn jenes Gesetzes sein, daß auch bei der hier fraglichen Kenntnis die allgemeinen Grundsätze über den Irrtum in Betracht kommen sollen. Es kann aber auch der Sinn sein, daß B nur dann strafbar sein soll, wenn er die Strafbarkeit der Tat des A erkannt hat. Bei der sog. persönlichen Begünstigung, welche die Absicht fordert, die Bestrafung eines Schuldigen zu verhindern, muß das letztere angenommen werden. B ist also auch straffrei, wenn er auf Grund einer irrümlichen Nichtsubsumtion der Handlung des A unter das Strafgesetz oder unter einzelne in Betracht kommende Strafgesetze,<sup>261)</sup> die Handlung des A für straflos oder nur für eine

<sup>258</sup>) So *Liszt* § 40 I (vgl. § 41 I), der, weil die allgemeine rechtliche Beurteilung der Handlung durch den Handelnden nicht in Betracht kommt, daraus den Schluß zieht, es komme auf den Irrtum des Handelnden über die allgemeinen Tatbestandsmerkmale (die allgemeinen Ausschließungsgründe der Rechtswidrigkeit) überhaupt nicht an. Vgl. dagegen *Löffler, Grünhuts* Zeitschr. 20, S. 770ff., der aber auch das Prinzip noch nicht erfaßt hat, und ausgehend mehr von einer Wortinterpretation des § 59 viele Fälle richtig entscheidet, aber z. B. unrichtig sagt: „Wer blos zu helfen glaubt, könne nicht wegen Täterschaft verurteilt werden.“ Richtig im Ergebnisse: *Frank* § 59, II. 2.

<sup>259</sup>) Käme es etwa — wie der richtigen Ansicht nach bei leichten Körperverletzungen der Fall ist — auf das Lebensalter des Zustimmungenden an, so würde der Irrtum darüber allerdings wieder ein tatsächlicher sein.

<sup>260</sup>) Vgl. über solche Fälle *Kohlrausch* S. 164—171.

<sup>261</sup>) Bzw. auch nicht in dem höheren Grade des StGB. § 258, wenn er die Tat nicht für Unterschlagung sondern für Untreue hält. — Nach der Praxis des RG. ist der Begünstigte straflos, wenn er die Tat des Begünstigten nur für eine Übertretung hält.



Übertretung hält.<sup>262)</sup> Das Gegenteil wird richtig sein, wenn das Folgedelikt des B darin erblickt wird, daß er in einem das Vermögensrecht eines Dritten schädigenden Delikte nachgehend sich noch beteilige, und so auch seinerseits dieses Vermögensrecht verletze, wie dies für das Delikt der Partierei (StGB. § 258) nach richtiger Auffassung anzunehmen ist — denn diese Art der Beteiligung unterscheidet sich, was die Absicht der Verletzung des Rechtes des Dritten betrifft, in nichts von den übrigen Arten der Teilnahme an Verbrechen — es müssen also betreffs des Rechtsirrtums die allgemeinen Grundsätze entscheiden. Aus dem letzterwähnten Grunde ist das Wissen, das StGB. § 49a zur Strafbarkeit fordert, auch bei unrichtiger oder unterlassener Subsumtion dann vorhanden, wenn der auf Grund des § 49a Angeklagte nur die Elemente seiner Tat richtig erkannt hat.<sup>263)</sup> Das Delikt des § 49a ist in Wahrheit ein Teilnahmedelikt — Vorbereitungshandlung zur Teilnahme, bzw. Bereiterklärung zum Verbrechen selbst —, also Vorbereitungshandlung zu letzterem. Daß die Delikte des § 49a äußerlich als selbständige Delikte behandelt werden, kann ihre wahre Natur nicht ändern.

**§ 220.** Besondere Hervorhebung des Momentes der Rechtswidrigkeit im gesetzlichen Tatbestande eines Deliktes.

Unrichtig ist die mehrfach vertretene,<sup>264)</sup> aber besonders von *Kohlrausch* (S. 92 ff.) ausführlich widerlegte<sup>265)</sup> Ansicht, daß nach dem StGB. überall da, wo das Gesetz die Widerrechtlichkeit oder Rechtswidrigkeit der Handlung als besonderes Moment in den sog. Tatbestand des Deliktes aufgenommen habe, der strafrechtliche Irrtum entschuldige. In dem Wesen dieser Delikte ist dies nicht begründet; man kann vielmehr darin nur einen legislativen Hinweis erblicken, daß es, was

<sup>262)</sup> Bei gleicher Strafbarkeit, d. h. wenn beide Delikte, das irr tümlich angenommene und das wirklich begangene des anderen Vergehen sind, ist der Irrtum unerheblich. RG. I. 26./9. 81 E. 5 Nr. 7 S. 23. — Vgl. RG. II. 15./10. 86 Rs. 8 S. 621 (übrigens aber unten die Lehre von der Begünstigung). *Kohlrausch* S. 171 tadelt die angeführten Urteile; sie sind aber meines Erachtens zutreffend.

<sup>263)</sup> RG. II. 31./1. 90 E. 20 Nr. 71 S. 198.

<sup>264)</sup> Vgl. besonders v. *Liszt* § 41 Anm. 4 und die das. zitierten Autoren, z. B. *Heinemann* S. 118 ff. — *H. Meyer* hat in der 5. Aufl. § 24 Anm. 20 diese früher von ihm vertretene Ansicht ausdrücklich aufgegeben.

<sup>265)</sup> Vgl. aber auch schon *Lucas* S. 60, 61; *Kronecker*, GS. 38 S. 495.

diese Delikte betrifft, leicht Fälle geben könne, in welchen besondere Gründe die Handlung rechtfertigen; z. B. Verweilen in der Wohnung eines anderen, selbst gegen dessen Willen, wird als Hausfriedensbruch seitens des Vermieters nicht betrachtet werden können, wenn letzterer Grund hat anzunehmen, es sei ein Gasrohr in der Wohnung des Mieters schadhaft geworden und deshalb Gefahr einer Explosion vorhanden. *Stooss*<sup>266)</sup> hat es daher mit Recht als Frage lediglich technischer Zweckmäßigkeit bezeichnet, ob das Wort „rechtswidrig“ in den gesetzlichen Tatbestand aufzunehmen sei, und *Klee* S. 74 hat darauf aufmerksam gemacht, daß frühere Gesetzgebungen dieses Wort in den gesetzlichen Tatbestand mancher Delikte aufgenommen hatten, bei denen es jetzt weggelassen ist, ohne daß doch die Absicht bestand, damit eine sachliche Änderung herbeizuführen. Das RG. hat allerdings jenen (unrichtigen) Grundsatz mehrfach ausgesprochen,<sup>267)</sup> ihn aber keineswegs, wie *Kohlrausch* genauer nachweist, wirklich in dem Sinne angewendet, daß eine Freisprechung — und diese würde allein in Betracht kommen — lediglich auf den Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit gegründet wäre. Die wenigen in den Entscheidungen des RG. veröffentlichten Fälle der Freisprechung erscheinen vielmehr als Fälle, in denen ein nach Ansicht des RG. außerstrafrechtlicher Irrtum angenommen ist.<sup>268)</sup>

§ 221. Nicht zu beachten ist ein Irrtum des Handelnden über die eigene Zurechnungsfähigkeit. Nach dem Wortlaut des § 59 ist das ohne weiteres klar, denn die Zurechnungsfähigkeit des Handelnden selbst kann schwerlich als „Tatumstand“ gelten. Die prinzipielle Begründung aber ist, daß Zurechnungsfähigkeit im eigentlichen Sinne einen bestimmten Seelenzustand bezeichnet, der als solcher auch das Bewußtsein beherrscht, und über den daher der Handelnde selbst, wenn er auch nicht besonders daran denkt, niemals im Irrtum sich befinden kann. Freilich stellt unser Strafrecht, was die Zurechnungsfähigkeit der jugendlichen Personen betrifft, bis zu gewissen Altersgrenzen Präsumtionen auf, indem es einerseits bis

<sup>266)</sup> Zeitschr. f. schweizer. Strafr. 10 S. 368.

<sup>267)</sup> III. 20./10. 80 E. 3 Nr. 5 S. 10; IV. 13./5. 90, bes. S. 394.

<sup>268)</sup> Unrichtig z. B. in dem bereits oben besprochenen Falle IV. 26./3. 89 E. 19 Nr. 58 S. 207.

zum vollendeten 12. Lebensjahre die Zurechnungsfähigkeit absolut verneint, andererseits bis zum vollendeten 18. Lebensjahre verminderte Zurechnungsfähigkeit annimmt. Über das Zutreffen einer solchen *Praesumptio juris* ist ein Irrtum möglich, ein tatsächlicher, wenn z. B. ein durchtriebener junger Bursche irrtümlich annimmt, er befinde sich noch unter der Altersgrenze, mit welcher strafrechtliche Verantwortlichkeit überhaupt, oder volle strafrechtliche Verantwortlichkeit beginnt, ein rechtlicher, wenn er irrigerweise glaubt, Verantwortlichkeit beginne erst mit einer höheren Altersstufe. Aber weder in dem einen noch in dem anderen Falle ist ein Grund zur Schonung des Irrtums wegen vorhanden. Das Streben des Handelnden wird durch solchen Irrtum nicht minder verwerflich, nicht weniger Betätigung eines die Interessen anderer und der Rechtsordnung mißachtenden Charakters. Es ist ein Irrtum nicht über die Bedeutung der Handlung, sondern über die Straflosigkeit derselben auf Grund einer juristischen Präsumtion.

Der Irrtum, daß man in einem territorialen Gebiete sich befinde, in welchem die fragliche Handlung erlaubt sein würde, schließt den Dolus aus, wenn es sich um ein Ungehorsamsdelikt handelt, bei dem nur die wissentliche Übertretung bestraft wird; denn einen Ungehorsamsdolus kann jemand nur haben in Beziehung auf eine Rechtsordnung, die er für den fraglichen Fall als maßgebend ansieht, und dabei ist es gleich, ob der Irrtum auf falscher rechtlicher Beurteilung beruht oder rein tatsächlich ist. Wer glaubt, daß er sich im territorialen Bereiche des Staates A befindet, während er tatsächlich schon die Grenze des Staates B überschritten hat, begeht zur Zeit keine Zolldefraudation gegen den Staat B. Im übrigen kann jener Irrtum nicht in Betracht kommen. Der Staat, in welchem die Handlung wirklich begangen ist, muß diese als eine nach seinen Anschauungen verwerfliche (antisoziale) betrachten, und die abweichenden Anschauungen eines anderen Staates haben für ihn keine Bedeutung. Auch handelt es sich immer nur um allgemeine, von einer Rechtsordnung gewährte oder nicht gewährte Befugnisse, nicht um fälschlich angenommene Rechte oder Rechtsstellungen, aus denen dann die entsprechenden Befugnisse richtig abgeleitet würden. Die entgegengesetzte Ansicht würde endlich praktisch

sehr bedenklich sein. Wenn ein Ausländer glauben würde, an Bord eines fremden Passagierdampfers, aber innerhalb eines deutschen Hafens, an das deutsche Strafgesetz nicht gebunden zu sein, sollten wir ihn da straflos lassen, falls das Heimatsgesetz des fremden Schiffes die Handlung nicht bestraft?

Aberglaube muß — vorausgesetzt, daß eine wirkliche Überzeugung besteht — entschuldigen; wenn die im Aberglauben angenommenen Umstände, falls sie wirklich existierten, den Handelnden die Befugnis gewähren würden, so zu handeln, wie er gehandelt hat. So hat man in England Eltern als durch Irrtum entschuldigt angesehen, die davon überzeugt waren, durch Gebete ihr krankes Kind heilen zu können,<sup>269)</sup> während sie die Herbeiholung eines Arztes für Sünde erachteten, und in Nordamerika hat man einen Indianer freigesprochen, der einen anderen Indianer tötete, der gedroht hatte, des Angeklagten Frau auch von der Ferne her durch Zauberkünste zu töten. Aber man würde denjenigen zu verurteilen haben, der mittels Leichenschändung sich etwa ein Amulet als Schutz gegen Krankheiten usw. zu verschaffen beabsichtigte.

Das Gesetz kann — und das ist auch nach dem StGB. der Fall — die Strafbarkeit einer Handlung abhängig machen von einem Umstande, der außerhalb des zur Handlung gehörenden Kausalzusammenhanges liegen, ja lediglich der Tat oder dem Willen eines anderen angehören kann. Die Theorie bezeichnet solche Umstände passend als Bedingungen der Strafbarkeit.<sup>269b)</sup> Da sie mit dem Willen, dem Vorsatze nichts zu schaffen haben, so ist ein Irrtum des Schuldigen über die Nichtexistenz oder das demnächstige Nichteintreten einer derartigen Bedingung der Strafbarkeit ohne Bedeutung.<sup>269b)</sup> Das

<sup>269)</sup> *Bishop* I S. 305 Anm. Man hat aber dann in England sich veranlaßt gefunden, ein besonderes Strafgesetz zu erlassen (31 u. 32 Vict. c. 122, s. 37) gegen Eltern, welche vorsätzlich (*wilfully*) unterlassen, ihrem Kinde Nahrung, Kleidung, Wohnung oder ärztliche Hilfe zu verschaffen, wenn durch diese Unterlassung die Gesundheit des Kindes ernstlich geschädigt oder gefährdet ist.

<sup>269a)</sup> *Bishop* a. a. O.

<sup>269b)</sup> Z. B. Aufreizung zum Zweikampf ist nur strafbar, falls der Zweikampf stattgefunden hat, StGB. § 210. Unterlassene Anzeige eines bevorstehenden Verbrechens nur, wenn das Verbrechen oder dessen strafbarer Versuch stattgefunden hat, § 139. Vgl. *Liszt* § 44 III. Einzelne Fälle sind bestritten. Genaues Eingehen interessiert aber hier nicht. Es kommt für die Frage des Irrtums nur darauf an, daß diese Umstände als außerhalb des Willensbereichs des Schuldigen liegend angesehen werden.

gilt insbesondere von dem Strafantrage des Verletzten (vgl. unten). Jemand also, der, in der Meinung seinen Vater zu bestehlen, das einem Extraneus gehörige Geld nimmt, wird bestraft, ohne Rücksicht darauf, daß der Bestohlene einen Strafantrag nicht stellt, ja vielleicht geradezu die Bestrafung nicht wünscht.

Ob das gleiche zu gelten hat, wenn ein Aszendent, in der Meinung seinen Deszendenten zu bestehlen, in Wahrheit einen Extraneus bestiehlt, kann mit Rücksicht darauf, daß das Gesetz hier von Straflosigkeit spricht, fraglich erscheinen. Ich habe mich aber jetzt, entgegen meiner früheren Ansicht,<sup>270)</sup> nach den Ausführungen *Hälschners* (2 S. 307) und *Bindings* (Normen 2 S. 475) davon überzeugt, daß auch hier nur eine Bedingung der Strafbarkeit anzunehmen ist,<sup>271)</sup> und mit den Worten „bleibt straflos“ nur hat gesagt werden sollen, daß der bestohlene Deszendent keinen Strafantrag stellen soll.<sup>272)</sup> Indes kann in solchen Fällen Straflosigkeit im Falle jenes Irrtums, wie *Hälschner* bemerkt, gleichwohl eintreten, wenn der Handelnde voraussetzte, derjenige, den er für den Verletzten hielt, sei mit der Wegnahme einverstanden gewesen, und bei nahen verwandtschaftlichen Verhältnissen wird dies häufig nicht unwahrscheinlich sein.

§ 222. Zu den Fällen eines zu beachtenden Irrtums ist auch der Fall nicht zu rechnen,<sup>273)</sup> daß jemand bei richtig erkannter Sachlage und richtiger strafrechtlicher Beurteilung seiner Tat aus irgend welchen Gründen glaubt, sich über das Strafgesetz hinwegsetzen zu können, z. B. aus religiösen oder moralischen Gründen, oder weil er überhaupt (etwa als Anarchist die Gesetze nicht für verbindlich betrachtet usw., Rechtswahn)<sup>274)</sup> der Schuldige kennt hier das Recht und mißachtet es. Solche allgemeinen Ansichten über das Verhältnis von Recht und Moral und Religion gehören in das Gebiet der Motive, welche für den Begriff des Verbrechens unwesentlich sind.

<sup>270)</sup> GArch. 19 S. 650.

<sup>271)</sup> A. M.: *Merkel* in *Holtzendorffs* Hdb. 3 S. 711, 4 S. 416; *Schwarze* zu § 247 Anm. 18.

<sup>272)</sup> In diesem Sinne auch *Olshausen* zu § 247 Anm. 13.

<sup>273)</sup> Ich habe in dieser Beziehung meine frühere Ansicht aufgegeben, der zufolge auch hier Rechtsirrtum im gewöhnlichen Sinne vorliegen sollte. Richtig dagegen *Allfeld* S. 19.

<sup>274)</sup> Vgl. *Wächter*, Vorlesungen S. 169.

Die Rechtsordnung kann sie als Entschuldigung nicht betrachten, ohne die eigene Aufrechterhaltung den praktischen Konsequenzen der verkehrtesten und unsinnigsten Ansichten preiszugeben. Der letzte Grund ist freilich, daß, wenn die Rechtsordnung richtige Prinzipien in den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen richtig durchführt — und von dieser Annahme muß das Gesetz, muß der Richter ausgehen — derjenige, den seine individuelle Ansicht über das Verhältnis von Recht und Moral zu gesetzwidrigen Handlungen bestimmt, als Verächter der Rechtsordnung, daher als strafwürdig erscheinen muß. Man hat es übrigens nicht für nötig erachtet, eine Bestimmung darüber in das StGB. aufzunehmen.<sup>275)</sup>

§ 223. Die wirkliche, nicht die eingebildete Rechtsordnung, ist für die Beurteilung der Tat maßgebend. Die Betätigung eines der Rechtsordnung widerstrebenden Sinnes (eines antisozialen Charakters), einer Schlechtigkeit im Sinne des Gesetzes, liegt dann nicht vor, wenn die Elemente der Handlung, wie sie der Handelnde sich vorstellte, in ihrer Zusammenfassung richtig beurteilt eine nicht strafbare, eine (in diesem Sinne) nicht schlechte Handlung ergeben; ist dann das Strafgesetz richtig abgefaßt — und davon muß ausgegangen werden — so ist nach dem hier entscheidenden Volksbewußtsein die Strafwürdigkeit der Handlung selbst nicht immanent und kann ihr auch nicht durch irgend eine besondere Vorstellung des Handelnden gleichsam aufgedrückt werden.

Glaubt also jemand irrigerweise, seine in ihren Voraussetzungen und Zielen richtig aufgefaßte Tat sei ein Verbrechen (Wahnverbrechen, Putativdelikt), so wird er durch diese irrige Annahme nicht straffällig. Darüber ist man auch einig.<sup>276)</sup> Wer jemandem eine Sache geliehen hat und, weil der Entleiher sie auf Erfordern nicht zurückgibt, sie diesem heimlich

<sup>275)</sup> Wie früher die Gesetzbücher für Bayern (1843) Art. 39, Württemberg Art. 55, Hannover Art. 41 usw. auch noch Sachsen (1855) Art. 95 a. E.

<sup>276)</sup> Die Begründung läßt freilich zu wünschen übrig; denn wenn z. B. gesagt wird, der noch so energisch normwidrige Wille vermöge aus einer irrelevanten Handlung keine verbotene zu machen, oder das Strafrecht strafe nur, was wirklich verboten ist, nicht was irrtümlicherweise verboten erscheine (so *Finger* S. 441), so ist dies nur eine *Petitio principii*, und gerade nach *Bindings* von *Finger* adoptierter Normentheorie, der zufolge das Wesen des Delikts im Ungehorsam, in der Unbotmäßigkeit, wie *Binding* sagt, erblickt wird, könnte vielleicht das Gegenteil behauptet werden; denn ungehorsam wollte der Handelnde sein.

wegnimmt, begeht keinen Diebstahl, sollte er auch solche Wegnahme für Diebstahl halten. Mit diesem Falle aber ist nicht zu verwechseln der Fall, daß jemand die Voraussetzungen (Tatumstände seiner Handlung), insbesondere z. B. die rechtlichen Beziehungen (Eigenschaften des Objektes) seiner Handlung irrig auffaßt. Wie der Irrtum über solche Voraussetzungen, falls letztere die Handlung rechtfertigen, den Dolus ausschließt, so involviert er umgekehrt den Dolus, falls nach den irrig angenommenen Voraussetzungen die Befugnis zur Handlung fehlt, diese also das Bild einer strafrechtlich verbotenen Handlung, allerdings, da der Irrtum die Erreichung des Zieles hindert, einer nicht vollendeten Handlung, eines untauglichen Versuchs ergibt.

§ 224. Schließt ein Zweifel über die Rechtmäßigkeit der Handlung die Entschuldigung aus? Die Frage ist mehrfach mit Entschiedenheit zuungunsten des Handelnden beantwortet worden.<sup>278)</sup> Gerade die Zweifelhafteit, sagt *Köstlin*, fordere den Handelnden zur Bezähmung seines Kitzels auf. Handle er gleichwohl seinem subjektiven Meinen und Belieben gemäß, so liege kein Grund zur Entschuldigung vor wegen solcher, einen eventuellen Dolus (zum mindesten die höchste *Luxuria*) in sich schließenden Selbstüberhebung. Es ist aber unrichtig, denjenigen, der sich gar keine Bedenken macht und deshalb gegen das Gesetz verstößt, für weniger schuldig, oder, wenn man dies vorzieht, für der Rechtsordnung weniger gefährlich zu halten, als denjenigen, der reflektiert,<sup>279)</sup> und von Kitzel und Selbstüberhebung ist nicht immer zu sprechen. Insoweit dem Obigen zufolge der Rechtsirrtum überhaupt in Betracht kommt, wird bei solchem Zweifel vielmehr oft die unangenehme Aussicht vorhanden sein, den Schutz oder die Ausübung eines Rechts deshalb unterlassen zu müssen, weil möglicherweise das Recht an der Sache (gerade etwa an dieser Sache, die mit einer anderen verwechselt werden kann) nicht existiert, und da, wo es sich um Ausübung von Amtsbefugnissen handelt, kann der Beamte, wenn er im Zweifel, z. B. über seine örtliche Zuständigkeit, die Handlung unterläßt, sich gar einer

<sup>278)</sup> So von *Kleinschrod* 1 S. 269; *Luden*, Hdb. 1 S. 248 Anm.; besonders aber von *Köstlin* 1 S. 383.

<sup>279)</sup> Vgl. unten die Lehre von der Fahrlässigkeit.

Pflichtverletzung schuldig machen. Mit dem wirklichen Zweifel darf aber nicht das künstliche Aufsuchen von Gegengründen verwechselt werden, falls der Handelnde innerlich überzeugt ist, zu dem, was er tut, nicht berechtigt zu sein.

Da der Zweifel die Wirksamkeit des Irrtums nicht ausschließt, kann auch von einem *Dolus eventualis* nicht die Rede sein, selbst wenn man sonst den *Dolus eventualis* in dem gewöhnlichen Sinne für möglich halten sollte.<sup>280)</sup> Gerade da, wo es sich um Rechtsfragen handelt, läßt sich der *Dolus eventualis* mit größter Leichtigkeit in einen Angeschuldigten hinein-examinieren, und in dieser Weise sozusagen das Weiß in Schwarz verwandeln, namentlich bei der ersten Vernehmung eines unerfahrenen Beschuldigten, und dann kann nachher das „Geständnis“ in der Hauptverhandlung benutzt werden. Wer also mit Energie für die Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums eintritt, aber die Möglichkeit eines *Dolus eventualis* hier anerkennt, macht zum guten Teil den von ihm vertretenen Satz praktisch wieder unwirksam.

§ 225. Besteht eine dem Volksbewußtsein entsprechende Gesetzgebung,<sup>281)</sup> so wird auf dem Gebiete des eigentlich kriminellen Strafrechts bei moralisch entschuldbarem Rechtsirrtum kaum eine Verurteilung vorkommen, falls das oben vertretene Prinzip angenommen wird. Die Entschuldigung soll freilich nicht nach vagem, gewissermaßen wohlwollendem richterlichen Ermessen stattfinden, das bei jedem Gerichte verschieden gehandhabt werden kann. Nach den hier gegebenen Ausführungen besteht vielmehr für diese Entschuldbarkeit ein ziemlich sicheres Kennzeichen. Der Irrtum über Existenz oder Nichtexistenz vermeintlicher Rechte ist immer entschuldigend (sofern es sich

<sup>280)</sup> Das Urteil RG. III. 3./3. 84 E. 10 Nr. 73, bes. S. 236 basiert auf der Annahme, daß jeder Zweifel des Angekl. darüber, ob das erlegte Tier (ein Dachs) nicht doch jagdbar sei, einen *Dolus eventualis* enthalte. Auch *Allfeld* (S. 29) sagt: „Eventueller Dolus genügt natürlich auch in Ansehung der Normwidrigkeit der Handlung.“

<sup>281)</sup> Gegen verkehrte Gesetze wäre die Entschuldigung wegen Rechtsirrtum doch nur ein höchst unzureichendes und zugleich ungerechtes Auskunftsmittel; denn gegen verkehrte Gesetze zu sündigen, besteht ein gewisser natürlicher Antrieb; hier wäre der Gesetzkundige offenbar im Nachteil. Die Ausführungen von *Rosenberg*, *Zeitschr.* 23 S. 31 ff., über die Notwendigkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit in den Tatbestand aller Delikte aufzunehmen, stützen sich zum Teil auf die Fehlerhaftigkeit und Zweifelhaftigkeit einzelner Strafgesetze. Zu den verkehrten Strafgesetzen gehört auch der vielbesprochene § 1 Abs. 1 des sog. Sprengstoffgesetzes.



um Dolus handelt); der Irrtum über Befugnisse, die aus Rechten oder aus der Nichtexistenz von Rechten abgeleitet werden, entschuldigt nicht. Es ist der Nachweis unternommen worden, daß bei Innehaltung dieser Unterscheidung in der Tat die Gerechtigkeit gewahrt, nur eine wirklich strafwürdige Handlung und Person der Strafe verfallen wird.

Indes muß zugestanden werden, daß bei Polizeiübertretungen, sowie bei Verletzung von Steuer- und Zollgesetzen, das hier vertretene Unterscheidungsprinzip der Gerechtigkeit widersprechende Verurteilungen zu verhüten nicht vermag; denn bei dem mehr willkürlichen Inhalte jener Gesetze erscheint mehr oder weniger als das Essentielle des Deliktes der Ungehorsam, und dieser setzt Kenntnis des Verbots und Gebots voraus; eine Kenntnis, deren Besitz bei dem oft nur lokalen Herrschaftsgebiete von Polizeinormen in vielen Fällen weder vermutet noch ohne weiteres, z. B. von dem Ortsfremden, verlangt werden kann.<sup>282)</sup>

Hier also wird dem Richter freie Hand zu lassen und, *de lege ferenda*, der Satz gerechtfertigt sein,<sup>282)</sup> daß, wenn der Handelnde keine Veranlassung hatte, seine Handlung für eine unerlaubte zu halten, Freisprechung oder, wenn dies bei Steuer- und Zollkonventionen für bedenklich erachtet wird, nur eine geringe sog. Ordnungsstrafe eintrete.<sup>282a)</sup>

§ 226. Wenn aber auf dem Gebiete der Polizeiübertretungen dem Richter ein ziemlich freies Ermessen eingeräumt werden müßte, wäre es da nicht angemessen, dies freie Ermessen für das gesamte Strafrecht walten zu lassen, wie dies in der Tat nach § 57 des neuen norwegischen Strafgesetzbuches der Fall ist? (Das Gericht kann danach, wenn der Täter sich in einem Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Handlung befand, freisprechen oder die Strafe unter dem angedrohten Mindestmaße ansetzen.<sup>282b)</sup>

<sup>282)</sup> Drastische Beispiele aus der Praxis führt (Staatsanwalt) *Rosenberg*, Zeitschr. 22 S. 31 ff. an.

<sup>282a)</sup> Vgl. auch *Felisch* in den Verhandlungen der internat. kriminal. Vereinigung 7 S. 211 ff. Die Ermächtigung des Gerichts zum Freispruch würde Verurteilungen auf Grund völlig vergessener Polizeiverordnungen verhüten.

<sup>282b)</sup> Der schweizerische Vorentwurf von 1903 Art. 20 gibt im Falle des Rechtsirrtums nur ein fakultatives Milderungsrecht. Ich halte dies für eine wenig glückliche, halbe Maßregel. Die Fassung: „wer ein Verbrechen in dem Glauben begeht, er sei zu der Tat berechtigt, kann milder bestraft werden,“ ist m. E.

Ich möchte diese legislative Frage mit Entschiedenheit verneinend beantworten.

Eine derartige gesetzliche Bestimmung gestattet dem Richter in jedem einzelnen Falle wie die Entscheidung nach einem unbestimmten und vielleicht sogar wechselnden Gefühle, so auch die Entscheidung nach jeder beliebigen, möglicherweise auch der unreifsten Theorie. Dabei müssen jedenfalls in einem größeren Staate die größten Ungleichheiten in der Rechtsprechung sich ergeben, welche, abgesehen auch von dem dann leicht möglichen Vorwurfe unbewußt parteiischer Justiz, die Rechtspflege in der Volksmeinung herabzusetzen geeignet sind; und ist, wie gegenwärtig im Deutschen Reiche, der höchste Gerichtshof auf die Nachprüfung der reinen Rechtsfrage in den Urteilen der Gerichte beschränkt, so ergibt sich zugleich, daß solche Bestimmung die Frage des Rechtsirrtums der Judikatur des höchsten Gerichtshofs völlig entziehen muß. Aus letzterem Grunde würde völliges Schweigen des Gesetzes, welches der Praxis freie Hand lassen würde, immerhin vorzuziehen sein; eine Einwirkung des höchsten Gerichtshofs auf die Praxis wäre nicht ausgeschlossen.

Ein (von *Rosenberg*) gemachter Vorschlag geht dahin: „die Rechtswidrigkeit als Tatumstand“ (im Sinne des § 59 StGB.) zu behandeln, falls das Gesetz nicht ein anderes bestimmt, d. h. Rechtsirrtum jeder Art in der Regel als entschuldigend zu behandeln. Es ist aber ein Irrtum, diesen Satz deshalb als ungefährlich anzusehen, weil z. B. jeder Mörder, Totschläger die Rechtswidrigkeit seiner Handlung kenne, es ist dabei nicht berücksichtigt, daß bei allen Verbrechen die Frage der Ausschließung der Rechtswidrigkeit, z. B. durch Notwehr, eine sehr große Rolle spielt, und hier läßt sich keineswegs so ohne weiteres behaupten, daß jeder die richtige Grenze seiner Handlungsfreiheit kenne.<sup>283)</sup>

zudem stark fehlerhaft. Es würde nach dem Wortlaut nicht einmal derjenige völlig straffrei sein, der in dem Glauben, die eigene Sache zu nehmen, eine fremde Sache wegnehmen würde.

<sup>283)</sup> *Rosenberg* erblickt eine besondere Schwierigkeit einer Unterscheidung verschiedener Arten des Rechtsirrtums darin, daß der Richter festzustellen habe, in welchem Punkte, nach der Meinung des Angeklagten, dieser geirrt habe, während der Angeklagte selbst darüber sich unklar sei. Diese Schwierigkeit besteht praktisch kaum. Gewöhnlich wird der Angeklagte einfach behaupten, er habe zu der vorgenommenen Handlung sich für berechtigt oder sonst die Hand-

Zieht man nicht einfaches Schweigen des Gesetzes über den Rechtsirrtum vor, oder will man nicht mit einer Vorschrift,

lung für erlaubt gehalten. Es ist dann Sache des Richters (wobei die Verteidigung helfen wird), den nach Lage der Sache nicht unwahrscheinlichen, dem Angeklagten günstigsten Irrtum herauszufinden; denn in Wahrheit handelt es sich um die rechtliche Beurteilung der Handlung, und diese Beurteilung ist Sache des Richters. Nehmen wir folgende, in jener Beziehung von *Rosenberg* (S. 219) für besonders schwierig erachteten Fälle: 1. A hat vor 20 Jahren seine Ehefrau B verlassen und in Amerika eine andere Frau C geheiratet. Die B weiß, daß ihre Ehe nach deutschem Rechte fortbesteht, und daß Bigamie in Deutschland verboten ist. Sie ist jedoch der Meinung, daß in Amerika andere Gesetze gelten, und daß die zweite Ehe des A nach amerikanischem Rechte gültig sei. Sie glaubt nun, wenn es einem Ehegatten in Amerika gestattet sei, wieder zu heiraten, müßte das gleiche auch dem anderen Ehegatten in Deutschland gestattet sein. Sie schließt daher eine Ehe mit D. Ist der Irrtum der B ein Irrtum über das Strafgesetz oder nicht? M. E. würde die B, jenen an sich unwahrscheinlichen Irrtum vorausgesetzt (der von R. herangezogene Fall der reichsgerichtlichen Entscheidung E. 4 Nr. 16 S. 38 lag wesentlich anders), sich über den Fortbestand ihrer Ehe geirrt haben und also straflos sein. Wahrscheinlich wird der Fall nur unter der weiteren Annahme, daß A in Amerika eine Ehescheidung (wenn auch vielleicht unter Betrug) erlangt hatte, und dann würde selbst nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts die Straffreiheit der B auch ohne die Entschuldigung des Irrtums sich verteidigen lassen. 2. In einer Wirtschaft entsteht eine Schlägerei. Die Angreifer A, B, C, D schleudern Gläser und Flaschen gegen E und F. Letztere, in Lebensgefahr befindlich, werfen Tische um, zertrümmern Stühle und schlagen mit Stuhlbeinen auf A bis D los. Zum Schutze seines Eigentums feuert der Wirt mehrere Revolverschüsse auf die kämpfenden Parteien ab; durch diese Schüsse werden A und E verwundet (vgl. den übrigens etwas anders liegenden, durch RG. I. 5./5. 72 E. 23 Nr. 34 S. 116 entschiedenen Fall).

*Rosenberg* wirft folgende Fragen auf, welche seiner Meinung nach in Verlegenheit setzen, und damit die Mangelhaftigkeit jeder allgemeinen Theorie der Nichtberücksichtigung des Rechtsirrtums beweisen sollen. Der Wirt hat sich über die Grenzen der Notwehr allen sechs Personen gegenüber getäuscht. Hat er sich nur über die Grenzen der strafrechtlichen Notwehr oder über die Grenzen der zivilrechtlichen Notwehr geirrt? Oder hat er sich vielleicht über StGB. § 223<sup>a</sup> im Irrtum befunden? Der Wirt selbst werde diese Frage bei der größten Gewissenhaftigkeit kaum beantworten können, geschweige denn ein anderer, der nicht in die Seele des Wirtes hineinzusehen vermag. Die Entscheidung dürfte aber keineswegs so schwierig sein. Nimmt man an, daß zur Abwehr von Angriffen auf die (vielleicht nicht wertvollen) Eigentumsobjekte die scharfe Abwehr nicht gerechtfertigt war, so konnte es sich nur um einen nicht entschuldigenden Irrtum über Notwehrbefugnisse handeln. Nimmt man aber die Abwehr durch Schüsse gegen die Angreifer als gerechtfertigt an, so kommt es darauf an, ob auch gegen die im Notstande befindlichen und zur Abwehr das Eigentum des Wirts schädigenden Personen die Abwehr durch Revolverschüsse gerechtfertigt war. Nach StGB. § 904 muß nun ein wirkliches, der Abwehr nicht entgegen-gesetztes Notrecht der im Notstande befindlichen Personen angenommen werden. Der Wirt war also nicht berechtigt, auf diese Personen zu schießen. Er irrte sich über die aus seinem Eigentum abzuleitenden Befugnisse, und war bei solchem Irrtum nicht zu entschuldigen. Läßt sich nicht feststellen, ob er die im Notstande befindlichen E, F nur zufällig traf, während er auf die Angreifenden zielte, und hält man die Abwehr gegen diese für zulässig, so mußte nach der Regel „*In dubio pro reo*“ Freisprechung erfolgen.

Nachträglich mögen hier auch folgende Fälle betrachtet werden, in denen *Rosenberg*, wohl ohne genügenden Grund, ungerechtfertigte Kontraste in reichsgerichtlichen Entscheidungen erblickt. Wird angenommen, daß eine Züch-

wie sie § 5 b des österreichischen Entwurfs<sup>24)</sup> enthält, ungefähr die gegenwärtig vom deutschen Reichsgericht beobachtete Praxis sanktionieren, so würde etwa folgende Bestimmung vielleicht angemessen erscheinen:

„Ein Irrtum über das Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten Rechtes oder Rechtsverhältnisses, oder einer bestimmten rechtlichen Eigenschaft einer Person oder Sache schließt strafbaren Vorsatz aus, insoweit bei Annahme der Richtigkeit der Vorstellung des Handelnden die Handlung als erlaubt oder minder strafbar anzusehen wäre.

Ein Irrtum lediglich über allgemeine oder auch aus einem bestimmten Rechte, oder Rechtsverhältnisse, oder einer bestimmten rechtlichen Eigenschaft einer Person abzuleitende Befugnisse ist unerheblich. Jedoch kann das Gericht bei Übertretung von Polizei- und gewerblichen Vorschriften, insbesondere solchen, die nicht für das gesamte Gebiet des Deutschen Reiches gelten, oder wenn die Vorschrift von einem Ausländer übertreten ist, Rechtsirrtum und Unkenntnis des Gesetzes als entschuldigend behandeln, oder nach Umständen, sofern auch Fahrlässigkeit straffällig macht, die der Fahrlässigkeit angemessene Strafe aussprechen.

---

tigung, welche ein öffentlicher Lehrer einem Kinde erteilt hat, an sich betrachtet, das dem Lehrer rechtlich — etwa auch kraft Gewohnheitsrechtes — zustehende Züchtigungsrecht nicht überschreitet, wengleich die Aufsichtsbehörde die in dem fraglichen Falle angewandte Art der Züchtigung verboten hat, so handelt es sich bei Irrtum des Lehrers um das ihm kraft seiner Stellung zustehende Recht: *in abstracto* bestand das Recht, da die Aufsichtsbehörde diese Züchtigung zulassen konnte, und der Lehrer legte sich irrtümlich das Recht dieser Behörde bei; er ist also entschuldigt. Anders, wenn der Lehrer Sonntagsschüler prügelt und diesen gegenüber überhaupt kein Züchtigungsrecht besteht. Hier legt sich der Lehrer Befugnisse bei, die überhaupt niemandem zukommen. Ebenso wenn der Geistliche, der als Lehrer in der Volksschule züchtigen darf, in der Kirche als Seelsorger zu prügeln anfängt. Man wird aber auch vom moralischen Standpunkte ganz anders über den Lehrer urteilen, der ein von der Aufsichtsbehörde gemäßbilligtes Zuchtmittel anwendet, ohne dabei dem gezüchtigten Kinde eine erhebliche, unter allen Umständen unzulässige Körperverletzung zuzufügen, als über denjenigen, der erwachsene Personen in der Fortbildungsschule ohrfeigt, und über den Geistlichen, der als solcher während des Gottesdienstes in der Kirche zu Tätlichkeiten greift. (Vgl. einerseits RG. III. 14./4. 80 E. 2 Nr. 5, bes. S. 15, und I. 15./1. 1900 E. 33 Nr. 24, bes. S. 94, andererseits I. 7./1. 96 E. 28 Nr. 30 S. 85 und I. 1./2. 90 E. 28 Nr. 126 S. 371.)

<sup>24)</sup> „Mit der Unkenntnis oder irrigen Auffassung dieses Gesetzes kann sich niemand entschuldigen.“

Das Gesetz bestimmt, in welchen Fällen bei Unkenntnis oder Mißverständnis des Inhalts eines Gesetzes statt der sonst eintretenden Strafe auf Ordnungsstrafe zu erkennen ist.“

§ 226. Hat man zwei Arten des Vorsatzes in der Art zu unterscheiden, daß unter sonst gleichen Umständen den mit Überlegung (Prämeditation) gefaßten Vorsatz (*Dolus praemeditatus*) eine strengere Strafe, den ohne Überlegung (im Affekt) gefaßten Vorsatz (*Dolus repentinus* oder *Impetus*) eine geringere Strafe treffe? Die hergebrachte Ansicht bejaht die Frage, und darauf beruht insbesondere die heutige Unterscheidung von Mord und Totschlag. Auch haben die römischen Quellen mehrfach in Fällen des *Impetus* eine mildere Strafe<sup>284a)</sup> für angemessen erachtet. Man begründet diese Ansicht damit, daß bei dem *Impetus* die von der verbrecherischen Tat abhaltenden Vorstellungen der Sittlichkeit, des Rechts, der Klugheit, dem plötzlich auftauchenden überwältigenden Anreize zur Tat entgegenzuwirken nicht vermöchten, während die Überlegung das Gegenteil beweise. Man ist also der Ansicht, daß bei Überlegung die Tat mehr als das eigenste Produkt des Charakters gelten müsse, bei Handeln im Affekt, in der Übereilung dagegen zum Teil dem plötzlichen Anreize zuzuschreiben sei.<sup>285)</sup> Zeigt aber immer, wer auf einen ganz geringen, wenn auch plötzlichen, Anreiz z. B. einen anderen ohne weiteres schwer verletzt oder tötet — vorausgesetzt, daß dieser schwere Erfolg ihm wirklich zum Bewußtsein kam und erstrebt wurde — einen der Rechtsordnung weniger widerstrebenden, weniger schlechten Charakter, als derjenige, der zu der gleichen Tat unter schweren inneren Kämpfen sich entschließt. Man denke hier z. B. an eine Frau, die, ebenso wie ihre Kinder von ihrem Manne, der ein verworfenes Subjekt ist, fortwährend mißhandelt, da sie Scheidung oder Trennung vom Gerichte nicht erlangen konnte, endlich zu dem Entschlusse kommt, den Mann, der die ganze Familie ins Elend gebracht hat,

<sup>284a)</sup> I. 11 § 2 D. 48, 19: „*Delinquitur autem proposito aut impetu aut casu. Proposito delinquunt latrones, qui factionem habent, impetu autem cum per ebrietatem ad manum aut ad ferrum venitur . . .*“

<sup>285)</sup> So insbesondere auch *Liszt* § 83 I; ähnlich schon *Berner*, Imputationslehre S. 183; *Carrara* 1 S. 317 ff.

wenn er, wieder betrunken, heimkehrend zu Mißhandlungen schreiten sollte, mit dem Küchenbeile zu erschlagen. Ist umgekehrt der verschwenderisch lebende Kommissar, der eine plötzlich sich darbietende Gelegenheit zu einem Griff in die Kasse des Prinzipals ohne Zaudern benutzt, mehr zu entschuldigen, als der Familienvater, der in Not befindlich, nach langem Zaudern und schweren Herzens zu einer Unterschlagung sich entschließt? Könnte man nicht auch sagen, wer ohne Zaudern rechtswidrig handelt, habe erst recht einen der Rechtswidrigkeit, der Schlechtigkeit ergebenden Charakter, sei ein viel gefährlicherer Mensch, als wer lange überlegend zum Verbrechen schreitet? Ist nicht bei jenem mehr als bei diesem ein weiteres Verbrechen derselben oder ähnlicher Art zu befürchten?

§ 227. Meiner Ansicht nach muß die Wagschale fast zum Nachteil des ohne Zaudern zum Bösen sich Entschließenden sinken, und um so mehr, als Affekte oft Produkte lang gehegter Leidenschaften<sup>286)</sup> sind, z. B. jemand hat sich gewöhnt, bei geringen Anlässen zu Tätlichkeiten zu schreiten; er wird ein roher Geselle und begeht endlich im Zorn einen Totschlag.<sup>287)</sup> Oder jemand, der lange Zeit der Genußsucht gefröhnt hat, wird plötzlich zum Diebe. Die Überwindung schwerer äußerer Hindernisse, die Anwendung raffinierter Mittel zeigt dagegen eine größere Gefährlichkeit und zugleich größere Intensität des Dolus, wie denn das frühere gemeine Recht die sog. gefährlichen Diebstähle mit Rücksicht hierauf besonders schwer bestrafte,<sup>288)</sup> während dabei auf längere Überlegung kein Gewicht gelegt wurde.<sup>289)</sup> Andererseits scheint mehr Entschuldigung zu verdienen, wer lediglich einem besonders starken, plötzlich auftauchenden Anreize nachgegeben hat, so daß gewissermaßen der Urteiler sich sagt: „Da hättest du selbst, wenn du

<sup>286)</sup> Vgl. in diesem Sinne *Alimena, Imputabilité* 3 S. 263; auch *Zachariä*, *GArch.* 2 S. 308 führt ein schlagendes Beispiel an, wo lang gehegte Leidenschaft (Haß) schließlich zum Affekt führt.

<sup>287)</sup> Z. B. der Raufbold A ärgert sich, daß B auf dem Tanzboden mit einem bestimmten Mädchen tanzt, das ihm, dem A, einen Tanz verweigert hat. Ohne Zaudern, aber ohne trunken zu sein, holt er ein Küchenmesser und stößt es dem B in den Unterleib.

<sup>288)</sup> Wesentlich auch, freilich nicht völlig entsprechend, *StGB.* § 243.

<sup>289)</sup> Wer blind auf das Ziel, ohne Rücksicht auf die ihm selbst drohende Gefahr, losstürzt, hat doch einen recht intensiven Dolus und ist ebenso gefährlich, wie der, der in überlegter Weise auch für die eigene Sicherheit bei einem verbrecherischen Unternehmen sorgt.

nicht sehr auf der Hut gewesen wärest, dich hinreißen lassen können.“<sup>290)</sup> Die bald eintretende Reue pflegt dann anzuzeigen, daß wirklich „ein fremder Tropfen im Blute“ wirkte. Daher ist, wer auf schwere Beleidigung hin im Zorn sich vergangen hat, weniger strafbar.

Die unüberlegte, aber wirklich vorsätzlich auf den schließlichen Erfolg gerichtete<sup>291)</sup> Handlung ist also dann mehr entschuldbar, wenn entweder ein besonders großer Widerstand gegen die Versuchung erfordert wurde, oder aber die Handlung aus einem Motiv hervorging, das an sich als ein rechtlich (sozial) zu billigendes anzusehen ist; das ist der Fall bei gerechtem Zorne;<sup>292)</sup> denn unser gesamtes Strafrecht stellt in seiner ursprünglichen Wurzel nichts anderes dar als den Zorn, die Rache der Gesellschaft und selbst der einzelnen gegenüber dem Unrecht.

Erwägt man nun außerdem, daß Überlegung und Affekt häufig verbunden vorkommen,<sup>293)</sup> so wird man schwerlich dem letzteren im Gegensatz zum ersteren eine allgemein strafmildernde Wirkung beimessen, noch weniger aber, worauf es hier ankommt, in dem *Impetus* — dem Handeln ohne Überlegung — eine Art eines mit *Culpa* gemischten *Dolus* erblicken

<sup>290)</sup> Befand der Schuldige sich schon ohnehin in einem Zustande der Aufregung, so kann um so eher diese mildere Beurteilung gerecht sein, daher spricht die Anm. 284 zitierte Stelle auch von *Impetus* und dessen milderer Bestrafung im Falle der Trunkenheit.

<sup>291)</sup> Geht der Affekt so weit, daß der Handelnde den schließlichen Erfolg, z. B. den Tod der von ihm angegriffenen Person, gar nicht mehr klar vor Augen sieht, so fehlt es insoweit am Vorsatze. In diesen Fällen ist allerdings eine Konkurrenz von *Dolus* und *Culpa* — nicht aber eine besondere Schuldart — anzunehmen. Die Unterscheidung beider Fälle ist in der Praxis oft schwierig und nach dem Grundsatz „*In dubio mitius*“ wird meist faktisch die im Affekte begangene Handlung milder zu behandeln sein. So kommt es leicht in Tötungsfällen nur zur Verurteilung wegen Körperverletzung mit tödlichem Erfolge. — Auch jene ersteren Fälle werden von *Cicero* (*De invent.* II, 5) zum *Impetus* gerechnet: „*Impulsio est, quae sine cogitatione per quamdam affectionem animi facere aliquid hortatur, ut amor, iracundia, aegritudo, vinolentia et omnino omnia, in quibus animus ita videtur affectus fuisse, ut rem perspicere cum consilio et cura non potuerit et id, quod fecit, impetu quodam animi potius, quam cogitatione fecerit*“ wie denn überhaupt der „*Impetus*“ bei den Römern einen einheitlichen Begriff — den Mangel der Überlegung — gar nicht darstellt. Vgl. *Allfeld*, Die Entwicklung des Begriffes Mord bis zur Carolina (1871) S. 14 ff. — *Köstlin* wirft ebenso die verschiedenen Fälle durcheinander und baut darauf eine einheitliche Theorie.

<sup>292)</sup> *Iustus dolor* vgl. schon L. 1 § 5 D. 48, 8; L. 38 § 8 D. 48, 5; L. 3 § 3 D. 29, 5; L. 4 C. 9, 9 und dazu *Rein* S. 210; *Clarus* § fin. qu. 60 n. 18; *Carpov* (*Iusta ira*) qu. 147 n. 55.

<sup>293)</sup> *Zachariä* a. a. O. S. 307, 308.

können, welchen die Gesetzgebung durch besondere mildere Strafsätze privilegieren müßte, wie dies z. B. *Köstlin* auf Grund einer ungenügenden psychologischen Erwägung<sup>294)</sup> und unter unrichtiger Auffassung der geschichtlichen Tatsachen<sup>295)</sup> allerdings für richtig hielt. Es ist ein Irrweg, den nach dem Vorgange des *Code penal* art. 296—298 mit vielen anderen Gesetzgebungen die deutsche Gesetzgebung<sup>296)</sup> 297) eingeschlagen hat, wenn sie Mord und Totschlag, lediglich je nach der Ausführung der Tat, mit oder ohne Überlegung unterscheidet, und im Morde, im Gegensatz zum Totschlag, ohne mildernde Umstände zuzulassen, stets ein todeswürdiges Verbrechen erblickt.<sup>298)</sup> Indes kann diese Frage hier nicht weiter verfolgt werden. Sie gehört in ihren weiteren Konsequenzen zu der Lehre von der Strafzumessung (bzw. Strafmilderung).

**§ 228. Fahrlässigkeit.** Auf einer Stufe geschichtlicher Entwicklung, welche Strafrecht und Zivilrecht noch nicht oder nur erst unvollkommen getrennt hat, ist auch für das Strafrecht der Gesichtspunkt eines dem Verletzten zukommenden, wenngleich oft sehr reichlich bemessenen und daher in Privatstrafe übergehenden Schadensersatzes maßgebend. Dabei ist es der Natur der Sache nach unwesentlich, ob die Verletzung absicht-

<sup>294)</sup> N. Rev. S. 306 ff.

<sup>295)</sup> System I S. 189.

<sup>296)</sup> *Alimena* 3 S. 265. — Daß der Unterschied, welchen die deutsche Gesetzgebung zwischen Mord und Totschlag macht, der Gerechtigkeit nicht entspricht, hat *Holtendorff*, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, bes. S. 242—255 ff. schlagend nachgewiesen. Auch nach CCC. § 137 ist keineswegs die Überlegung das allein entscheidende Kennzeichen des Mordes im Gegensatz zum Totschlag; es wird vielmehr auf besondere Gemeinheit des Motivs oder der Ausführung (z. B. mit Vertrauensbruch) Gewicht gelegt, da die CCC. von dem hergebrachten Begriffe des Mordes nicht abweichen und dolose, aber minder schwere Tötung als Totschlag gelinder strafen will. Vgl. insbes. *Kress* in CCC, § 137; *Boehmer* das. § 12 a. E. §§ 14 ff. und neuerdings *Allfeld* in der Anm. 291 zitierten Schrift S. 92 ff.

<sup>297)</sup> Im englisch-nordamerikanischen Recht ist zwar nach alten Statuten *murder* definiert als Tötung "*with malice afore thought*". In der Praxis ist aber dieser Unterschied längst als unhaltbar aufgegeben und in Wahrheit *murder* dolose Tötung, ja vielfach (nach strengem Rechte) selbst nur lebensgefährliche, den Tod eines Menschen herbeiführende Handlung unter gewissen erschwerenden Umständen, vgl. *Wharton* 1 § 303 und *Bishop* 1 §§ 429, 600. Auch hat die *Préméditation* (*premeditazione*) bei dem Verbrechen der Tötung weder im jetzigen französischen Rechte noch im italienischen GB. (vgl. Art. 364 ff.) eine so tief einschneidende Bedeutung wie im deutschen StGB.

<sup>298)</sup> Im Sinne des Textes bezüglich der *legislativ* verkehrten Unterscheidung unseres StGB. von Mord und Totschlag insbesondere *Liszt*, Vergleichende Darstellung, bes. Teil 5 S. 63 ff.



lich oder nur fahrlässig, durch Mangel gehöriger Aufmerksamkeit, durch unbedachtes oder nicht genügend bedachtes Handeln herbeigeführt wurde — Schaden hat ja der Verletzte in dem einen wie in dem anderen Falle erlitten — und kindischer oder, wie wir auch sagen können, barbarischer Sinn wird oft durch unabsichtliche und selbst zufällige Verletzung, bei der ein Mensch lediglich im natürlichen, nicht im rechtlichen Sinne als mitwirkend beteiligt war (*Casus*), sich ebenso beleidigt, zur Sühne berechtigt fühlen, wie durch absichtliche Kränkung.

Im ältesten Strafrecht finden wir daher oft absichtliche und nicht absichtliche Verletzung gleich behandelt. Da allerdings, wo der einzelne nicht, vielmehr das Gemeinwesen als solches verletzt oder gefährdet erscheint, macht nur die Absicht straffällig.

So ist im römischen Rechte<sup>299)</sup> ursprünglich Dolus und Culpa<sup>300)</sup> von gleicher Bedeutung bei den Privatdelikten,<sup>301)</sup> während die öffentlichen Delikte noch zur Zeit der sog. *Quaestiones perpetuae* nur dolos begangen werden können.<sup>302)</sup> In der späteren Zeit allerdings werden einzelne besonders gemeinschädliche kulpose Handlungen mit öffentlicher Strafe geahndet, so z. B. Brandstiftung, Tötung, Grenzverrückung,<sup>303)</sup> jedoch wohl nur, wenn die Fahrlässigkeit eine besonders schwere war, und als *Lascivia* oder *Luxuria* bezeichnet werden konnte. Wenn es früher kaum Freie gab, von denen Schadensersatz nicht zu erlangen war, für Sklaven aber der Herr jedenfalls

<sup>299)</sup> Vgl. *Löffler* S. 29—31, 92, 93. Ob noch nach den XII Tafeln, erscheint mir trotz *Gellius*, N. A. XX, 1 doch zweifelhaft.

<sup>300)</sup> Culpa (= Verfehlung, vgl. *Mommsen* S. 88) bezeichnet bei den Römern zuweilen überhaupt die Schuld mit Einschluß des Dolus. Eine Definition findet sich in L. 31 D. 9, 2: „*culpam autem esse, quod cum a diligente provideri possit, non esset provisum*“. Andere Ausdrücke für Culpa sind: *imprudenter, imprudens facere, negligentia, ignorantia, involuntarie, non data opera, improvisio*. — Höhere Grade der Culpa werden als *Petulantia, Luxuria*, oder *Lascivia* bezeichnet, = Mutwillen ohne Überlegung der Folgen. *Rein* S. 158.

<sup>301)</sup> Ausnahmen bei denjenigen Delikten, welche in ihrer strafbarsten Form der weitgehendsten Privatrache unterlegen hatten, so beim *Furtum*. *Gaj.* III, 17. Vgl. *Geib* S. 250.

<sup>302)</sup> L. 7 D. *ad. leg. Corn. de sic.* 48, 8. Vgl. *Mommsen* S. 88, 89.

<sup>303)</sup> L. 9 D. *de incend.* 47, 9; L. 1 § 3, 4 D. 48, 8; L. 2 *i. f. D. de term. mot.* 47, 21; L. 3 § 1 D. 1, 15. *Binding* weist in den oben S. 273 erwähnten Programmen nach, daß in gewissen Fällen nicht schwerster Culpa nur wer dem Beschädigten Ersatz nicht leisten konnte, öffentlich bestraft wurde.

bis zur *Noxae deditio* haftete, so verlangte nunmehr die allgemeine Sicherheit hauptsächlich der vielen vermögenslosen Personen wegen strafrechtliches Einschreiten auch gegen gewisse kulpose Schädigungen, und wahr ist es ja und konnte dem Scharfblick der römischen Juristen nicht entgehen, daß manche Fälle kulposer Beschädigung durch im Übermut begangene Handlung in der Strafwürdigkeit sich der dolosen Schädigung nähern.

Im Kompositionensystem des älteren deutschen Rechts wird ebenfalls zwischen doloser und kulposer Schädigung nicht unterschieden, nur daß letztere schon ziemlich früh nicht als Friedbruch galt und deshalb der *Fredus* auch dabei nicht entrichtet wurde (vgl. *Bar*, Geschichte S. 54ff.). An diesem Grundsatz der Nichtanwendung öffentlicher Strafe bei nur fahrlässiger Verletzung, während viele dolose Verletzungen bereits öffentliche Leibes- oder Lebensstrafe nach sich ziehen, hält im späteren Mittelalter<sup>304)</sup> der Sachsenspiegel II, 38 fest; dagegen bestrafen der Schwabenspiegel (Art. 182—184) und mehrere ihm folgende Rechtsquellen, in unrichtiger Weise dem Talionsgedanken nachgehend, auch kulpose Tötung mit dem Tode.<sup>305)</sup> Daß Fahrlässigkeit und Zufall nicht immer streng unterschieden wurden, entspricht der Natur der damaligen Entwicklungsstufe des Strafrechts.<sup>305a)</sup>

§ 229. Während die italienische Jurisprudenz des Mittelalters, wie oben gezeigt wurde, die meist unterschiedslos für ein Faktum statutarisch angedrohten strengen Strafen auf doloses Handeln zu beschränken suchte, hier freilich manche Fälle als einheitlich-dolose Handlungen auffassend, die richtiger nur als Konkurrenzfälle von Dolus und Culpa betrachtet werden, stellte sie andererseits den Satz auf, daß, sofern die besondere Natur des einzelnen Deliktes nicht der Annahme einer

<sup>304)</sup> Vgl. *John*, Strafrecht in Norddeutschland 1 S. 12 ff., 41 ff. Das fahrlässige Handeln wird mit „warlose“ bezeichnet. Zuweilen kommt allerdings neben der Verpflichtung zum Schadensersatz auch Zahlung einer „Gewedde“ vor, das im Falle der Zahlungsunfähigkeit in Freiheitsstrafe verwandelt wird, oder sonstige arbiträre (geringe) Strafe. Besonders strenge ist wohl (in den Städten) die fahrlässige Brandstiftung behandelt worden.

<sup>305)</sup> Indes war die Praxis vielfach doch weit milder. Vgl. *Osenbrüggen*, D. alemannische Strafr. S. 140ff. *Knapp*, D. alte Nürnberger Kriminalrecht S. 24.

<sup>305a)</sup> Später, wohl unter dem Einfluß der Juristen abgefaßte Statuten bestrafen fahrlässige Tötungen und Verwundungen allerdings bedeutend milder. Vgl. *Kohler*, D. Strafr. d. italienischen Statuten S. 204 ff.

auch kulposen Begehung widerstreite, die kulpose Begehung ebenfalls, indes milder zu bestrafen sei.<sup>306)</sup> Aber schließlich stellt doch *Clarus* (§ fin. qu. 84 n. 1) mit großer Bestimmtheit fest, daß *Poenae criminales* (zu welchen er alle *corporales* und die *Infamia* rechnet) nur im Falle eines Dolus zulässig seien.

Die CCC.,<sup>306a)</sup> welche als ein vollständiges Gesetzbuch nicht anzusehen, vielmehr aus der herrschenden Lehre der Italiener zu ergänzen ist, enthält selbstverständlich keinen allgemeinen Ausspruch über die Bestrafung der Culpa. Nur die kulpose Tötung wird in mehreren Artikeln (134 Tötung durch Ungeschick oder mangelhafte Kenntnis eines Arztes, 136 Tötung durch ein dem Schuldigen gehöriges Tier; 146 Tötung durch den Barbier beim Rasieren, durch den Schützen beim Scheibenschießen) behandelt und hier, was auch mit der Ansicht der Italiener im allgemeinen übereinstimmt, der Casus von der Culpa richtig geschieden. Die Hervorhebung des „zimlich unverbotten werck“ bei der Annahme eines die Verantwortlichkeit ausschließenden bloßen Zufalls im Art. 146 erinnert dabei gegensätzlich an das „*Versari in re licita*“ der Italiener, das in der kanonistisch<sup>307)</sup> gefärbten Lehre von *Baldus*<sup>308)</sup> und *Durantis*<sup>309)</sup> eine so bedeutende Rolle spielte.

Späterhin ist von reiner Culpa überhaupt selten mehr die Rede. In fast allen Fällen einer erheblichen Bestrafung, die bei *Carpsov* erwähnt und gebilligt werden, hat der Schuldige ein doloses Delikt begangen, wenngleich ein leichteres, an das eine schwerere Folge sich anheftet, die man ihm als Culpa anrechnet, und zwar so, daß jenes dolose Delikt dabei übersehen wird.<sup>310)</sup> Nur beim *Incendium*<sup>311)</sup> und wenn der Schuldige

<sup>306)</sup> Vgl. z. B. *Gandinus, Rubr. de homic. n. 19, 20*, und darüber *Hölschner*, Syst. I S. 156; *Engelmann* S. 224. *Aretinus Rubr. Scienter dolose* wollte unterscheiden: bei *Actus in personam* sollte Culpa nicht strafbar sein, wohl aber bei *Actus in rem (turbare possessionem)*. Richtiger *Baldus* in leg. 20 C. de furtis n. 1, der Bestrafung wegen Culpa will, „*ubi animus non est de substantia delicti*“.

<sup>306a)</sup> Das fahrlässige Handeln wird hier bezeichnet mit den Ausdrücken: unfürsetzlich, ungeverlich (= warlos), wider Willen, mit Unfleiß, aus Unkunst, leichtfertiglich, verwegentlich, aus Geilheit.

<sup>307)</sup> Vgl. über das kanon. Recht: *Engelmann* S. 210.

<sup>308)</sup> *Practica judic. qu. 9 f. 44*.

<sup>309)</sup> *Speculum I. partic. 1 de dispensat. § 4 n. 45*.

<sup>310)</sup> Vgl. *Carpsov*, Pr. qu. 27 n. 34: schwere Mißhandlungen, die den Tod der mißhandelten Person herbeiführen; vgl. auch das. qu. 39 n. 36 einen Fall, in welchem ein auf Körperverletzung gerichteter, wenn auch unüberlegter, Dolus kaum zweifelhaft sein kann.

<sup>311)</sup> *Carpsov*, Pr. qu. 39 n. 27 ff.

Schadensersatz nicht zahlen konnte, wurde auch geringere Fahrlässigkeit bestraft.

§ 230. Die deutsche Literatur ist für die Theorie der Fahrlässigkeit bis zum Ende des 18. Jahrhunderts ohne Ertrag. Die Italiener hatten eingehend erörtert, inwiefern Grade der Culpa auch strafrechtlich in Betracht zu ziehen seien; die deutschen Schriftsteller entscheiden einfach nach praktischem Takte, im Ergebnisse freilich oft treffend. Fahrlässigkeit begründet, wie später öfter gesagt wird, nur ein Quasidelikt,<sup>312)</sup> dessen Wesen genau zu ergründen wenig Interesse darzubieten schien. Erst die am Ende des 18. Jahrhunderts erwachende Strafrechtsphilosophie sucht das Wesen der Fahrlässigkeit tiefer zu ergründen.<sup>312a)</sup> Da sie das Verbrechen als Willensschuld auffaßt, erwächst so das Problem, zu erklären, wie es denn gerechtfertigt sei, jemanden zu strafen, der nicht den Vorsatz (die Absicht) hat, einen schädlichen Erfolg herbeizuführen, ein Problem, das von den früheren Italienern<sup>313)</sup> nur *Baldus* und *Decianus* in Kürze zu lösen versucht hatten.<sup>313a)</sup>

Man sprach hier von einem negativ bösen Willen; bei dem fahrlässig Handelnden sei ein Mangel des guten Vorsatzes vorhanden, die zur Vermeidung gesetzwidriger Handlungen erforderliche Fähigkeit und Aufmerksamkeit auszubilden oder anzustrengen,<sup>314)</sup> und *Feuerbach*,<sup>315)</sup> dem vom Standpunkte der Theorie des psychologischen Zwanges die Begründung der Strafbarkeit der Culpa besonders schwer fallen mußte, bemühte sich, den hierzu erforderlichen positiv bösen Willen in der Fahrlässigkeit zu entdecken und gegen die Auffassung der

<sup>312)</sup> So *Lauterbach*, *Collegium theoretico-practicum* 47, 1 und später *Engau* § 51.

<sup>312a)</sup> Die Bezeichnung der fahrlässigen Handlung als „*Actio, quae defectu rectitudinis vincibili laborat*“ (vgl. z. B. *Nettelbladt-Gläntzer* § 4, *Koch* § 12) war nur eine Definition, nicht eine Begründung der Bestrafung. Das österreich. Recht rechnet seit dem Gesetzbuche Josephs II. (§ 4, vgl. GB. v. 1803/52) nur dolose Handlungen zu den Verbrechen; kulpose Delikte sind danach höchstens schwere Polizeübertretungen. Da aber auch diese Polizeübertretungen von den Gerichten abgeurteilt werden, ist jene Auffassung nur für das Strafmaß von Bedeutung.

<sup>313)</sup> Vgl. *Engelmann* S. 185, 193, 196.

<sup>313a)</sup> Nach *Baldus* ist der Wille schuldhaft, weil die Fähigkeit, den Sachverhalt zu erkennen, nicht gehörig angewendet wurde; ähnlich *Decianus* I. c. 6 c. 20.

<sup>314)</sup> *Klein* § 120 und Arch. d. Cr. 1799, II S. 61.

<sup>315)</sup> Bibliothek f. d. peinl. Rechtsw. 2 St. 1 S. 228.

Fahrlässigkeitsdelikte als bloßer Scheinverbrechen (Quasidelikte) polemisierend, die Fahrlässigkeit als dem Gebiete des wirklichen strafbaren Unrechts angehörig nachzuweisen. Er teilte zu diesem Zwecke die fahrlässige Handlung in zwei Teile. Im Verhältnis zu dem schädlichen Erfolge selbst sei der Wille nur negativ böß, aber positiv böß in bezug auf die Handlungen, aus denen der schädliche Erfolg hervorgehe; denn solche sollten unterlassen werden, und dieses Verbot werde wissentlich übertreten.

Diese Begründung ist jedenfalls weniger befriedigend, als die kurze Bemerkung *Kleins*. Will man auch davon absehen, daß nach *Feuerbach* der fahrlässig Handelnde eine doppelte Schuld trägt, eine negative und eine positive, während dem dolos Handelnden nur eine einfache Schuld (die positive) trifft, daß also ersterer der Konsequenz nach vielleicht strafbarer wäre als letzterer, so läßt *Feuerbachs* erste Theorie die sog. unbewußte Culpa, die *Kleins* Bemerkung über die unterlassene Ausbildung der erforderlichen Fähigkeit mit umfaßte, völlig unberücksichtigt. Anders ist daher die Begründung in *Feuerbachs* Lehrbuch. Hier drängt sich die Berücksichtigung auch der unbewußten Culpa auf, und so wird denn kurzerhand eine allgemeine Verpflichtung angenommen, alles dasjenige zu vermeiden, wodurch man Ursache von Verbrechen werden kann,<sup>316)</sup> eine Begründung, die viel zu weit führt, da hiernach in jedem Strafgesetze gegen eine dolose Handlung auch ein Strafgesetz gegen die nur fahrlässige, im übrigen aber äußerlich identische Handlung liegen würde.

§ 231. *Harscher v. Almendingen*, wie oben gezeigt worden, die sog. bewußte Fahrlässigkeit dem Gebiete des Dolus zuweisend,<sup>317)</sup> erklärte dagegen mit Bestimmtheit<sup>318)</sup> (und an und für sich durchaus richtig), es gebe keinen Irrtum, den man, kraft des Willens (im Augenblick des Handelns) vermeiden könne: jeder Akt des Erkenntnisvermögens sei unwillkürlich, folglich

<sup>316)</sup> Ebenso nehmen z. B. *Grolmann* § 47 und *Meister, Principia* (1828) § 38 eine solche allgemeine Verpflichtung an. *Grolmann* war in dem Aufsätze Bibliothek d. peinl. Rechtswissenschaft I 1 S. 28 der richtigen Lösung näher gewesen, indem er dem Fahrlässigen nur Mangel an Freundschaft für das Gesetz zur Last legte. *Klein*, N. Arch. d. Cr. 1824 S. 54 sprach dann auch von einem Fehlen der nötigen Achtung vor dem Gesetze.

<sup>317)</sup> Vgl. darüber außerdem unten.

<sup>318)</sup> Unters. über d. kulposen Verbr. S. 55.

die Fahrlässigkeit nur ein Fehler des Verstandes. Er verschloß sich aber damit, da der Zusammenhang des Irrtums mit der Charakterbildung übersehen wurde, den Weg, eine Bestrafung zu begründen. Mit Recht polemisiert *Almendingen* indes gegen die Möglichkeit, die Bestrafung der unbewußten Culpa mit der *Feuerbachschen* Abschreckungstheorie zu vereinigen, indem er zugleich auf den Widersinn aufmerksam macht, daß der Gesetzgeber, sollte hier die Abschreckungstheorie angewendet werden, konsequent gerade da, wo nur stark angespannte Aufmerksamkeit den Erfolg vorhersehen konnte, als Gegenmotiv die schwere Strafe androhen müßte.

Trotz dieser Polemik ist aber *Almendingens* Rechtfertigung der Bestrafung der Fahrlässigkeit nichts anderes als eine Anwendung der psychologischen Zwangstheorie. Indem wir durch Schaden klug werden, sagt *Almendingen*, lernen wir den Zusammenhang der Dinge kennen und unsere Aufmerksamkeit anwenden. Weshalb straft also der Gesetzgeber die Fahrlässigkeit? Aus keinem anderen Grunde, als weil wir noch in weiterem Umfange klug werden und nun auch den andere treffenden Schaden vermeiden sollen. Die solchergestalt zu verhängenden Strafen sind freilich nach *Almendingen* „Erziehungsmittel“ (S. 92).

Das Ergebnis der mit vielen Phrasen ausgestatteten Schrift *Almendingens* ist also recht einfach: Bestrafung von Fahrlässigkeiten ist — was niemand bestreiten kann — nützlich (wenigstens in gewissem Umfange); das Problem zu ergründen, wie sich dies mit der Gerechtigkeit vereinigen lasse, die eine Willensschuld verlangt, aber wird umgangen.

Die meisten<sup>319)</sup> begnügten sich nun einfach, gegen das unbefriedigende Ergebnis ohne weiteren Beweis gleichwohl den Satz aufrecht zu erhalten, daß die Culpa doch auch ein negativ böser Wille sei, da die Pflicht zur Aufmerksamkeit verletzt werde.<sup>320)</sup>

Dagegen setzte *Schulzes*<sup>321)</sup> Theorie tiefer ein. Die Spontaneität des menschlichen Geistes, sagt *Schulze*, äußere sich

<sup>319)</sup> Wenn sie nicht, wie z. B. *Tittmann* 1 § 102 und *Rossi* 2 S. 203, die Bestrafung der Fahrlässigkeit ohne weiteres als selbstverständlich betrachteten.

<sup>320)</sup> So *Wächter*, Lehrb. § 72 Anm. 56; *Jarcke* 1 S. 202.

<sup>321)</sup> Leitfaden zur Entwicklung der philosophischen Principien d. bürgerl. und peinl. Rechts (1819) S. 369.

nirgends mehr, als in der durch das Interesse erregten Aufmerksamkeit. Der Mangel an Aufmerksamkeit, der das Wesen der Culpa ausmache, zeige also mangelndes Interesse und Nichtachtung des Guten, und dieselbe Auffassung findet sich unter Berufung auf *Fichtes* Sittenlehre auch bei *Berner*.<sup>322)</sup>

Andere erblickten einen positiv bösen Willen in jeder Handlung, mit der kausal ein rechtsverletzender Erfolg sich verbindet. Fahrlässig handelt, wer handelt trotz der Vorstellung, daß mit dieser Handlung jener Erfolg sich verbinden könne, und auch wer handelt, ohne überzeugt zu sein, daß solcher Kausalzusammenhang nicht stattfindet,<sup>323)</sup> eine Ansicht, welche die Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit viel zu weit erstreckt, da viele im Leben notwendige Handlungen ohne ein gewisses Risiko unmöglich sind. *Stübel*<sup>324)</sup> endlich erblickte, hierin schärfer sehend,<sup>325)</sup> das Wesen der Culpa in dem Vorsatze, eine gefährliche Handlung vorzunehmen. Überwiegend aber erklärte man sich dagegen, die fahrlässigen Verletzungen als Polizeübertretungen zu behandeln,<sup>326)</sup> als welche sie nach den früheren in Deutschland geltenden Zuständigkeitsnormen auch der Aburteilung durch die Polizeibehörden hätten überwiesen werden müssen.

§ 232. Es war und blieb aber Täuschung, auch die sogenannte unbewußte Fahrlässigkeit auf den Willen im gewöhnlichen Sinne zurückführen zu können; denn alle Argumente, dahingehend, daß eine allgemeine Pflicht zur Aufmerksamkeit bestehe, und daß es ein Willensfehler sei, wenn der Handelnde von der ihm innewohnenden Intelligenz keinen Gebrauch mache,<sup>327)</sup> passen nur auf die bewußte Culpa: es kann niemand die Gefährlichkeit einer Handlung einsehen wollen, die ihm nicht bewußt ist. Und die Annahme, daß jemand, der fahrlässig handle, allemal rücksichtslos handle,<sup>328)</sup> verdeckt den hier gemachten Trugschluß nur; denn es kann jemand die Absicht haben, sehr rücksichtsvoll gegen andere seine Handlungs-

<sup>322)</sup> Imputationslehre S. 230.

<sup>323)</sup> So ungefähr *Aebegg* § 85, besonders scharf aber *Luden*, Hdb. 1 § 38. Vgl. auch *Köstlin*, N. Revision S. 304 ff.; System S. 165.

<sup>324)</sup> Vgl. System 2 § 296.

<sup>325)</sup> N. Arch. d. Kr. 1826 S. 236 ff.

<sup>326)</sup> Vgl. besonders *Stübel* a. a. O. S. 275 ff.; *Berner* S. 231.

<sup>327)</sup> In diesem Sinne *Hälschner* 1 S. 311.

<sup>328)</sup> So z. B. *Launmasch*, Grundriß S. 26.

weise einzurichten, und doch im entscheidenden Augenblicke einer Fahrlässigkeit sich schuldig machen, weil er vergeblich oder zerstreut ist.

Daher fehlte es auch bis auf die neueste Zeit nicht an Vertretung der Ansicht, daß die Bestrafung der Culpa überhaupt von einer wirklichen Schuld absehe, vielmehr lediglich auf praktische Notwendigkeit sich gründe, und ein vollkommen konsequenter Determinismus kann auch diese letztere Begründung als durchaus ausreichend ansehen.<sup>329)</sup> Ohne weitere Begründung wird in der Culpa eine Willensschuld gefunden von *H. Meyer*<sup>330)</sup> (§ 26, 1), ebenso von *Liszt* (§ 42), der, hier Willensschuld und Verstandesfehler unterscheidend, beides für die Annahme einer Fahrlässigkeit fordert.<sup>331)</sup>

Nicht zu lösen ist die Schwierigkeit<sup>332)</sup> durch die Annahme eines fundamentalen Unterschiedes zwischen bewußter und unbewußter Culpa, etwa so, daß bei ersterer, nicht aber bei letzterer die Frage der Gerechtigkeit noch zu berücksichtigen, die Strafe der unbewußten Culpa also lediglich eine Zweckmäßigkeitsstrafe wäre. Kann dieser Unterschied auch psychologisch begründet werden, so ist er doch strafrechtlich nicht zulässig, wie unten gezeigt werden wird.

§ 233. Die Lösung<sup>333)</sup> wird vielmehr nur folgende sein können. Die unbewußte Fahrlässigkeit beruht auf mangelhafter

<sup>329)</sup> So glaubt *Zerbst*, Arch. d. Cr. 1856 S. 214 ff., auf Zurückführung der Fahrlässigkeit auf den Willen verzichten zu müssen; er verweist daher die Fahrlässigkeitsdelikte in das Gebiet der Sicherheitspolizei; vgl. auch *Herts* (1880) S. 162 ff.

<sup>330)</sup> So auch *Carrara* 1 § 125.

<sup>331)</sup> *Liszt* sagt nur: Nichtanspannung der Aufmerksamkeit sei im Sinne der herrschenden Terminologie Willensschuld. — Über die im Texte berührte Zerteilung der Willens- und Verstandesschuld vgl. noch unten.

<sup>332)</sup> *Binding*, obschon ein energischer Vertreter des Indeterminismus, bedurfte (Normen 2 S. 116 ff.), ausgehend von der Annahme eines unbewußten Willens (d. h. von der Ansicht, daß man in Wahrheit jede Folge einer Handlung auch als gewollt sich anrechnen lassen muß), ebenfalls keiner besonderen Rechtfertigung der Strafe der Culpa. Aber selbst ein so begeisterter Anhänger der Normentheorie wie *Herts* (vgl. bes. S. 17) hat gegen solchen unbewußten rechtswidrigen Willen polemisiert (S. 155 ff.), und *Bruck* (S. 3 ff.), der sich *Binding* angeschlossen hat, dürfte kaum eine Stütze der *Binding*schen Theorie geliefert haben.

<sup>333)</sup> Die von *Aristoteles* (Große Ethik 1 c. 34, Nikomach. Ethik 3 c. 7, 10) (vgl. darüber *Löning* S. 219 ff., S. 271) gegebene (von *Pufendorff*, *de Jure Nat.* I c. 5 § 10 kurzer Hand adoptierte) Lösung, der zufolge unwissentlich zugefügte Verletzungen dem Menschen dann angerechnet werden sollen, wenn er selbst Ursache der Unwissenheit war — nicht wenn er kraft unveränderlicher Naturanlage



Bildung des Charakters, der nicht daran gewöhnt, dazu erzogen ist, die Folgen des Handelns so zu erwägen, daß Schädigungen anderer vermieden werden. Es wird gleichsam halbblind, also rücksichtslos gehandelt. Irgend ein auch nur indirekter Wille, andere zu schädigen, ist nicht vorhanden. Aber der ungenügend erzogene Charakter schädigt vermöge seiner Rücksichtslosigkeit unbewußt durch eine zu anderen Zwecken unternommene Handlung schuldvoll. Die Strafe der unbewußten Fahrlässigkeit ist also im Grunde eine Charakterstrafe, zwar nicht unmittelbar des Charakters, wohl aber, wie es einem allgemeinen strafrechtlichen Prinzipie entspricht, der Betätigung eines un-erzogenen, rücksichtslosen Charakters, eine Strafe dafür, daß das Individuum sich nicht besser zum Wissen und zur Aufmerksamkeit erzogen hat, und nach diesem Gesichtspunkte müßte man in letzter Konsequenz dazu gelangen, die Fahrlässigkeit ohne Rücksicht auf einen wirklich eingetretenen Schaden als gefährliche Handlung zu strafen.<sup>334)</sup>

Dem wäre aber vom Standpunkt des Handelnden aus zu erwidern, daß, wenn in Wirklichkeit ein Schaden nicht eintrat, der Handelnde den Kausalzusammenhang doch tatsächlich richtig und besser beurteilte als der strenge Beurteiler, und wenn man bedenkt, wie glücklicherweise unzählige Unvorsichtigkeiten im menschlichen Leben vorkommen, ohne nennenswerten Schaden zu verursachen, so wäre in der allgemeinen Bestrafung der gefährlichen Handlung als solcher der Strafjustiz eine Aufgabe gestellt, die sie tatsächlich nicht bewältigen könnte, an der sie vielmehr Schiffbruch leiden und zugrunde gehen müßte — zugrunde gehen schon der zu leicht unrichti-

---

zur Anwendung von Sorgfalt nicht imstande war —, nimmt den richtigen Ausgangspunkt, kommt aber deshalb nicht zu einem befriedigenden Ergebnisse, weil die Schwächen und andererseits die Bedürfnisse menschlicher Beurteilung und Gerechtigkeit nicht berücksichtigt werden. So bleibt man dabei stehen, praktisch nur die in Trunkenheit unwissentlich begangenen Handlungen zu erörtern; wie es mit anderen fahrlässigen Handlungen stehe, erfährt man nicht, da jene Charakterfrage im einzelnen Falle wirklich zu beantworten über die menschliche Beurteilungskraft hinausgeht. Auch ist die unwissentliche Übertretung eines Verbots nur dann als Fahrlässigkeit aufzufassen, wenn das Wesen des Deliktes als Ungehorsam angesehen wird, nicht als Verstoß gegen immanente ethische Grundsätze, oder wenn es sich um einen Irrtum über Rechte oder Tatsachen, nicht um daraus abgeleitete Befugnisse handelt. Beispiele der Übertretung nicht gekannter Verbote bei *Cicero, De inventione* 2 c. 31 an.

334) Vgl. die oben zu Anm. 326 angeführte Ansicht *Stübels*.

gen Beurteilung und des dadurch erregten allgemeinen Widerwillens wegen. Dazu kommt aber auch (vgl. Geschichte S. 313), daß der Eindruck einer ohne Schaden ablaufenden Unvorsichtigkeit regelmäßig rasch verschwindet, so daß die schwerfällige öffentliche Mißbilligung durch die Strafe dazu in keinem Verhältnisse stehen würde, in Wahrheit überflüssig und auch deshalb schädlich sein würde.<sup>335)</sup>

Nur da, wo die gefährliche Handlung ein Gefühl des Schreckens in weiteren Kreisen oder in ganz ungewöhnlicher Art erregt, und in anderen Ausnahmefällen kann es richtig sein, die Erregung der Gefahr als solche, ohne Rücksicht auf wirklichen Schaden zu bestrafen, z. B. bei Gefährdung eines Eisenbahntransports, Verursachung einer Überschwemmung, Inbrandsetzen von Gebäuden usw.

Allerdings enthält jene von einem ausnahmsweise eintretenden Erfolge abhängige Bestrafung eine Ungerechtigkeit: durch den Zufall — man kann nicht anders sagen — werden einzelne Handlungen herausgegriffen, während unzählige andere frei ausgehen. Aber die Fahrlässigkeit gänzlich straflos zu lassen, würde nicht angehen. Handelte es sich nur um solche Schuldige, die vollen Schadensersatz leisten könnten, so würde die Straflosigkeit noch erträglich sein; denn die oft recht empfindliche Verpflichtung zum Schadensersatz kann, obschon in ihrer juristischen Konstruktion zum Teil verschieden, doch unter Umständen und in gewissem beschränkten Umfange die Strafe in ihrer sozialen Funktion ersetzen.<sup>336)</sup>

Es können aber auch Fälle von Rücksichtslosigkeit mit schweren Folgen in der Art sich ereignen, daß selbst die volle

335) Art. 68 des schweizer. Vorentwurfs „Wer einen Menschen wissentlich und gewissenlos in unmittelbare Gefahr für das Leben oder in schwere Gefahr für die Gesundheit bringt, wird mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder mit Gefängnis bestraft“ . . . ist daher ein arger gesetzgeberischer Mißgriff, der, wenn er wirklich Gesetz werden sollte, hoffentlich infolge des gesunden Sinnes der Praxis regelmäßig der Nichtbeachtung anheimfallen würde. Was kann unter jenen Paragraphen nicht alles gezogen werden?

336) Die soziale Funktion der Verpflichtung zum Schadensersatz und die in gewissem Umfange doch auch vorhandene Gleichheit selbst der juristischen Konstruktion jener Verpflichtung und der Strafe wird übersehen von *Binding*, Normen (2. Aufl. I S. 433). Daß das sogenannte Veranlassungsprinzip im Gegensatz zum Schuldprinzip bei der Verpflichtung zum Schadensersatz keineswegs überall einen Fortschritt darstellt, kann hier nicht ausgeführt werden; man empfindet aber den in dieser Beziehung bei der Schadensersatzpflicht des Tierhalters im BGB. gemachten Fehler wohl jetzt schon mehr und mehr.

Ersatzleistung dem Rechtsgeföhle nicht genügen würde, und endlich verlangt die allgemeine Sicherheit zuweilen eine energische Repression in einer Zeit wie die unsrige, die gewaltige Naturkräfte in den Dienst der Menschheit stellt, bei denen entsetzliche Massenwirkungen durch verkehrtes und sorgloses Funktionieren auch nur untergeordneter Faktoren herbeigeföhrt werden können.<sup>337)</sup>

Indes begeht das Gesetz, indem es solcherweise die Fälle schädlichen Erfolges herausgreift, eine zweite Ungerechtigkeit, da es annimmt, jeder Zurechnungsfähige sei auch imstande gewesen, seinem Charakter die erforderliche Ausbildung in der Aufmerksamkeit und Berechnung des Kausalzusammenhangs zu geben. Das wird nicht immer zutreffen;<sup>338)</sup> es ist aber, Zurechnungsfähigkeit vorausgesetzt, das Gegenteil nicht festzustellen, wie überhaupt die Annahme, daß jeder die Bildung seines Charakters in letzter Linie selbst bestimme, ein notgedrungenes Axiom des relativen Indeterminismus ist. Wollte das Strafrecht diese Annahme verwerfen oder darüber Beweis zulassen, so müßte es auf die Bestrafung verzichten. Die menschliche Gerechtigkeit ist eben nicht die göttliche und absolute. Aber aus jenen Erwägungen folgt, daß die Bestrafung der Fahrlässigkeit — bei der am Ende jeder eher als bei Betrachtung eines dolosen Verbrechens sich sagen muß: „Das könnte in einem unbewachten Augenblicke dir selbst begegnen“ — sich in recht mäßigen Grenzen halten muß, in Ansehung sowohl der Strafmaße wie der Anforderungen an Aufmerksamkeit und Vorsicht.<sup>339)</sup> Man darf endlich nur verhältnismäßig wenige Fälle strafen, und zwar nur solche, in denen die Fahrlässigkeit zu einem merklichen äußeren Schaden geführt hat. Gewisse Ausnahmen sind freilich vorzubehalten, die später in Betracht gezogen werden sollen.

Freilich ist es abstrakt denkbar, daß das Gesetz den äußeren Tatbestand aller Delikte auch bei Fehlen eines schädlichen Erfolges, aber vorliegender Fahrlässigkeit für strafbar erklären

<sup>337)</sup> Daraus erklärt sich die größere Beachtung und strengere Beurteilung der Fahrlässigkeit in unserer Zeit im Gegensatz zum XVIII. Jahrhundert.

<sup>338)</sup> Die Differenzen wären hier der Rechts Sache nach weit schwerer festzustellen als da, wo es sich um diejenige sittliche Charakterbildung handelt, durch welche die Begehung doloser Verbrechen verhütet wird.

<sup>339)</sup> Über die ersteren beiden Punkte noch unten.

würde.<sup>340)</sup> Aber dann wäre eine Unzahl von Bestrafungen die Folge und damit würde die Justiz sich selbst Ansehen und Wirksamkeit rauben. Nur bei einem nicht fühlbaren Schaden ist lediglich auf den Titel dieser Schadenszufügung eine Bestrafung möglich; der Schaden braucht freilich nicht im absoluten Sinne sinnfällig zu sein. So kann das Entweichen eines Gefangenen, die Vollstreckung einer ungesetzlichen Strafe als ein der Rechtsordnung, im letzten Falle auch als ein dem Bestraften selbst zugefügter Schaden mit Grund angesehen werden.<sup>341)</sup>

§ 234. Abgesehen aber von der besonders zu untersuchenden Frage, ob Unkenntnis des Rechts oder Rechtsirrtum eine Bestrafung wegen fahrlässigen Deliktes begründe, ist für die Frage, ob Fahrlässigkeit vorliege, zunächst entscheidend die Art und Weise, wie der Kausalzusammenhang sich in der Seele des Handelnden spiegelte oder, gehörige Selbsterziehung des Charakters zur Sorgfalt im Handeln vorausgesetzt, sich gespiegelt haben müßte. Wo ein Kausalzusammenhang im rechtlichen Sinne nicht vorhanden ist, kann auch von einer Culpa nicht die Rede sein. Ebenso wie beim Dolus kann aber auch hier bei der bewußten Culpa der Handelnde (oder da, wo gehandelt werden mußte, der Untätige)

---

<sup>340)</sup> So freilich *H. Meyer* (§ 26, 3), der eine Bestrafung der Fahrlässigkeits-handlungen in mehr umfassender Weise befürwortet, die Beispiele aber dafür, daß man, wie er sich ausdrückt, von einem äußeren Erfolge (?) absehen müsse, wenig glücklich wählt. So wird ja fahrlässige Annahme einer Notwehr, eines Notstandes gar nicht auf den Titel mangelnder Notwehr oder mangelnden Notstandes, sondern auf den Titel der unberechtigt zugefügten Verletzung gestraft, die Bestrafung des fahrlässig falsch geleisteten Eides (der fahrlässig falsch abgegebenen Versicherung an Eides statt) ist aber legislativ recht problematisch, und daß es zweckmäßig wäre, kulpöse Bigamie und kulpöse Widersetzung gegen die Obrigkeit zu strafen, werden wohl nicht viele mit *H. Meyer* anzunehmen geneigt sein. Die unnatürliche Erweiterung der letzteren Delikte, die in der Praxis hervorgetreten ist, beruht meines Erachtens auf der landläufigen Theorie des *Dolus eventualis*. Es sind im wahren Sinne nicht nur „äußere“ Gründe, die der Culpa im Strafrecht nur ein enges Gebiet zuweisen.

<sup>341)</sup> Nach dem StGB. gehören hierher: die Tötung (§ 222), die Körperverletzung (§§ 230, 232), die Brandstiftung (§ 309) und die sonstigen gemeingefährlichen Delikte (§§ 314, 316, 318, 320, 326, 329), der Meineid und die falsche eidesstattliche Versicherung (§ 163), das Entweichenlassen von Gefangenen (§§ 21, 347), die unrichtige Strafvollstreckung (§ 343), nicht aber der richtigen Anricht nach die Sachhehlerei (§ 259) (vgl. unten) und die strafbaren Nichtanzeigen gewisser (von anderen) geplanter Verbrechen (§ 139). Über die Bestrafung der Fahrlässigkeit nach Nebengesetzen und im Übertretungsfalle vgl. unten.

schärfer gesehen haben als zunächst der dritte Beurteiler, und dann entscheidet die schärfere, weiterreichende Gestaltung des Kausalzusammenhanges, wie sie der Handelnde erblickte. Das werden bei der Fahrlässigkeit aber nur sehr seltene Fälle sein; in der Regel wird der Angeklagte behaupten, daß er den späterhin durch den schädlichen Erfolg klar gewordenen Kausalzusammenhang nicht erkannt habe und auch nicht habe erkennen können.

Es ergibt sich aber daraus, daß für die Fahrlässigkeit nicht der Kausalzusammenhang selbst im rechtlichen Sinne, vielmehr dessen Spiegelbild in der Seele des Individuums maßgebend ist. Dabei entscheidet, sofern es auf das nomologische Wissenmüssen ankommt, insbesondere auf sachverständige Beurteilung, nicht das durch Zuziehung von Sachverständigen aufgeklärte Wissen des Richters, sondern das in den meisten Fällen geringere nomologische Wissen des Handelnden selbst, dies allerdings, wenn die folgenden Ausführungen richtig sind, in dem Maße, wie man es bei einem verständigen Menschen zur Zeit der Handlung voraussetzen durfte. Hier begegnet uns also eine oft erhebliche Differenz der Feststellung des Kausalzusammenhanges einer- und der Fahrlässigkeit andererseits. Wenn z. B. die Kenntnis, daß ein gewisser Stoff, indem er sich zersetzt, Brand und Explosion verursacht, noch nicht allgemein im Publikum verbreitet ist, so kann, wenn jemand jenen Stoff lagern läßt, ohne die nötigen besonderen Vorsichtsmaßnahmen anzuwenden, zwar bei entstehender Explosion von Kausalzusammenhang dieser Explosion mit der Handlung des Aufbewahrenden, nicht aber ohne weiteres von Fahrlässigkeit gesprochen werden.

Ist nun für die Fahrlässigkeit die individuelle geistige Fähigkeit — selbstverständlich wie sie in dem entscheidenden Zeitpunkte der Tätigkeit oder Untätigkeit vorhanden war — maßgebend oder muß hier ein objektiver — nach den Bedürfnissen der Rechtsordnung (Rechtssicherheit) zu bestimmender Maßstab zur Anwendung kommen?<sup>342)</sup> Die Entscheidung ist meines Erachtens schon durch das oben Gesagte in letzterem

<sup>342)</sup> Eigentümlicherweise fehlt die Erörterung dieser Frage in der älteren italienischen Jurisprudenz. Sie taucht erst im XIX. Jahrhundert mit Bestimmtheit auf.

Sinne gegeben.<sup>343)</sup> Die Frage, ob jemand etwas nach individueller geistiger Veranlagung genügend vorhersehen konnte, ist genau betrachtet unlösbar; entscheiden kann man nur, ob er es vorhergesehen hat; denn sah er es nicht vorher, so konnte er nach Maßgabe seiner Individualität es auch nicht vorhersehen.<sup>343a)</sup> Sagt man, er hätte sich mehr anstrengen müssen, um den Kausalzusammenhang gehörig zu erfassen, so liegt darin schon eine objektive Beurteilung, und nun frage man sich, was wollen die Anhänger der individuellen Beurteilung berücksichtigen? Wollen sie nur die ursprüngliche Anlage des Individuums berücksichtigen, nicht aber seine spätere mangelhafte Charakter- und intellektuelle Ausbildung, so stoßen sie auf das im einzelnen Falle unlösbare Problem, wieviel von geistigen Eigenschaften ursprünglicher Anlage, wieviel späteren Einflüssen, wieviel der Selbsterziehung (hier mangelhafter Selbsterziehung) zuzuschreiben ist. Wollen sie aber die Individualität berücksichtigen, wie sie zur Zeit der Tat ausgebildet bestand, so sind Vorhersehenkönnen oder Vorhersehenmüssen identisch mit dem wirklichen Vorhersehen, und dies ist bei unbewußter Fahrlässigkeit ausgeschlossen.<sup>343b)</sup> Will man aber mit der Beurteilung der Indivi-

<sup>343)</sup> Dafür insbesondere: *Wächter*, Vorles. S. 163, 164; *Berner* § 71; *Schütze* S. 121; *Wahlberg*, Ges. kleine Schriften 3 S. 110 (auch in *Grünhuts Zeitschr.* 5 S. 65ff. enthalten: das Maß und der mittlere Mensch); *Merkel* S. 87 und neuerdings *Liepmann* S. 146. Es ist damit aber nicht gesagt, daß schon die Vernachlässigung gerade der Sorgfalt und Vorsicht eines *diligens pater familias* auch strafrechtlich verantwortlich machen müsse.

Für die Beurteilung nach der geistigen Individualität v. *Buri*, Kausalität S. 11; *Köstlin* 1 S. 172; *Geib* 2 S. 262; *Hälschner* 1 S. 314; *Geyer*, Grundriß S. 116; *Olshausen* § 59 A. 17; *Frank* § 59, VI, 1; besonders auch die gegen meinen Aufsatz in *Grünhuts Zeitschr.* polemisierende Dissertation von *Eccard* S. 48ff. Auch RG. I. 2./12. 80 E. 3 Nr. 78 S. 208; II. 9./10. 91 E. 22 Nr. 48, bes. S. 165. Wie sich die über den Beweis urteilende untere Instanz mit der Anforderung eines höchsten Gerichts abfinden mag, das Einsehenkönnen oder Vorhersehenkönnen aus seitens des Angeklagten nach Maßgabe der Individualität des letzteren festzustellen, ist mir nicht recht klar. Den Worten nach kann man freilich solcher Anforderung leicht genügen, und mit der betreffenden Negation ist die Strafsache daher immer in unangreifbarer Weise abgetan.

<sup>343a)</sup> Man kann genau ebensowenig etwas vorhersehen, was man nicht vorhersieht, wie man im gegebenen Augenblicke an etwas sich willkürlich erinnern kann, das man völlig vergessen hat, z. B. an einen dem Gedächtnis entfallenen Namen.

<sup>343b)</sup> Bei bewußter Fahrlässigkeit verhält es sich übrigens nicht anders. Hier kommt die Abschätzung des Kausalzusammenhanges in Betracht, und welches Gewicht der Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit des zu vermeidenden (schädlichen) Erfolges gegenüber dem Werte eines anderen erwünschten Erfolges zukomme, ermißt freilich der Handelnde im Augenblicke der Tat; aber genau betrachtet kann er es auch nicht anders ermessen, als er es tut. Die Beurteilung

dualität endlich sagen, daß besondere geistige Defekte zu berücksichtigen seien, so handelt es sich um die Frage der verminderten Zurechnungsfähigkeit in ihrer Anwendung auf fahrlässige Delikte.

Die Beurteilung, nach der individuellen Fähigkeit des Handelnden, enthält also eine unmöglich zu lösende Forderung. Sie kann daher auch nicht gerechtfertigt werden durch die Behauptung, im Strafrecht entscheide die individuelle Schuld und nicht etwa die Aufmerksamkeit des *diligens pater familias*, des „Mustermanns“ des römischen Rechts, wie *v. Buri* und nach ihm andere bemerkt haben; denn eine völlig individuelle Schuldbeurteilung ist nach dem relativen Indeterminismus und menschlicher Gerechtigkeit unmöglich, nach dem Determinismus aber absolut ausgeschlossen.

Dazu kommt, daß die Befreiung von Verantwortlichkeit lediglich wegen mangelnder oder mangelhafter Einsicht eine Prämie sein würde für diejenigen, welche nicht Neigung fühlen, sich um den Zusammenhang der Dinge, um Naturgesetze und um das, was neben ihnen vorgeht, zu kümmern.<sup>343c)</sup> Dagegen wird die anscheinend hierin liegende Härte gegen die minder einsichtigen Personen vermieden, wenn die Anforderungen an die von jedem zu beobachtende Sorgfalt nicht zu hoch gespannt werden. Wenn ferner, wie es die Konsequenz fordert, andererseits eine größere individuelle Einsicht auch das Maß desjenigen, was gewußt werden muß, zum Nachteil der besonders Einsichtigen in jedem Falle steigern würde, so würde damit sehr leicht eine andere Ungerechtigkeit begangen werden; denn auch dem Einsichtigen, Vorsichtigen begegnet es, daß er einmal unvorsichtig handelt, zerstreut ist, und davon eine schuldbefreiende Ursache nachzuweisen, dürfte in den meisten Fällen aussichtslos sein. Praktisch also kommt die Entscheidung nach Maßgabe der individuellen geistigen Befähigung auf eine Entscheidung nach Willkür hinaus.<sup>344)</sup>

lediglich nach der Individualität des Handelnden führt also auch hier in jedem Falle zur Negation der Schuld.

<sup>343c)</sup> *Liepmann* (S. 194) macht treffend darauf aufmerksam, daß, der subjektiven Beurteilung entsprechend, z. B. ein unfähiger Arzt nicht verantwortlich sein würde, der durch Begehung eines groben Kunstfehlers den Tod einer Patientin verschuldet hätte.

<sup>344)</sup> Eine vermittelnde Ansicht vertreten *H. Meyer* § 356, 5 und *Liszt* § 42 II. Ersterer will die Frage „nach den Umständen des einzelnen Falles einschließlich

§ 235. Anders steht es aber mit körperlichen Eigenschaften und Zuständen,<sup>345)</sup> z. B. der Schwerhörigkeit, Kurzsichtigkeit, Ermüdung,<sup>346)</sup> den individuellen äußeren Umständen, unter denen gehandelt wird. Diese sind zu berücksichtigen, sofern eine rationell zu billigende Veranlassung vorlag, jener mangelhaften körperlichen Eigenschaften ungeachtet, oder trotz ungünstiger äußerer Umstände tätig zu werden; denn die Frage lautet ja, was mußte der Handelnde wissen bei Vornahme der Handlung?

Zu den individuellen Umständen gehören dabei auch psychische Einwirkungen,<sup>347)</sup> insofern nicht ebenso wie bei

---

der Persönlichkeit des Täters“ beurteilt wissen, „wobei diese Umstände aber nicht nur als einzelne, sondern in ihrer allgemeinen typischen Bedeutung in Betracht kommen“ sollen. Was hiermit gemeint ist, scheint mir unklar. Ich möchte glauben, daß der relative Nachsatz den vorangeschickten Hauptsatz vollständig aufhebt. *Liszt* aber betrachtet als Eifordernisse der Fahrlässigkeit: 1. Mangel an Vorsicht und 2. Mangel an Voraussicht. Das Maß der anzuwendenden Vorsicht oder Sorgfalt bei der Willensbetätigung sei objektiv, das Maß der Voraussicht dagegen subjektiv, nach dessen geistiger Fähigkeit überhaupt und im Augenblick des Handelns zu bestimmen. Die Unterscheidung von Vorsicht und Voraussicht ist aber unhaltbar. Sprachlich bedeutet Vorsicht nichts anderes als „sehen nach vorwärts“ (vgl. *Heyne*, Deutsches Wörterbuch unter Vorsicht) = Voraussicht; nur braucht man das Wort „Vorsicht“, um eine Handlung zu qualifizieren, während „Voraussicht“ zunächst zur näheren Beschreibung eines kontemplativen psychischen Zustandes gebraucht wird. Aber der Vorsichtige handelt der „Voraussicht“ gemäß, und wer Voraussicht gebraucht, wird nicht unvorsichtig handeln, und wenn zwei verschiedene Maße angewendet werden sollen, welches ist entscheidend? Nach *Liszt* zuerst das objektive, d. h. wohl nur, wenn die Handlungsweise an sich tadelnswert ist, kann von Fahrlässigkeit die Rede sein. Das ist richtig; bei einem vollkommen fehlerlosen Handeln wird niemand daran denken, außerdem die Frage aufzuwerfen, ob nicht noch besser nach Maßgabe subjektiver Fähigkeit hätte gehandelt werden können. Die letztere Frage erhebt sich erst bei fehlerhaftem Handeln, und dann soll nach *Liszt* Verantwortlichkeit ausgeschlossen sein, wenn der Täter nicht die erforderliche (welche?) geistige Fähigkeit hatte. *Liszt* vertritt also, statt, wie er glaubt, eine neue und richtige Lösung der „alten Streitfrage“ zu geben, in Wahrheit den „alten“ subjektiven Standpunkt, der m. E. aber erst der neueren Doktrin angehört. In dem von *Liszt* für seine Ansicht aufgeführten Urt. d. RG. IV. 23./3. 97 E. 30 Nr. 6 S. 25 kann ich die Bestätigung seiner Ansicht in keiner Weise entdecken. Es ist hier von geistiger Fähigkeit des Angeklagten nicht die Rede.

345) Solche körperlichen Eigenschaften und Zustände lassen sich auch mit genügender Sicherheit feststellen.

346) Der Eisenbahnbeamte z. B. kann entschuldigt sein, wenn er infolge von Überanstrengung durch falsche Weichenstellung oder Nichtbeachtung eines Signals einen Unfall herbeiführt.

347) *Liszt* a. a. O. stellt diese mit allgemeiner psychischer Anlage auf gleiche Linie. — Zu den psychischen Einwirkungen können auch Anordnungen dienstlich vorgesetzter Personen (auch im Privatdienste) gehören. Dies wird anerkannt in dem von *Liszt* (m. E. unzutreffend) für seine Ansicht angeführten, ob es Anm. 344 zitierten reichsgerichtlichen Urteil: „Hiernach war zu erwägen, ob es dem Angeklagten als Pflicht zugemutet werden konnte, eher sich dem Befehle



der Frage der Zurechnungsfähigkeit die Forderung erhoben werden muß, daß der Handelnde ihnen Widerstand zu leisten habe. So kann der Umstand, daß, um nicht noch größeren Schaden eintreten zu lassen, rasch gehandelt werden mußte, die Beantwortung der Frage, ob der Handelnde einen schädlichen Erfolg nicht verhüten mußte, im verneinenden Sinne begründen, während ein ungerechtfertigter Zorn des Handelnden, der ruhige Überlegung hinderte, nicht in Betracht kommen würde. Andererseits kann der Mangel derjenigen Kenntnisse, welche wir bei in einem bestimmten Berufe beschäftigten Personen voraussetzen, verantwortlich machen, wenn jemand, abgesehen von Notfällen, die Berufstätigkeit übt.

§ 236. Wenn aber, damit eine Fahrlässigkeit als vorliegend betrachtet werden kann, die Existenz des Kausalzusammenhanges im rechtlichen Sinne zwischen Handlung und Erfolg als Vorfrage bejaht sein muß, so ist das Vorhersehenkönnen,<sup>347a)</sup> worauf die neuere Theorie fast ausschließlich Gewicht legt, keineswegs immer entscheidend, die Annahme dieses Kriteriums für die Annahme einer Fahrlässigkeit, vielmehr oft irreführend. Eine Unzahl von Handlungen sind mit Risiko verbunden und gleichwohl im Leben absolut notwendig,<sup>347b)</sup> und weit voraus-

---

seines Dienstherrn zu entziehen und den Verlust seiner Stellung auf sich zu nehmen, als durch Benutzung des ihm zugewiesenen Pferdes zum Fahren bewußterweise die Möglichkeit der körperlichen Verletzung eines anderen zu setzen, oder ob er diese letztere Rücksicht nach dem Verhältnisse ihrer Erheblichkeit zurückstehen lassen durfte hinter derjenigen, welche für ihn den Antrieb zur Befolgung des Befehls seines Dienstherrn bildete.“

<sup>347a)</sup> Vgl. gegen die Theorie des Vorhersehens auch *Huther* GS. 54 S. 292.

<sup>347b)</sup> So richtig das schon zitierte Urteil RG. IV. 23./2. 97 E. 30 Nr. 6, bes. S. 27. — Vgl. auch RG. III. 20./12. 86 E. 15 Nr. 47, wonach die Gefährlichkeit einer von anerkannten Autoritäten gebilligten ärztlichen Kur keineswegs ohne weiteres eine Fahrlässigkeit des Arztes begründet, wenn die Kur im einzelnen Falle den Tod des Patienten zur Folge hat. — Eine Handlung kann verantwortungsfrei sein, wenn sie im praktischen Leben nötig ist, während sie Verantwortlichkeit wegen *culpa* begründet, falls sie unnötigerweise nur zum Spiel oder zur Ergötzung geschieht. So unterscheidet § 4 J. 4, 3 Übungen der Soldaten mit Wurfgeschossen von dergleichen nur zur Unterhaltung vorgenommenen Übungen. Verletzungen, die bei erlaubten oder gar als empfehlenswert betrachteten Spielen erfolgen, werden, wenn nicht die Regeln des Spieles gröblich oder vorsätzlich übertreten sind, nicht als schuldhaft erfolgt anzusehen sein, eine Ansicht, welche man schon im attischen Altertum anerkannt hat (vgl. *Meier* und *Schoemann*, Der attische Prozeß, S. 309, und der von den römischen Juristen geteilt wurde (vgl. S. 7 § 4 D. 9, 2). So entscheidet auch die englisch-nordamerikanische Jurisprudenz, *Wharton* 1 §§ 371 ff.; *Russel* 3 S. 179 ff. Über die Erlaubtheit des Spieles werden Sitte und richterliches Ermessen zu entscheiden haben (vgl. L. 10. D. 9, 2: „*Lusus quoque molius in culpa est*“).

sehendes Grübeln über die Folgen einer Tätigkeit macht nicht in besonders hohem Grade verantwortlich, wenn unter Umständen gehandelt ist, nach denen das wirklich erfolgte Handeln als gewöhnlich zulässig angesehen werden konnte.<sup>348)</sup> Käme es wirklich allein auf das Vorhersehen oder Vorhersehenkönnen des Erfolgs an, so müßte auch, wenn jemand für einen bestimmten Erfolg wegen Fahrlässigkeit verantwortlich sein sollte, er auch gerade diesen Erfolg vorhersehen. Nun können aber aus einer fahrlässigen Handlung sehr verschiedene Erfolge entspringen, z. B. aus fahrlässiger Herbeiführung einer Explosion Sachbeschädigung, Körperverletzung, Tötung. Wäre der Fahrlässige da nur wegen Sachbeschädigung verantwortlich, obschon Tötung eingetreten, wenn ihm nicht nachzuweisen wäre, daß er auch daran hätte denken müssen? Nach der richtigen Lehre vom Kausalzusammenhang ergibt sich die Grenze hier von selbst. Wer aber unter Kausalzusammenhang nur das Bedingungsverhältnis versteht, gelangt hier mit dem Vorhersehen, das rein individuell zu bestimmen wäre, in ein übles Dilemma.<sup>349)</sup>

Man kann den einzelnen übrigens nicht zu einem noch vorsichtigeren Handeln verpflichten, als alle Welt in der Regel beobachtet.<sup>350)</sup> Wenn daher z. B. ein Zimmermann wegen Ein-

<sup>348)</sup> Dasjenige, was beobachtet werden muß, ist aber einer fortwährenden Änderung, und besonders Erweiterung infolge der Fortschritte der Naturkunde unterworfen. Ein technisches Verfahren, das vor 30 oder 20 Jahren durchaus zulässig war, kann heute in manchen Fällen Verantwortlichkeit begründen (vgl. *Roterling* S. 24 ff.).

<sup>349)</sup> Welche Schwierigkeiten hier durch die Theorie des Vorhersehenkönnens entstehen, zeigen die Urte. RG. IV. 18. und 25./I. 87 Rs. 9 S. 63 ff.; ferner III. 18./2. 89 E. 19 Nr. 14 S. 51; I. 19./3. 96 E. 18 Nr. 86 S. 272; I. 11./11. 96 E. 29 Nr. 77 S. 219. Während nach IV. 11./I. 1901 E. 34 Nr. 29 S. 91 es vorhersehbar sein soll, daß ein Dritter mit einem Revolver Unheil anrichtet, soll es nicht vorhersehbar sein, daß durch elektrische Drähte jemand nicht nur verletzt, sondern auch getötet werde (I. 19./3. 96 E. 28 Nr. 86 S. 273). — Dagegen hat I. 16./11. 96 E. 29 Nr. 77 S. 219 Verantwortlichkeit nur wegen Körperverletzung, nicht wegen Tötung, angenommen in einem Falle, wo der Verletzte bei fast völlig erfolgter Heilung lediglich infolge angewandter Narkose starb.

<sup>350)</sup> Vgl. auch *Leyser*, Spec. 602 n. 28. Besitzt jedoch der einzelne eine weiter reichende Sachkunde, so darf man ihn verantwortlich machen, wenn er ohne Rücksicht darauf gehandelt hat, sofern ihm ein Handeln nach Maßgabe jener Sachkunde nicht übermäßige Lasten oder Kosten auferlegt hätte. Denn es sind allerdings auch die Kosten und Weitläufigkeiten eines besonders vorsichtigen Handelns zu beachten. Man könnte sonst bei notwendigen Gewerben die Vorsichtsmaßregeln so zu steigern geneigt sein, daß schließlich der Betrieb des Gewerbes der Kosten und Weitläufigkeiten wegen unmöglich wäre.

sturzes eines angeblich fehlerhaften Gerüsts verantwortlich gemacht werden soll, so wird in der Praxis darauf Gewicht gelegt, wie solche Gerüste von zuverlässigen Fachleuten hergestellt zu werden pflegen. Ja es kann ein in einer Gegend allgemein beobachtetes, stark fehlerhaftes Handeln den einzelnen nicht wohl verantwortlich machen,<sup>351)</sup> z. B. ein durchaus verkehrtes Heilverfahren, wenn ein Arzt nicht zugezogen werden konnte.

**§ 237.** Wie aber psychische Einwirkung anderer entschuldigen kann, so ist umgekehrt auch eine Einwirkung anderer möglich, deren Nichtachtung den Handelnden verantwortlich macht, so die Warnung seitens einer Person, welcher der Handelnde Einsicht zuschreibt oder zuzuschreiben guten Grund hatte, so das entgegenstehende Gebot oder Verbot eines Vorgesetzten<sup>352)</sup> oder Dienstherrn.<sup>353)</sup> Denn in unzähligen Fällen ist man bei der Unzulänglichkeit unmittelbarer eigener Einsicht zur Benutzung der Ansicht von Autoritäten gezwungen, wenn man nicht verkehrt handeln will. Und ganz besonders kann hier in Betracht kommen ein gesetzliches oder ordnungsmäßig von der Polizei erlassenes Verbot oder Gebot. Aber nicht einmal ein Gesetz, welches eine bestimmte Handlungsweise gebietet oder verbietet, spricht damit ohne weiteres aus,<sup>353a)</sup> daß jedes entgegenstehende Handeln als ein wegen Fahrlässigkeit verantwortlich machendes zu betrachten sei, wenn die Folge dieses Handelns eine Beschädigung anderer ist. Es ist sehr möglich, 1. daß der Gesetzgeber da, wo es sich z. B. um einen schwierig zu beurteilenden Kausalzusammenhang handelt, sich irrt,<sup>354)</sup> und 2., daß in dem Gesetz

351) Vgl. auch RG. II. 14./4. 85 Rs. 7 S. 226 und OAG. Dresden 16. 1. 74. *Stengleins* Zeitschr. 4 S. 198.

352) Nicht jede Verletzung einer Dienstvorschrift begründet Verantwortlichkeit für den daraus entstehenden Schaden. Es kann sogar nach Lage der Sache Nichteinhaltung der Dienstvorschrift richtig sein. Vgl. RG. IV. 14./1. 90 E. 20 Nr. 68 S. 191 und II. 9./10. 91 E. 22 Nr. 48, bes. S. 165.

353) Umgekehrt kann aber ein Befehl oder Verbot des Dienstherrn oder bzw. Eigentümers einer Fabrik nicht entschuldigen, wenn klar ist, daß ohne bestimmte (*in concreto* fehlende) Schutzvorrichtung nicht durfte gearbeitet werden. RG. I. 5./12. 83 E. 10 Nr. 3, bes. S. 8.

353a) Das Gesetz kann natürlich ausdrücklich oder stillschweigend ein anderes bestimmen.

354) Man denke hier z. B. an den Fall, daß ein Polizeigesetz oder eine Polizeiverordnung erlassen wird gegen Verbreitung von Seuchen auf Grund einer bestimmten Ansteckungstheorie, die nachher mit Grund bestritten wird.

enthaltene Gebote und Verbote nur als auf jeden Fall nützliche, in keinem Fall schädliche Vorbeugungsmittel gedacht sind, und daß man daher gar nicht beabsichtigt, dem Übertreter noch eine unbestimmte, weitreichende, vielleicht äußerst schwerwiegende Verantwortlichkeit aufzuladen, und so jene Nützlichkeitsmaßregel bis zu der letzten äußersten Konsequenz des Zivil- und Strafrechts wirken zu lassen. Der Erlaß von derartigen allgemeinen Schutzgesetzen würde dann, wenn die entgegengesetzte Ansicht richtig wäre, sehr leicht ganz anderen Bedenken unterliegen, als solche heutzutage in gesetzgebenden Versammlungen und Kommissionen pflegen erwogen zu werden.<sup>355)</sup> Ganz verkehrt aber scheint es mir, eine so weitgehende Kraft und Bedeutung der Verordnung einer Polizeibehörde beizulegen; diese würde ja damit auf das tiefste in das Strafrecht eingreifen können. Es können freilich Vorschriften jener Art allmählich sich so bewähren und so in das allgemeine Volksbewußtsein als notwendige Regeln des Verhaltens übergehen, daß ihre Nichtbeachtung in der Tat als eine wirkliche Nachlässigkeit selbst im Sinne des Strafrechts erscheinen wird, während andererseits jedermann sich auf die Beobachtung verläßt; dann dürfen sie freilich nicht zu viel verlangen.<sup>356)</sup>

Im Ganzen wird vielleicht ein unbefangenes Gefühl ziemlich sicher leiten, nach welchen man die Frage beantwortet: lag in dem Verhalten eines Menschen Grund einer dringenden Gefahr, und war nicht etwa ein berechtigter Anlaß vorhanden, solche Gefahr gleichwohl unbeachtet zu lassen?<sup>356a)</sup>

Schließlich wird man immer die Frage zu beantworten haben: welche Folgen für die Sicherheit des Rechtsverkehrs würden sich ergeben, wenn in allen gleichartigen Fällen wegen Fahrlässigkeit gestraft und andererseits nicht gestraft würde; denn über ein arbiträres Ermessen wird man bei Bestimmung

<sup>355)</sup> Die zivilrechtliche Kontroverse über den Begriff des Schutzgesetzes in § 823 Abs. 2 des BGB. (vgl. darüber *Detmold*, Festgabe d. Göttinger Juristenfakultät für *Regelsberger*, S. 317) kann strafrechtlich nicht in Betracht kommen — glücklicherweise.

<sup>356)</sup> Daß Nichtbeachtung einer Polizeiverordnung ohne weiteres eine Fahrlässigkeit begründet, bezeichnet auch RG. I. 2./12. 80 E. 3 Nr. 78 S. 208 als „rechtsirrtümlich“. In demselben Sinne RG. IV. 18./6. 87. GArch. 37 S. 203.

<sup>356a)</sup> Insoweit hat die Auffassung der Fahrlässigkeit als Gefährdungsdelikt ihre Berechtigung.

dessen, was Fahrlässigkeit ist, doch nicht hinauskommen, und hiernach scheint jene Probe auf das Exempel nötig.<sup>357)</sup>

Und dabei ist zu bedenken, daß die Fahrlässigkeit strafrechtlich enger zu begrenzen ist als zivilrechtlich.<sup>358)</sup> Im Zivilrecht schädigen wir den einen, wenn wir den andern von der Verbindlichkeit des Schadensersatzes befreien. Im Strafrecht waltet diese Rücksicht nicht, und allzu minimale wegen geringer Fahrlässigkeit erkannte Strafen schädigen das Ansehen der Strafjustiz, während Strafe und Strafprozeß oft geradezu den Fahrlässigen hindern, dem Beschädigten Schadensersatz zu leisten.

§ 238. Oben ist dargelegt worden, daß der rechtlich zu beachtende Kausalzusammenhang durch später begangene fahrlässige oder dolose, in den Kausalzusammenhang eingreifende Handlungen anderer regelmäßig unterbrochen wird. Eine Ausnahme aber muß gelten, wenn jemand die Verpflichtung hat, andere bei Vornahme bestimmter Verrichtungen zu überwachen, d. h. wenn nach den Regeln des Verkehrs ihm die bessere Einsicht zugeschrieben wird und deshalb die in seinem Dienste arbeitenden Personen regelmäßig, d. h. sofern nicht die Unzulässigkeit seiner Anordnung klar ist, dieser letzteren folgen dürfen und zivilrechtlich zu folgen auch verpflichtet sind. Der technisch ausgebildete Leiter eines Baues (ebenso auch wer dafür sich ausgibt und von den Arbeitern dafür gehalten wird) kann daher auch für begangene Fehler von Arbeitern, für welche diese selbst verantwortlich sind, ebenfalls verantwortlich sein, freilich nicht immer. Hat er sein Personal mit gehöriger Sorgfalt ausgesucht, so wird er bei nicht besonders schwierigen Verrichtungen nicht eine beständige Überwachung auszuüben haben.<sup>358a)</sup>

357) Darauf kommt es auch hinaus, wenn BGB. § 276 sagt: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt“ . . . Was im Verkehr erforderlich ist, kann nur durch Erwägung der Folgen des Unterlassens bestimmt werden.

358) Vgl. in diesem Sinne *Berner* § 71 Anm.

Daß nach der *Lex Aquilia*, welche allerdings eine Deliktsklage ist, schon *levis culpa* zum Schadensersatz verpflichtet, beweist daher nichts. Auch *v. Prützwitz* ist der Ansicht, daß nicht schon eine leichte Fahrlässigkeit strafbar sei (GArch. 31 S. 145).

358a) Vgl. über mehrere hier mögliche Fälle die treffenden Ausführungen in dem bei *Stenglein*, Zeitschr. 7 S. 100, abgedruckten Urteil des badischen OHG. v. 12./6. 75; auch RG. I. 7./3. 89 E. 19 Nr. 56 S. 203.

§ 239. Die mittelalterliche italienische Jurisprudenz übertrug die für das Zivilrecht angenommenen Abstufungen der Culpa auf die strafrechtliche Fahrlässigkeit; sie unterschied also auch in der strafrechtlichen Fahrlässigkeit *Culpa lata*,<sup>358b)</sup> *Culpa levis* und *Culpa levissima*. Meistens erachtete man auch die *Culpa levissima* für strafbar;<sup>359)</sup> vielfach gestritten wurde dagegen über die Abgrenzung dieser Grade der Fahrlässigkeit.<sup>360)</sup> Diese von der deutschen Jurisprudenz<sup>361)</sup> übernommene Lehre, bei welcher aber auf Grund der L. 7 D. 48, 8<sup>362)</sup> übrigens die zivilrechtliche Gleichstellung der *Lata Culpa* mit dem Dolus abgelehnt wurde,<sup>363)</sup> ist später aufgegeben worden. Die neueste deutsche Jurisprudenz erkennt, ebenso wie schon die meisten früheren partikularen Gesetzbücher und auch das StGB., abstrakte Grade überhaupt nicht mehr an, unterscheidet auch nicht mehr grobe und gewöhnliche Fahrlässigkeit.<sup>364)</sup> Dagegen haben seitdem viele Autoren der Einteilung in bewußte und unbewußte Fahrlässigkeit eine tiefgehende Bedeutung beilegen wollen;<sup>365)</sup> ja es ist sogar die bewußte Culpa unter dem Namen der *Luxuria* als eine dem Dolus sich annähernde Zwischenstufe der Schuld aufgefaßt worden.<sup>366)</sup>

Die Einteilung der Fahrlässigkeit in drei Grade war nun gewiß für das Strafrecht ebenso falsch wie sie für das Zivilrecht als unhaltbar und im römischen Rechte nicht vorhanden jetzt längst nachgewiesen ist. Anders steht es aber trotz der gegenteiligen Meinung der neuen Doktrin mit der Einteilung in grobe und andererseits geringe Fahrlässigkeit. Die Unhaltbarkeit dieser Einteilung folgt weder daraus, daß es unendliche Ab-

<sup>358b)</sup> »*Lata culpa est minima negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*« definiert *Ulpian* in L. 213 D. 50, 16.

<sup>359)</sup> Hier kommen Schwankungen und Unterscheidungen vor; vielfach ist auch die Meinung vertreten, daß *C. levis* nicht corporaliter zu strafen sei.

<sup>360)</sup> Vgl. *Engelmann* S. 185 ff.

<sup>361)</sup> Vgl. z. B. *Carpxov*, qu. 27 n. 30 ff. *Boehmer* in CCC. 146.

<sup>362)</sup> »*In lege Cornelia dolus pro facto accipitur; neque in hac lege culpa lata dolo aequiparatur.*«

<sup>363)</sup> Schon von *Bartolus*, vgl. darüber *Engelmann* S. 192.

<sup>364)</sup> Vgl. z. B. *Grolmann* § 54; *Wächter* Lehrb. § 80 und bayer. GB. v. 1813 Art. 65, 68; hannover. GB. Art. 48, 49.

<sup>365)</sup> So *Feuerbach*, Lehrb. § 56; *Berner*, Imputationslehre S. 246 ff.; *Köstlin*, N. Rev. S. 293 ff.; System I S. 182; *Merkel* S. 90 und neuerdings modifiziert *Löffler* S. 8 ff.

<sup>366)</sup> Von *Köstlin* vgl. unten.

stufungen der Fahrlässigkeit gibt,<sup>367)</sup> noch daraus, daß diese Abstufungen nicht lediglich nach der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit des schädlichen Erfolges, sondern auch nach anderen sich gegenseitig in ihrer Bedeutung beschränkenden Momenten bestimmt werden müssen;<sup>368)</sup> denn ebenso verschwimmend ist nach der Grenze zu das Gebiet der Fahrlässigkeit und des Zufalls, bei welchem die Verantwortlichkeit aufhört, und ebenso ist auch diese Grenze von Fahrlässigkeit und Zufall von jenen nur relativ bedeutsamen Momenten abhängig, und ebenso muß hier und kann dort schließlich ein vernünftiges Ermessen entscheiden. Jene erstere Unterscheidung ist vielmehr ebenso im Strafrecht möglich wie sie es im Zivilrecht ist: wäre sie aus jenen Gründen für unhaltbar im Strafrecht zu halten, so müßte sie es auch im Zivilrecht sein.

Eine andere Frage aber ist, ob davon im Strafrecht zweckmäßig Gebrauch zu machen sei. Im Zivilrecht gründet sich die verschiedene Haftung, meist für jede Fahrlässigkeit und zuweilen nur für grobe Fahrlässigkeit, auf den verschiedenen Charakter der obligatorischen Verpflichtungen. Da nun im Strafrecht es sich nur um die allgemeine, jedem Dritten gegenüber zu beobachtende Sorgfalt handelt, so scheint aus diesem Grunde allerdings die Unterscheidung von grober und geringer Fahrlässigkeit verworfen werden zu müssen. Dennoch kann es legislativ angezeigt erscheinen, in gewissen Fällen nur einen höheren Grad der Fahrlässigkeit als strafbar zu bezeichnen, also die Analogie des Zivilrechts anzuwenden. So könnten bei gewissen Delikten, z. B. bei leichter Körperverletzung, nur Fälle grober Fahrlässigkeit unbedingt (wenn auch nur auf Antrag) für strafbar erklärt werden; leichtere Fälle der Fahrlässigkeit möchten dann nicht strafbar sein, wenn der Schuldige angemessenen Schadensersatz zu leisten sich bereit erklärt hätte und dazu auch imstande wäre. Verschiedene Strafsatzungen für grobe und andererseits geringe Fahrlässigkeit wären freilich nur

---

<sup>367)</sup> Dieser Grund wird geltend gemacht von *Feuerbach* (Kritik des *Klein-schrodschen* Entwurfs zum StGB., Bibliothek f. d. part. Recht 2. St. 3) 2 S. 45, und nach ihm von der herrschenden Meinung, so z. B. von *Köstlin*, System 1 S. 175, *Hälschner* 1 S. 322.

<sup>368)</sup> So *Oersted* S. 261 ff.

unter Berücksichtigung auch anderer Momente und nur ausnahmsweise aufzustellen.<sup>369)</sup>

§ 240. Dagegen ist die Einteilung der Fahrlässigkeit in unbewußte und bewußte mit der Bedeutung, daß letztere die strafbarere Form sein soll,<sup>370)</sup> innerlich völlig unrichtig und zugleich unpraktisch. Unrichtig ist sie schon deshalb, weil derjenige, der die Folgen seines Handelns überhaupt bedenkt, härter beurteilt wird, als derjenige, der dies nicht tut, während doch Personen, die sich gewöhnt haben, an die Folgen ihres Handelns zu denken, dieser ihrer Charaktereigenschaft zufolge dem öffentlichen Wohle regelmäßig weniger gefährlich sind als solche, die nachzudenken sich nicht die Mühe geben, und bei denen Sorglosigkeit und Unbedachtsamkeit gar bleibende Charaktereigenschaft geworden sein können. Unrichtig<sup>371)</sup> aber auch deshalb, weil die Beurteilung der Culpa, wie gezeigt worden ist, auch davon abhängt, ob besondere Umstände ein Handeln selbst auf die Gefahr eines schädlichen Erfolges hin vollständig rechtfertigen oder doch in gewissem Grade entschuldigen können.<sup>372)</sup> Unpraktisch ist die Einteilung aber deshalb, weil im einzelnen Falle sich meist gar nicht mit Bestimmtheit feststellen läßt, ob der Schuldige nicht doch an die von ihm herbeigeführte Gefahr in allgemeinen Umrissen gedacht habe; ja der Schuldige wird dies selbst meist nicht genau wissen. Unter *Luxuria (Lascivia)*, einem besonders strafbaren Grade der Culpa, verstanden die Römer keineswegs allein die bewußte Culpa, vielmehr ein freventliches Daraufloshandeln<sup>373)</sup> im Übermut,

<sup>369)</sup> So würde z. B. ein besonderer Strafsatz angemessen sein für den Fall, daß durch grobe Fahrlässigkeit der Tod einer größeren Anzahl von Menschen verursacht wurde.

<sup>370)</sup> Vgl. dagegen auch *Herrmann*, Arch. d. Cr. 1856 S. 471 ff.; *Hülschner* 1 S. 317; *Binding*, Normen 2 S. 121 (aber aus wesentlich anderen dialektischen Gründen); *Liszt* § 42 Anm. 6; *Bruck* S. 15; *Liepmann* S. 151; *Finger* 1 S. 270.

<sup>371)</sup> Es ist auch nicht einmal richtig, mit *H. Meyer* § 26 zu Anm. 26 die bewußte Fahrlässigkeit durchschnittlich als die schwerere Art der Culpa anzusehen.

<sup>372)</sup> Daher ist es unrichtig, die bewußte Fahrlässigkeit mit „Wagehalsigkeit“ zu identifizieren, wie es von *Merkel* S. 90 geschieht.

<sup>373)</sup> Namentlich ein freventliches Spiel (gefährliche Scherze, *Lusus*) dürfen nach Ansicht der Römer nicht ungeahndet bleiben, wenn ein Schaden daraus resultiert; wenigstens muß wegen solcher *Lascivia* Schadensersatz geleistet werden: L. 50 § 4 D. 47, 2 »*non debet impunitus esse lusus tam perniciosus*«. Insbesondere wird geahndet freventliches Spiel, welches die körperliche Integrität eines anderen gefährdet, so in dem Falle der viel besprochenen L. 4 § 1 D. 48, 8



ohne Rücksicht auf die etwa möglichen Folgen, wie denn die unpraktische Rücksicht, welche Folgen der Handelnde sich dabei gedacht habe, in den römischen Quellen gar nicht aufkommt.

§ 241. *Löffler* (S. 6ff.) hat vor einigen Jahren (1895) dem Gedanken Ausdruck gegeben, die von den Römern übernommene Einteilung der Schuld in Dolus und Culpa, eine Einteilung, „die eine gewisse suggestive Wirkung ausgeübt habe“, gehöre doch einem überwundenen oder zu überwindenden Standpunkte an. Es sollten vielmehr drei Formen der Schuld unterschieden werden: 1. Absicht: der Erfolg wurde erstrebt oder erwünscht (gewollt); 2. Wissentlichkeit des nicht erstrebten Erfolges mit unendlichen Abstufungen nach dem Grade der Wissentlichkeit (d. h. wohl Wahrscheinlichkeit); 3. Fahrlässigkeit (unbewußte Fahrlässigkeit), wobei dann die Strafe nur die Bedeutung eines „Merk auf“ haben sollte.

Wenn die oben gegebenen Ausführungen richtig sind, ist aber schon die letztere Abgrenzung unhaltbar, da die unbewußte Fahrlässigkeit, wie hervorgehoben, keineswegs immer strafbarer ist als die wissentliche, und die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit des Erfolges bildet bei der bewußten Fahrlässigkeit gewiß nicht den alleinigen Maßstab der Strafbarkeit. Das Wissen um die Notwendigkeit des Eintretens des Erfolges aber steht, wie auch *Löffler* einräumt, dem Wollen des Erfolges gleich; es wird sich praktisch von dem Erstreben eines erwünschten Erfolges nicht unterscheiden lassen (vgl. oben S. 311), da schließlich kaum ein Erfolg lediglich um seiner selbst willen gewollt wird; aber auch nur dieses Wissen steht dem Erstreben gleich;<sup>373a)</sup> man kann also dieses Wissen mit einem anders gearteten Wissen, richtiger mit der bloßen Wahrscheinlichkeit, nicht zusammenwerfen.

(den genaueren Tatbestand des Falles siehe in der *Mosaicarum et Romanorum leges Collatio* I c. 11 §§ 1, 2). Aus Übermut wird jemand auf einem Kriegsmantel derart in die Luft geschneit, daß er an den Folgen am fünften Tage nachher stirbt. Vgl. *Herrmann* a. a. O. S. 476. — *Binding*, Normen 2 S. 370ff., erblickt in der Schuld des inhaltlich dieser Stelle unter Billigung des Kaisers vom Prokonsul Bestraften einen Dolus. Indes dürfte *Binding's* künstliche Interpretation wenig Zustimmung gefunden haben; vgl. dagegen *Burckhardt* S. 142, und insbes. die ausführliche Widerlegung *Löfflers* S. 104ff.

<sup>373a)</sup> Man könnte in gewissem Sinne sagen, der Wille ist der Notwendigkeit gegenüber Diener, während er der Wahrscheinlichkeit gegenüber Herr bleibt.

Absolut gedacht ist an dieser neuen Theorie nur so viel richtig, daß eine völlige wissentliche Gleichgültigkeit gegen einen mit hoher Wahrscheinlichkeit vorausgesehenen, wenn auch nicht erstrebten Erfolg nur wenig von einem wirklichen Dolus verschieden erscheinen kann, und schon oben ist die hier und da vorhandene Geneigtheit bemerkt worden, solche Fälle als eventuellen Dolus zu behandeln. Juristisch ist aber diese Auffassung unrichtig; denn ob jene völlige Gleichgültigkeit im einzelnen Falle existiert, ist nicht genügend festzustellen, oder vielleicht ist sie in Wirklichkeit überhaupt nie vorhanden. Daher ist es richtig, da strafrechtlich im Zweifel die strengere Beurteilung unzulässig ist, auch die Fälle jener Gleichgültigkeit des Handelns und andererseits Wahrscheinlichkeit des Erfolges nicht zum Dolus, sondern, da hier eine Grenze gegen geringere Wahrscheinlichkeit völlig unmöglich ist, der Culpa zuzurechnen.<sup>373b)</sup>

Ein anderer Versuch, eine neue Schuldtheorie zu begründen, ist neuestens von Klee (in den S. 213 genannten Schriften über *Dolus indirectus*) gemacht worden.<sup>373c)</sup> Ihm erscheint der früher viel bekämpfte *Dolus indirectus*, bzw. *generalis* als Grund-

373b) So auch *Mommsen*, Röm. Strafr. S. 89: *magna culpa* sei = Dolus; die beiden Kreise gehen psychologisch ineinander über. Aber daß diese rein psychologische Betrachtung juristisch für das Strafrecht den Ausschlag nicht geben darf, geht aus der scharfen Zurückweisung hervor, welche die römischen Juristen jenem Satze im Strafrechte erteilen.

Zivilrechtlich liegt da es sich hier darum handelt, wer von zwei Beteiligten einen Schaden tragen oder einen Vorteil nicht haben soll, die Sache anders. Hier kann in manchen Verhältnissen mit Fug gewissenlose Gleichgültigkeit oder, was praktisch oft nicht unterscheidbar ist, grobe Unachtsamkeit dem Dolus gleichgestellt werden; daher der Satz: „*Lata culpa dolo comparabitur*“ (L. 1 § 1 D. 11, 6). *Magna culpa dolus est*“ (L. 226 D. 50, 16). Dieser Satz ist in der römischen Jurisprudenz so entstanden, daß man eine Haftung, die ursprünglich nur für doloses Verhalten galt, später auf Fälle größerer Fahrlässigkeit auszudehnen für angemessen erachtete, und völliges Außerachtlassen der Erfüllung einer bestimmt übernommenen, besonderen Pflicht ist in der Tat oft wirklicher, wenn auch nicht leicht nachweisbarer Dolus. Eine ganz allgemeine für alle Konsequenzen geltende Bedeutung hat der Satz aber keineswegs. So kann vertragsmäßig der richtigen Ansicht nach die Haftung für *lata culpa* ausgeschlossen werden, während dies bei Dolus unzulässig ist. Vgl. namentlich die bereits angeführte Schrift *Burkhardt*. — *Binding*, Normen 2 S. 338ff., hat mittels künstlicher Interpretation einer Anzahl Quellenstellen den wohl nicht gelungenen Beweis unternommen, daß unter *lata culpa* ein wirklicher Dolus zu verstehen sei, dem das „gemeine Motiv“ fehle, welches das als Dolus in den Quellen bezeichnete Verhalten kennzeichne. Siehe dagegen *Burkhardt* a. a. O. S. 125, *Pernice*, *Labo* 2 S. 377; *Windscheid*, Pandekten 1 § 101 Anm. 10.

373c) Über den Versuch *Mirřčkas* vgl. oben S. 299ff.

form der Strafschuld, und dieser *Dolus indirectus* ist (vgl. S. 34 der Schrift) „bei Vorstellung (Voraussicht) des rechtsverletzenden Erfolges soweit (und auch nur soweit) gegeben, als unter gleichen Verhältnissen bei Nichtvorstellung (Nichtvoraussicht) des rechtsverletzenden Erfolges der Täter den Vorwurf der Fahrlässigkeit auf sich laden würde“.

Es kann aber nach diesen Definitionen nur noch eine unbewußte Fahrlässigkeit anerkannt werden, und da dies entschieden unrichtig und praktisch unhaltbar ist, so stürzt damit die gesamte Theorie — in Wahrheit die Wiederaufnahme eines früher widerlegten Irrtums — in sich zusammen.

Sie kann deshalb auch des weiteren nicht (S. 41 ff.) darauf gestützt werden, daß man den *Dolus indirectus* als Handeln auf Gefahr, als eine dritte Schuldart zwischen den eigentlichen Dolus und die Culpa einschiebt, und es ist unrichtig, daß das Recht in Wahrheit nur die Gefährdung, nicht aber die Verletzung verbieten könne, jeder Dolus daher eigentlich nur ein Gefährdungsdolus sei, weil ja der Eintritt eines jeden Erfolges in Zukunft unsicher sei, und — hier berührt sich Klees Theorie mit der Normentheorie *Bindings* — in dem Verletzungsverbote auch das Gefährdungsverbot liege.

Die Rechtsordnung kann der Regel nach nur die Verletzung, nicht aber die Gefährdung (falls nicht Verletzungsvorsatz vorliegt) beachten; sie wird sonst der Handhabung der Justiz eine unlösbare Aufgabe stellen.<sup>373d)</sup> Moralisch betrachtet liegt in dem Verletzungsverbote auch ein Gefährdungsverbot; es bedeutet aber einen weiten Schritt, dies moralische Verbot dadurch zu einem rechtlichen zu machen, daß man Straffolgen daran knüpft.

Es ist freilich, wie ich schon mehrfach betont habe, richtig, daß der Handelnde nicht gleichsam eine Photographie des Erfolgs, den er erstrebt, vorher zu besitzen, daß der Erfolg nicht mathematisch genau der Vorstellung zu entsprechen braucht: „*Vulnera non dantur ad mensuram*“, wie die alte Jurisprudenz sagte. Wie weit eine Differenz für beachtlich oder nicht be-

---

<sup>373d)</sup> Wo wäre eine irgend greifbare Grenze zwischen strafbarer und nicht strafbarer (weil zu entfernter) Gefahr? Wäre nicht jeder, der auch nur indirekt mit dem äußeren Kausalzusammenhange zu tun hätte, fortwährend der Gefahr einer strafrechtlichen Untersuchung ausgesetzt?

achtlich erscheint, wie weit mit anderen Worten der Vorsatz unbestimmt sein kann, wenn der Erfolg für ihn maßgebend sein soll, ist nur nach vernünftigem richterlichen Ermessen zu bestimmen, und dies hängt auch von dem Fortschritt der Kultur ab. So wird man heutzutage davon ausgehen müssen, daß Tod und andererseits selbst schwere Verletzung doch stark differente Erfolge sind, und daher, wie in unserem StGB. geschieht, Totschlag und Körperverletzung mit tödlichem Erfolge unterschieden werden müssen. Wenn also auch die von *Klee* vertretene Grundform<sup>373e)</sup> der Strafschuld prinzipiell abzulehnen ist, so muß man doch einen Erfolg, der in der Richtung der entschieden vorsätzlichen Tat liegt und nach der allgemeinen Anschauung nicht gleichsam durch eine tiefe Furche von dem unzweifelhaft erstrebten getrennt ist, dem Täter als vorsätzlich verursacht mit anrechnen, wenn dieser schlimme Erfolg eine nicht unwahrscheinliche Folge darstellt, und der Täter sich nicht bemüht hat, ihn zu vermeiden, vorausgesetzt daß die für die Beurteilung des Kausalzusammenhanges geltenden Grundsätze nicht entgegenstehen.

Der von den Römern, wie gesagt worden ist, „suggerierte“, übrigens bis jetzt noch bei allen Kulturvölkern beibehaltene Standpunkt ist also durch die neue Theorie<sup>374)</sup> noch nicht als überwunden dargelegt, und die verheißene Ausführung dieser neuen Theorie ist nach nunmehr etwa zehn Jahren noch nicht erfolgt. Vielleicht hat *Löffler* sich inzwischen selbst davon überzeugt, in welche Schwierigkeiten seine Theorie sich verwickelt.<sup>374a)</sup>

§ 242. Es ist oben dargelegt worden, unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsirrtum den Dolus ausschließt. Wo dies der Fall ist, kommt für die Ausschließung des Dolus es auf

<sup>373e)</sup> Vgl. in diesem Sinne auch den Art. 30 des französischen Gesetzes vom 28. April 1832 und *Liszt* in „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts“, besonderer Teil 5 S. 21.

<sup>374)</sup> Vgl. gegen dieselben auch *v. Hippel*, Zeitschr. 17 S. 445, der richtig hervorhebt, daß mit der Einführung von drei Schuldformen (statt der bisherigen zwei) die gesetzgeberischen und praktischen Schwierigkeiten nur gesteigert, nicht aber gemindert werden würden.

<sup>374a)</sup> In den Ausführungen *Löfflers* über die legislative Behandlung der Körperverletzung in „Vergleichende Darstellung“, bes. Teil 5 S. 367, ist sie nur noch schwach erkennbar in der meines Erachtens (wie oben dargelegt wurde) nicht haltbaren, von *Löffler* empfohlenen Unterscheidung von vorsätzlicher und absichtlicher Verletzung.

die Entschuldbarkeit des Irrtums nicht an. Es kann aber Culpa anzunehmen sein, und dies ist dann der Fall, wenn das fragliche Delikt durch Culpa begangen werden kann, der Handelnde aber hätte einsehen müssen, daß ihm ein Recht oder eine Befugnis zur Vornahme der Handlung nicht zustand; in dem letzteren besonderen Falle aber muß es sich um einen tatsächlichen Irrtum handeln. Wer aus Rechtsirrtum sich für den Eigentümer einer Sache hält, begeht eine fahrlässige, allerdings bei uns nicht strafbare Sachbeschädigung, wenn er z. B. im Übermut die Sache zerstört. Der Beamte, der aus Rechtsirrtum ein Strafurteil für vollstreckbar hält und die darin ausgesprochene Strafe vollstreckt, begeht auf Grund eines unrichtigen Rechtstitels das im StGB. § 345 bezeichnete Delikt<sup>375)</sup> (der Beamte schreibt sich, wenn er das Urteil nicht mit der gehörigen Sorgfalt geprüft hat, irrig das Recht und die Pflicht zu, woraus die Befugnis zur Strafvollstreckung folgt); wer dagegen ohne weiteres sich die Befugnis beilegt, einen Strafgefangenen hungern zu lassen oder ihn zu prügeln, müßte, genau betrachtet, wegen doloser Vollstreckung einer ungesetzlichen Strafe bestraft werden;<sup>376)</sup> die verkehrte, bei dem selbst vollstreckenden Beamten<sup>377)</sup> eigentlich einen Dolus in doppelter Potenz fordernde<sup>378)</sup> Fassung des § 345 Abs. 1 verhindert das allerdings und bewirkt, daß auch hier Fahrlässigkeit angenommen werden kann.<sup>379)</sup> Wer annimmt, daß A, der sich einen Scherz

375) Vgl. v. *Prittwits*, GArch. 30 S. 149, und *Olshausen* zu § 345, 3.

376) Es wird nicht in Abrede gestellt werden können, daß es sich in solchen Fällen um eine unverzeihliche Roheit handelt.

377) Manche beziehen den § 345 seinem Wortlaute nach nicht auf den selbst vollstreckenden Beamten. Dann ist die Fassung richtig, aber eine zweifelhafte Lücke im Strafrechte vorhanden.

378) Vgl. dagegen insbes. *Binding*, Normen 2 S. 494.

379) „Gleiche Strafe trifft den Beamten, welcher vorsätzlich eine Strafe vollstrecken läßt, von der er weiß, daß sie überhaupt nicht, oder nicht in der Art oder in dem Maße noch vollstreckt werden darf.“ — Man wird übrigens finden, daß gerade ein Irrtum über ein Recht oder eine Pflicht oder eine Rechtsstellung (z. B. ob jemand der zuständige Beamte ist) die fahrlässige Begehung mancher Delikte als möglich erscheinen läßt, bei denen an fahrlässige Begehung nicht gedacht zu werden pflegt. (So hat RG. III. 15./1. 83 E. 8 Nr. 31, bes. S. 105, ausgeführt, ein unvorsätzlicher Akt der „Ergreifung“, „Verhaftung“ oder „Festnahme“ sei nicht denkbar. Wenn aber ein Beamter einen Steckbrief erlassen und, nachdem er sich von der Irrigkeit der gegen den Verfolgten sprechenden Indizien überzeugt hat, gleichwohl schuldhafterweise die Rücknahme des Steckbriefs verzögert oder unterläßt, so dürfte doch der Fall eines nicht vorsätzlichen Verhaften- oder Ergreifenlassens gegeben sein. Vgl. *Bar*, GS. 38 S. 285 und zustimmend *Kohlrausch*, Irrtum usw. S. 150.) Ob solche fahrlässige

Scherz machen will, ihn ernstlich anzugreifen sich anschicke, kann wegen fahrlässiger Körperverletzung oder Tötung des A bestraft werden, wenn er bei gehöriger Beachtung der Sachlage sich hätte sagen müssen, daß A ernstlich an einen Angriff gar nicht dachte; die Voraussetzungen, unter denen der Handelnde zu handeln glaubte, führten zu einem von der Rechtsordnung nicht zugelassenen Erfolge; er hätte sie besser übersehen müssen; er handelte fahrlässig, da er den A wie einen Menschen verletzte, der sich durch einen Angriff einer Verletzung preisgegeben hatte.

§ 243. Die so mannigfach verschiedenen und sich gegenseitig beschränkenden Momente, nach denen die Frage zu beantworten ist, ob Fahrlässigkeit überhaupt anzunehmen sei, oder in höherem oder geringerem Grade, lassen eine gesetzliche Kasuistik verschiedener Fälle als unpraktisch erscheinen. Die spätere partikuläre deutsche Gesetzgebung hat daher auch bei den praktisch besonders wichtigen Fällen der fahrlässigen Körperverletzung und Tötung von Bestimmungen über einzelne Fälle, z. B. über fahrlässige ärztliche Behandlung und ärztliche Behandlung durch nicht als Ärzte approbierte Personen,<sup>380)</sup> nach und nach Abstand genommen, während eine allgemeine Bestimmung über strengere Bestrafung über Fahrlässigkeitsverletzung infolge fehlerhafter Ausübung einer Kunst oder Wissenschaft auch in späteren Gesetzbüchern noch vorkommt.<sup>381)</sup> So enthielt denn auch das preuß. GB. § 198 Abs. 2 die Bestimmung, daß auch fahrlässige nicht schwere Körperverletzungen, die der Regel nach nur auf Antrag des Verletzten strafbar waren, von

Begehung nach positivem Rechte strafbar oder solche Bestrafung legislativ zweckmäßig ist, wird damit freilich noch nicht entschieden. Bei einzelnen Delikten dürfte sich die Bestrafung grober Fahrlässigkeit empfehlen, so bei der Vornahme von Verhaftungen; wenigstens hat dies der vom RG. in der zitierten Entscheidung mit Freisprechung beendigte Fall doch wohl gelehrt. Vgl. *Bar*, a. a. O. S. 286.

<sup>380)</sup> Vgl. z. B. BGB. für Bayern 1814 Art. 66 u. 67, Württemberg 251. — Der Fall einer Tötung durch ärztlichen Kunstfehler wird übrigens auch in den römischen Quellen besonders erwähnt, vgl. z. B. *Paullus Rec. Sent. V, 23 § 19 L. 6 § 7 D. 1, 18*, ebenso CCC. 134. — Tatsächlich aber scheinen Ärzte — wenigstens solche von einigem Ansehen — im alten Rom nie wegen begangener Kunstfehler bestraft zu sein, wie die von *Boehmer* in CCC. Art. 154 § 3 und später von *Geib*, Arch. d. Cr. 1838 S. 588 herangezogene Stelle aus *Plinius*, Natur. Hist. 29, 1 § 18 zeigt: „*Nulla praeterea lex, quae puniat inscitiam, capitale nullum exemplum vindictae. Discunt periculis nostris et experimenta per mortes agunt, medicoque tantum hominem occidisse impunitas summa est*“.

<sup>381)</sup> GB. für Hannover, Art. 48, 7 u. 8, Hessen 256, 270.

Amts wegen zu verfolgen seien, wenn sie „mit Übertretung einer Amts- oder Berufspflicht verübt“ waren. Diese Bestimmung ist in folgender Weise in den Abs. 1 des § 232 des StGB. übergegangen:

„Die Verfolgung leichter vorsätzlicher, sowie aller durch Fahrlässigkeit verursachter Körperverletzungen (§§ 223, 230) tritt nur auf Antrag ein, insofern nicht die Körperverletzung mit Übertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht begangen worden ist.“

Wie wird diese Bestimmung angewendet, und ist sie oder eine ähnliche legislativ zu billigen?

**§ 244.** Was unter Ausübung eines Amtes zu verstehen ist, wird im allgemeinen wenig Zweifel erregen. Die Frage aber, was ein „Beruf“ und was diese Übertretung eines Berufs sei, hat der Praxis nicht wenig Schwierigkeit bereitet.

1. Ein Kaufmann verletzt seine Berufspflicht, wenn er nicht bei Gelegenheit eines Brandes darauf aufmerksam macht, daß in seinem Keller Benzinballons sich befinden<sup>382)</sup> (ein Privatmann, der zu besonderem Zwecke dergleichen im Keller hat, braucht im gleichen Falle, wenn die Ballons explodieren und jemanden schädigen, eine Anklage von Amts wegen nicht zu fürchten).

2. Ein Landwirt, verletzt durch Verkauf von Fleisch einer erkrankten Kuh seine Gewerbspflicht,<sup>383)</sup> ebenso übt ein Landwirt seinen Beruf aus, wenn er eine Dreschmaschine benutzt;<sup>384)</sup> die Arbeit eines Tagelöhners dagegen ist nur unter besonderen Umständen Berufsarbeit, nach einem Urteil des OAG. Dresden<sup>385)</sup> (Unvorsichtigkeit beim Karren von Sand).

3. Ein Privatmann hat seit zwei Jahren täglich Fahrten gemacht; er kann wegen einer durch fahrlässiges Fahren verursachten Körperverletzung nicht von Amts wegen verfolgt werden; anders würde es sein, wenn das Fahren Teil oder Ausfluß eines anderen Berufs, z. B. des Berufes eines Landwirts, wäre;<sup>386)</sup> ferner der Bauer, der ein Fuhrwerk führt, übt

<sup>382)</sup> RG. II. 1./3. 81 RS. 3 S. 89.

<sup>383)</sup> OAG. Dresden 10./12. 79. *Stengleins Zeitschr.* 7 S. 162.

<sup>384)</sup> AG. Kiel 3./10. 76. *Stengleins Zeitschr.* 7 S. 164.

<sup>385)</sup> 30./6. 76. *Stenglein* 7 S. 113, 114.

<sup>386)</sup> RG. III. 7./6. 83 RS. 5 S. 415.

keinen Beruf aus,<sup>387)</sup> wohl aber der Schlächter, denn der Ausübung einer Berufspflicht stehe es nicht entgegen, daß die fragliche Tätigkeit nicht zu den notwendigen Merkmalen der Ausübung des Gewerbes gehöre.<sup>388)</sup>

4. Ein Dienstmädchen hat keine Berufspflichten (zu ihren Verrichtungen — sie hatte die Treppenbeleuchtung anzuzünden — sei besondere Sachkunde nicht erforderlich,<sup>389)</sup> oder es müsse doch das Anzünden der Beleuchtung zu den gewöhnlichen oder ortsüblichen Verrichtungen der Dienstmädchen gehören — dies sei nicht festgestellt!). Auch Eltern als solche haben keine Berufspflichten.<sup>390)</sup>

Am besten illustriert aber die Konsequenz der Vorschrift des § 232

5. eine Entscheidung des RG.,<sup>391)</sup> der zufolge ein Pferdehändler, der in Ausübung seines Gewerbes (also beim Einfahren von Pferden) jemanden überfährt, nach § 232 Abs. 1 von Amts wegen zu verfolgen ist, nicht aber, wenn er nicht in Ausübung seines Gewerbes (also zu seinem Vergnügen) fahrend jemand überfährt und verletzt.<sup>392)</sup>

Was ist überhaupt ein Beruf? Darauf antwortet das bereits zitierte Urteil RG. I. 9./2. 82 „als Beruf könne nur eine selbst gewählte Lebensstellung mit den sich hieraus ergebenden besonderen Pflichten betrachtet werden“. Nun scheint die Lebensstellung durch eigene Wahl nicht gerade absolutes<sup>393)</sup> Erfordernis eines Berufes zu sein; denn in den Beruf eines Fürsten wird man hineingeboren; man spricht auch von dem Berufe eines Soldaten, obwohl der Soldat heutzutage meist nicht

<sup>387)</sup> RG. III. 11./2. 80 Rs. 1 S. 342.

<sup>388)</sup> RG. III. 3./1. 84 Rs. 6 S. 14; RG. II. 10./5. 87 Rs. 9 S. 311. (Ein Müller hatte mit einer Mühlenfuhr jemanden überfahren.)

<sup>389)</sup> RG. II. 13./7. 97 E. 30 Nr. 72 S. 222. Woher plötzlich dies Erfordernis? Hat der fahrende Landwirt, Schlächter, Müller oder Bauer im Gegensatz zum fahrenden Privatmann besondere Sachkunde nötig?

<sup>390)</sup> RG. I. 9./2. 82 E. 6 Nr. 11 S. 24.

<sup>391)</sup> RG. II. 23./9. 87 Rs. 9 S. 460.

<sup>392)</sup> Dagegen sollen nach RG. II. 8./1. 86 Rs. 8 S. 21 auch Vergnügungsfahren eines Fuhrherrn unter die bezeichnete Vorschrift fallen. (Wenn er andere Personen, wengleich unentgeltlich mitnimmt! Wie das rationell in Betracht kommen kann für die Beurteilung der Fahrlässigkeit, durch welche nicht die mitgenommenen Personen, sondern Straßenpassanten verletzt werden, dürfte recht schwer zu begreifen sein.)

<sup>393)</sup> Vgl. auch OT. Berlin 5./4. 76. *Stengleins* Zeitschr. 6 S. 291: Beruf sei jede selbst gewählte dauernde Lebenstätigkeit.



vollständig freiwillig in seinen Beruf eintritt,<sup>394)</sup> und das Wort „Beruf“ = Herbeirufen zu einer Tätigkeit hat überhaupt mit Freiwilligkeit gerade nichts zu tun.<sup>395)</sup> Indes ist diese Ungenauigkeit hier nicht von Bedeutung. Wesentlich aber ist, daß in der vom RG. gegebenen Definition fehlt, daß die Tätigkeit oder Lebensstellung als eine nützliche, wirklichen Lebensbedürfnissen dienende anerkannt sein müsse. Von dem Beruf eines Vergnügungsreisenden, eines Bummlers, eines Modenarren, eines Bergfexen, eines Vagabonden, eines Bettlers wird man im Spott reden, und gerade dies Erfordernis zeigt die Fehlerhaftigkeit der gesamten Vorschrift, wie sie denn auch in verschiedenen Urteilen kraß hervortritt. Ist dies richtig, so verdient eine unabsichtliche Schädigung, welche bei einer an sich nützlichen oder gar im Getriebe des Lebens notwendigen Tätigkeit vorgekommen ist, entschieden eine mildere Beurteilung, als eine Schädigung, die bei einer nur zum Vergnügen, zum Spaß oder bei einer sonst unnützen Tätigkeit sich ereignet, wie das auch hervorgeht aus der Entscheidung, welche in den römischen Quellen bezüglich der Waffenübungen der Soldaten einer- und beliebiger anderer Personen andererseits gegeben ist. Und ist dies richtig, so kann auch die bei einer nützlichen Tätigkeit geschehene Schädigung nicht vorzugsweise der Verfolgung von Amts wegen unterworfen werden; denn irrationell ist es der allgemeinen Regel nach gewiß, leichtere Fälle von Amts wegen, schwerere Fälle aber nur auf Antrag des Verletzten zu verfolgen.<sup>396)</sup> Nur bei Verletzungen, die in Ausübung eines öffentlichen Amtes erfolgen, waltet ein besonderes öffentliches Interesse ob; Amt und Beruf sind aber nicht dasselbe — das Amt scheidet sich von anderen Lebenstätigkeiten bestimmt ab, während als Beruf alle möglichen nützlichen dauernd ausgeübten Tätigkeiten aufgefaßt werden können; auch das Dienstmädchen, Kindermädchen, der Hüteknecht hat einen Beruf, nicht weniger der Landwirt, Bauer oder Fuhrherr.

In dem bayerischen Gesetzbuche von 1861 (vgl. Art. 239) war richtiger Weise eine solche fehlerhafte, die Verletzungen

<sup>394)</sup> In früherer Zeit wurden Unfreie durch den Herrn für besondere Berufe bestimmt.

<sup>395)</sup> Vgl. *Heyne*, Deutsches Wörterbuch, unter „Beruf“.

<sup>396)</sup> Verfolgung von Amts wegen fällt tatsächlich weit mehr ins Gewicht als etwas strengere Strafe.

bei Ausübung eines Berufs auszeichnende Bestimmung nicht enthalten.

Die oben zusammengestellten gerade bei Vergleichung miteinander das Rechtsgefühl seltsam berührenden Urteile sind daher wesentlich dem verkehrten Gesetze selbst, und wenn gleich in anderen Fällen wohl anders hätte entschieden werden können, nicht den Gerichten zur Last zu legen, welche einen Irrweg einzuschlagen gezwungen waren; man hat sich vergebens bemüht, eine haltbare Unterscheidung zwischen beruflicher und nichtberuflicher Tätigkeit herauszubringen, da doch die meisten Personen einen „Beruf“ haben und gleichwohl das Gesetz nicht das allgemeine Publikum mit der Verfolgung von Amts wegen treffen wollte.

**§ 245.** Es darf aber nicht nur Ausübung der Berufspflicht als solche nicht besonders strenge behandelt werden; das gleiche trifft auch im allgemeinen zu bei der Ausübung eines Gewerbes; denn das „Gewerbe“ ist nur eine bestimmte Art des Berufs, und Gewerbebetrieb ist nicht nur für den einzelnen, der das Gewerbe betreibt, sondern auch für die Gesamtheit nützlich und notwendig.

Indes folgendes wäre legislativ richtig:

1. von Amts wegen wären zu verfolgen: schwerere<sup>397)</sup> fahrlässige Körperverletzung, welche
  - a) in Ausübung eines öffentlichen Amtes zugefügt ist,
  - b) herbeigeführt ist durch Fahrlässigkeit oder mangelhafte Beaufsichtigung eines Gewerbebetriebs, der wegen besonderer Gefährlichkeit einer behördlichen Genehmigung bedarf,
  - c) mindestens drei Menschen zugefügt wurde, wenn zugleich die Fahrlässigkeit eine grobe war, oder
  - d) nachdem in dem vorhergehenden Jahre durch Schuld des Angeklagten in dessen Gewerbebetriebe schon zweimal ein Mensch erheblich verletzt war;

<sup>397)</sup> Es ist im Texte ausdrücklich gesagt schwerere Verletzung; denn der Begriff der schweren Körperverletzung nach StGB. § 224 dürfte hier ein zu enger sein. Vgl. auch bayer. GB. v. 1861 Art. 239, wonach schon bei mehr als 60 Tage dauernder Krankheit oder gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit oder einem bleibenden Nachteil ein Strafantrag zur Strafverfolgung auch bei fahrlässiger Verletzung nicht erforderlich war.

2. ein Straferhöhungsgrund wäre darin zu befinden, daß die Verletzung von dem Schuldigen in der Art herbeigeführt wurde, daß der Verletzte sich einer von dem Schuldigen gegen Entgelt erfolgenden Kunst- oder Gewerbsausübung anvertraute.<sup>398)</sup>

§ 246. Sind besondere Strafbestimmungen legislativ richtig für diejenigen Fälle, in denen jemand durch die Begehung eines dolosen Deliktes zugleich kulpos einen anderen oder weitergehenden Erfolg herbeiführt?

Die ältere Jurisprudenz hat diesen Fall, den sie als „*Versari in re illicita*“ bezeichnete, stets besonders strenge behandelt, ja den Schuldigen oft ohne weiteres für den durch seine Handlung herbeigeführten Erfolg haften lassen.<sup>399)</sup> Letzteres ist nun ohne Zweifel unrichtig, wie sich aus früheren Ausführungen ergibt, ist aber merkwürdigerweise nach jenen gesetzlichen Bestimmungen, welche den eines Deliktes Schuldigen für einen bestimmten weiteren verursachten Erfolg mithaften lassen, auch gegenwärtig noch Rechtens,<sup>400)</sup> sofern das „Verur-

<sup>398)</sup> Damit würden gewerbsmäßige Kurpfuscher getroffen werden können.

<sup>399)</sup> Vgl. besonders *Glossa ad. L. 1 § 3 D. 48, 8*: „*Culpa praecedente .. puniatur casus; alias casus non esset puniendus*“. *Gandinus Rubr. de homicid. n. 21*: „*Si vero dabat operam rei illicita sive adhibuit diligentiam sive non, semper ei imputatur*“. Das *Versari in re licita* war also unumgängliche Vorbedingung für die Möglichkeit, einen Casus — Freiheit von Verantwortlichkeit — anzunehmen. Andere Belegstellen für diese auf das kanonische Recht zurückführende Lehren der italienischen Jurisprudenz bei *Engelmann S. 211*. — Die Unterscheidung des *Versari in re illicita* und andererseits des *Versari in re licita*, welches letztere als Vorbedingung der Freiheit von Verantwortlichkeit betrachtet wurde, hat schon früh in Deutschland Eingang gefunden, vgl. *Brünner*, Schöffenbuch Nr. 243, 244, CCC. § 146: „So eyner eyn ziemlich unverbotten werk — und noch *Boehmer* in CCC. 146 § 2.

<sup>400)</sup> Die Interpretation dieser Bestimmung ist allerdings bestritten. *Hälschner* 1 S. 326, 2 S. 28ff., 620. *Bünding* 1 S. 366 wollen die Haftung für den weitergehenden Erfolg auf Fahrlässigkeit beschränken, während *Berner* S. 508 eine Moderation durch Annahme einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs eintreten läßt. Die herrschende Ansicht hält aber im Anschluß an *v. Buris* Kausalitätslehre das reine Bedingungsverhältnis für genügend. Vgl. oben S. 216 und zu der hier erörterten Frage besonders *Liszt* § 80, III, *Frank* zu § 1, V und RG. III. 28./9. 81 und 3./11. 81 E. § Nr. 9, bes. S. 30 und 5 Nr. 66 S. 202. Das letztere Erkenntnis nahm Verursachung des Todes eines Menschen durch fahrlässige Brandstiftung (StGB. § 309) an, wenn der Verunglückte auch nur das Leben dadurch verlor, daß er, um „ein Paar Stiefel zu retten“, freiwillig in das brennende Gebäude zurückkehrte. Besonders sanktioniert ist die letztere, allen sonstigen Grundsätzen der Gerechtigkeit widersprechende Ansicht in dem bekanntermaßen äußerst eifertig und unter dem Eindrucke der Angst abgefaßten Sprengstoffgesetz § 5, wo ausdrücklich zwischen dem Falle des sog. reinen Verursachens und dem Falle des Vorhersehenkönnens des schwereren Erfolges (Tod eines Menschen) unterschieden wird. Vgl. über die Konsequenzen *Löffler* S. 269.

sachen“ hier nicht im Sinne des rechtlich zu beachtenden Kausalzusammenhanges, sondern im Sinne des bloßen „Bedingens“ des weiteren Erfolges genommen wird (sog. Erfolgshaftung). Hier nach kann wegen Körperverletzung mit tödlichem Ausgang verurteilt werden, wer einem anderen eine leichte Körperverletzung, etwa eine Ohrfeige versetzt, die nur wegen ganz besonderer, gänzlich unbekannter krankhafter Disposition des Geschlagenen dessen Tod herbeiführt usw., und dabei ist unsere Strafrechtspflege durch die bestimmten Strafsätze so sehr gefesselt oder doch geleitet, daß *Löffler* S. 256 sagen konnte, die Praxis der *Carpsow*, *Leyser* und *Boehmer* (welche in krassen derartigen Fällen doch höchst milde Strafen anwenden durfte) stehe hoch über jenen Bestimmungen des Strafgesetzbuches aus dem letzten Drittel des 19. Jahrhunderts.

§ 247. Über die Ungerechtigkeit<sup>401)</sup> dieser Erfolgs- oder Zufallshaftung<sup>402)</sup> kann kaum ein Zweifel obwalten. Dagegen

<sup>401)</sup> Vgl. in diesem Sinne jetzt besonders *Liszt*, Vergleichende Darstellung, bes. Teil 5 S. 23 ff. und den Beschluß der intern. kriminal. Vereinigung, Mitteilungen 11 S. 137: «*Personne n'est punissable à raison des conséquences de ses actes que dans la mesure de celles qu'il a prévues ou pu prévoir*». Vgl. auch norwegisches StGB. § 43, welches den Fall unbeachteter Warnung dem Falle gleichstellt, daß der Schuldige die Möglichkeit des Erfolges einsehen konnte. Auch nach dem schweizerischen Vorentw. v. 1903 findet Haftung nur statt für Folgen, „die der Täter als möglich vorhersehen konnte“. Die Fassung, welche diese Gesetzgebungsarbeiten dem Prinzip gegeben haben, kann nach dem oben Dargelegten als mustergültig nicht angesehen werden. Was kann man nicht alles als möglich (!) vorhersehen.

<sup>402)</sup> Sie wird allerdings in gewissem Umfange neuestens wieder verteidigt von *Klee* auf Grund seiner Theorie des „*Dolus indirectus*“ S. 43 ff. Soweit der Erfolg im Rahmen der dem einzelnen Delikte immanenten Gefahr liegt, soll die Anrechnung des Erfolges zum *Dolus indirectus* der Gerechtigkeit entsprechen, anscheinend aber doch die bei direktem Dolus zu verhängende Strafe den Schuldigen nicht voll treffen. Auf Vorhersehbarkeit des Erfolges im einzelnen Falle soll es nicht ankommen. Hat B — so entscheidet *Klee* — infolge einer von A herbeigeführten Eisenbahntransportgefährdung eine leichte Verwundung erlitten, so soll der Täter für den Tod des B, der durch Schuld des behandelnden Arztes herbeigeführt ist, verantwortlich sein, obwohl hier, wie *Klee* sagt, ein adäquater Kausalzusammenhang nicht vorliegt. Aber A, der dem B eine Ohrfeige verabfolgt, kann nach *Klee* nicht aus StGB. § 226 bestraft werden, wenn B infolge eines durch den Schlag verursachten Aufbruchs eines Geschwürs, dessen Vorhandensein dem A nicht bekannt war, stirbt. Allein Gefahr ist immer in bezug auf einen Erfolg nur da, wenn letzterer vorhergesehen werden konnte, die Unterscheidung *Klees* also nicht möglich, wie sie denn in den angeführten Beispielfällen auch schwerlich befriedigen wird. Allerdings kann das Gesetz in gewissen Fällen auch eine *Praesumptio juris et de jure* dahin aufstellen, daß eine Gefahr vorhanden sei; diese in der Erfolgshaftung liegende *Praesumptio juris et de jure* läßt sich, ohne dem Gesetze Gewalt anzutun, nicht für einzelne Fälle außer acht lassen. Es kommt dann nur auf den Kausalzusammenhang an.

würde, falls in bezug auf den schwereren Erfolg Fahrlässigkeit (im Sinne der herrschenden Ansicht über Fahrlässigkeit), Vorhersehbarkeit angenommen wird, die aus der idealen Konkurrenz<sup>401b)</sup> der beiden Fahrlässigkeitsdelikte oder des einen vorsätzlichen Deliktes mit dem Fahrlässigkeitsdelikte sich ergebende Strafe allerdings zu gering ausfallen, wenigstens dann, wenn die im deutschen Strafgesetzbuche und auch anderwärts geltenden (verkehrten) Grundsätze über die Bestrafung der idealen Konkurrenz beibehalten werden. Es würden indes weder besondere Bestimmungen über dergleichen Fälle bei einzelnen Delikten nötig sein, noch bestände die Notwendigkeit einer dem allgemeinen Teile einzufügenden allgemeinen Bestimmung,<sup>402)</sup> wenn man 1) den Grundsatz beseitigte, demzufolge im Falle idealer Konkurrenz nur die Strafe des schwersten Deliktes auszusprechen ist, 2) die Strafe der groben Fahrlässigkeit genügend hoch greifen könnte;<sup>402a)</sup> denn allerdings, wenn die beiden Erfolge der vorsätzlich und der fahrlässig herbeigeführte, gleichsam auf derselben Linie sich befinden, wie leichte und schwere Körperverletzung, so wird hier dem Schuldigen unschwer die Möglichkeit des schlimmeren Ausganges einleuchten.

**§ 248.** Der Regel nach wird *de lege ferenda* bei vorsätzlich begangenen Straftaten (und bei denjenigen Polizeiübertretungen, bei denen fahrlässige und vorsätzliche Begehung nicht genau unterschieden wird, sowohl bei fahrlässiger wie bei vorsätzlicher Begehung) die Strafverfolgung von Amts wegen das richtige Prinzip sein.

<sup>401b)</sup> In manchen Fällen absorbiert freilich der schwerere Erfolg den geringeren; wenn fahrlässige Brandstiftung aber den Tod eines Menschen verursacht, ist dies z. B. nicht der Fall.

<sup>402)</sup> Eine allgemeine Bestimmung über Bestrafung eines bei Begehung eines Deliktes (schuldhaft) verursachten weiteren Erfolgs empfiehlt nach dem Muster des StGB. für Finnland Art. 21 § 6 *Liszt* a. a. O. Sie wird auch wohl einschlagenden Bestimmungen für einzelne Delikte vorzuziehen sein. Die gerechteste Bestrafung würde aber, weil die Verkettung des Erfolgs mit der anderweitigen Deliktshandlung doch sehr verschiedenartig sein kann, die im Texte angedeutete Methode der Gesetzgebung verbürgen. Allerdings muß die sog. ideale Konkurrenz anders behandelt werden, als jetzt der Fall ist. Es wird davon im dritten Bande die Rede sein.

<sup>402a)</sup> Die Strafe fahrlässiger Tötung, nach StGB. im Höchstmaße drei Jahr Gefängnis, ist für den Fall der Tötung einer größeren Anzahl Menschen durch grobe, eine Art von Gewissenlosigkeit zeigende Fahrlässigkeit zu niedrig bemessen.

Anders dagegen dürfte es der Regel nach bei den Fahrlässigkeitsdelikten stehen. Die Strafbarkeit einer Fahrlässigkeit hängt in einer großen Anzahl von Fällen vom Zufall ab, da glücklicherweise viele selbst stark unvorsichtige Handlungen ohne schädliche Folgen bleiben. Sodann ist niemand, auch der Beste nicht, völlig davor gesichert, eine Unvorsichtigkeit zu begehen, so daß es sich empfiehlt, die Bestrafung auf Fälle zu beschränken, in denen der verursachte Schaden sich stark fühlbar macht. Endlich ist öffentliche Bestrafung der Schadloshaltung des Beschädigten oft hinderlich, wenn der Schuldige Geldstrafe und Kosten zahlen soll oder die Möglichkeit des Erwerbes durch Verurteilung zu Freiheitsstrafe längere Zeit verliert. Schadloshaltung des Beschädigten wird aber mit Recht von der Volksmeinung, wenn die Tat nicht in Wahrheit eine schlimme Gesinnung verrät, für wichtiger angesehen als Strafe des Schuldigen, die in gewissem Umfange auch durch strenge Entschädigungspflicht ersetzt werden kann. Und weil die Schadloshaltung gerade bei schweren Verletzungen besonders wichtig ist, empfiehlt es sich auch nicht, bei schweren Fällen eine Ausnahme zu machen und sie von Amts wegen verfolgen zu lassen; auch wird bei schweren Verletzungen die dann oft bedeutende Entschädigungspflicht meist als erhebliche Strafe empfunden werden.<sup>403)</sup> Es sollte also in Fahrlässigkeitsfällen der Regel nach die Strafverfolgung nur auf Antrag des Verletzten stattfinden.

Freilich wird dadurch der zahlungsfähige Wohlhabende tatsächlich begünstigt. Indes kann daraus ein Einwand nur von demjenigen entnommen werden, der auch die Geldstrafen absolut verwirft und deshalb selbst die geringfügigsten Delikte der Ahndung durch die eine oder andere Art einer Freiheitsstrafe ersetzen möchte.<sup>403a)</sup> Gerade die Abhängigkeit der Bestrafung von dem Antrage des Verletzten muß die Wirkung haben, daß regelmäßig der Wohlhabende oder Reiche mehr

<sup>403)</sup> Der Fall, daß der Schuldige selbst der Antragsberechtigte ist — z. B. der Vater hat sein unmündiges Kind verletzt — ist in einem anderen Zusammenhange (bei der Lehre vom Strafantrag) zu erörtern.

<sup>403a)</sup> Anderer Meinung, aber ohne eingehende Begründung, namentlich ohne Beachtung der Hinderung des Schadenersatzes durch die Bestrafung, *Löffler*, Vergleichende Darstellung, bes. Teil 5 S. 379, der aber bei jeder erheblichen Körperverletzung Verfolgung von Amts wegen will.

zählen wird, als der in dürftigen Verhältnissen Lebende, während andererseits die Ausschließung der Strafe ohne weiteres, wenn genügender Schadensersatz geleistet würde, wie in Rom zur Kaiserzeit in gewissen Fällen, als ein wirkliches und daher nicht zu billiges Privileg des Wohlhabenden oder Reichen darstellen würde. Ausnahmen scheinen nur richtig, wenn der Tod einer Person dem Fahrlässigen zur Last fällt oder ein gemeingefährliches Delikt in Frage steht. In Fällen der letzteren Art hat neben dem unmittelbar Geschädigten die Gesamtheit ein besonders starkes Interesse an der Repression, und wenn der Verletzte tot ist, kann diejenige Person, welche am meisten betroffen ist, nicht mehr dem Staate gegenüber ausdrücken, wie die Schädigung von ihr empfunden wird; auch wird der Eindruck der Tat, wenn sie den Tod eines Menschen verursacht hat, besonders stark sein.

Im ganzen entsprechen, abgesehen von der, wie dargelegt wurde, verkehrten Bestimmung des § 232 Abs. 1 über Verfolgung von Körperverletzungen mit Übertretung einer Berufs- oder Gewerbspflicht die Vorschriften unseres StGB. diesen Ausführungen. Während fahrlässige, selbst schwere Körperverletzung nur auf Antrag des Verletzten bestraft wird, findet bei fahrlässiger Tötung, fahrlässiger Brandstiftung sowie fahrlässiger Herbeiführung einer Überschwemmung, Strandung, Gefährdung eines Eisenbahntransportes usw. Verfolgung von Amts wegen statt.

Unter den früheren deutschen Gesetzbüchern bestrafte das württembergische Art. 267, und das sächsische § 175 die fahrlässige Körperverletzung nur auf Antrag;<sup>404)</sup> einige andere Gesetzbücher ließen die schwersten Fälle von Amts wegen verfolgen, so das altenburgische Art. 139, das thüringische Art. 136, das preußische § 198,<sup>405)</sup> das bayerische von 1861 Art. 239, aber auch andere Körperverletzungen, wenn sie mit Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung verbunden waren, so das hessische Art. 272, das nassauische Art. 265.<sup>406)</sup> Das italienische

<sup>404)</sup> In mehreren Gesetzbüchern, so im hessischen Art. 279, nassauischen Art. 273 wurde fahrlässige Körperverletzung durch Gift übrigens von Amts wegen verfolgt.

<sup>405)</sup> Das preußische StGB. ließ, wie bemerkt, daneben noch die mit Übertretung einer Amts- oder Berufspflicht begangenen fahrlässigen Körperverletzungen ohne Antrag verfolgen.

<sup>406)</sup> Der *Code pénal* art. 319, 320 fordert zur Verfolgung von fahrlässig zugefügten Körperverletzungen zwar nicht die *Plainte* des Verletzten, aber tat-

StGB. Art. 375 verlangt nur in wenigen schweren Fällen Straf-antrag (*Querela di parte*),<sup>407)</sup> ebenso der schweizerische Vorentwurf von 1903 Art. 78, dagegen läßt das norwegische StGB. §§ 237, 238 auch in den schwersten Fällen nur auf Antrag ver-folgen. Der österreichische Entwurf 1893 § 244 (235) stimmt, das Erfordernis des Antrages betreffend, mit dem deutschen StGB. überein.

§ 249. Bemerkenswert ist, daß das englische Recht, in noch weit höherem Grade aber das nordamerikanische<sup>408)</sup> Recht Fahrlässigkeit seltener straft, als dies in Deutschland und viel-leicht besonders seit einigen Jahrzehnten der Fall ist. Mögen nun auch die nordamerikanischen Geschworenen in der Straf-loserklärung von nicht vorsätzlichen Delikten allzu weit gehen, so kann doch eine zu rigorose Rechtsprechung in Fahrlässig-keitsfällen dem Ansehen und der Wirkung der Strafjustiz nicht förderlich sein. Die Bestrafung von Fahrlässigkeitsfällen enthält — sofern man nicht allgemein auch die bloße Gefährdung von Leib oder Leben strafen will, eine gesetzgeberische Maß-regel, die, Fälle einer Gemeingefahr abgerechnet, durchaus zu widerraten ist — immer, wie dargelegt, ein Moment der Unge-rechtigkeit, sofern die Fahrlässigkeit nicht zu einer Art von Gewissenlosigkeit sich steigert. Man straft in Fällen leichter Fahrlässigkeit oft gewissermaßen ein Unglück, das von der schuldigen Person auch ohne Strafe schwer empfunden wird. Ganz minimale Strafen aber haben da keinen Sinn, oder glaubt man, es sei dem Ansehen der Strafjustiz förderlich, wenn eine Mutter, die durch eine ganz geringfügige, leicht vorkommende Unvorsichtigkeit den Tod eines geliebten Kindes verursacht hat, zu einer Woche oder ein paar Wochen Gefängnis verur-teilt und mit ihrer übrigen Familie dadurch zugleich der bitter-sten Not überliefert wird? Glaubt man, es sei zweckmäßig, in solchen an den reinen Zufall grenzenden Fällen die übergroße Strenge der Rechtsprechung durch die Begnadigungsgewalt ausgleichen zu lassen? Und der meist dem Risiko des prak-

sächlich wird ohne Verlangen des Verletzten von der Staatsanwaltschaft, welche die Erhebung der öffentlichen Klage anlangend ein freieres Ermessen walten lassen darf, wohl nur höchst selten eingeschritten werden.

<sup>407)</sup> Ähnlich der schweizerische Vorentwurf Art. 78, der daneben noch die im deutschen StGB. aufgeführten Fälle der Verfolgung ohne Antrag will.

<sup>408)</sup> Vgl. A. Hartmann, Die Strafrechtspflege in Amerika 1906, S. 88 ff.



tischen Lebens wenig ausgesetzte Berufsrichter neigt in Fahrlässigkeitsfällen leicht zur Strenge, weil hinterher sich oft unschwer deduzieren läßt, wieviel man hätte vorhersehen können und müssen.<sup>409)</sup>

§ 250. Kann jemand bestraft werden, auch ohne daß ihn ein Verschulden trifft an der Herbeiführung eines Tatbestandes, der, rein äußerlich betrachtet, den Erfordernissen eines Deliktes genügt?<sup>410)</sup>

Die verneinende Antwort ergibt sich einfach daraus, daß als Handlungen oder Unterlassungen eines Menschen nur solche Tatsachen bezeichnet werden können, die in irgend einen Zusammenhang mit seinem Willen gebracht oder als Produkte seines Charakters aufgefaßt werden können (wie letzteres bei der unbewußten Fahrlässigkeit der Fall ist).<sup>411)</sup> (Doch kennt das StGB. selbst in einem Falle eines Vergehens eine Verurteilung ohne Schuld der Verurteilten — wenigstens nach dem Wortlaute des Gesetzes und der darauf sich stützenden Ansicht!<sup>412)</sup>

<sup>409)</sup> Übrigens werden schon weniger Verurteilungen wegen Fahrlässigkeit vorkommen, wenn die oben bekämpfte Theorie der bloßen *Conditio sine qua non* für den Kausalzusammenhang aufgegeben wird.

<sup>410)</sup> Vgl. über diese Frage namentlich die Ausführungen *Bindings*, Normen 2 S. 609ff. Die besonderen Bestimmungen des Preßrechtes konnten hier nicht erörtert werden.

<sup>411)</sup> Daß bei Polizeibertretungen ebenso wie bei anderen Delikten die Schuldfrage in Betracht kommen muß, folgt auch aus dem in *Bar*, Geschichte S. 348 Gesagten; übereinstimmend die Verhandlungen der internationalen kriminal. Vereinigung Bd. 7 S. 197ff. — *Tuossi*, *Diritto penale* 4 S. 145 verlangt bei Polizeibertretungen sogar stets Dolus; aber dieser werde, vorbehaltlich Gegenbeweis, vorausgesetzt, wenn das Faktum vorliege.

<sup>412)</sup> Es ist dies der Fall der Verurteilung wegen sog. übler Nachrede (StGB. § 186). Die Verurteilung wird — abgesehen von der „Wahrnehmung berechtigter Interessen“, § 193 — nur ausgeschlossen, wenn die „behauptete oder verbreitete Tatsache“ — *rectius* die aufgestellte oder verbreitete Behauptung (einer Tatsache) — „erweislich wahr ist“, also die Verurteilung geradezu abhängig gemacht, ohne Rücksicht auf *bona fides* des Angeklagten, von dem oft sehr zufälligen Schicksale des Wahrheitsbeweises; das ist eine unzulässige Übertragung der zivilprozessualen Lehre von der Beweislast auf den Strafprozeß und oft eine starke Ungerechtigkeit, namentlich wenn die Gerichte vergessen, daß selbst im früheren gemeinen Zivilprozesse ein sog. äquipollenter Beweis zuweilen im Interesse materieller Gerechtigkeit zugelassen wurde, und daß, wenn schließlich um eine Kleinigkeit die bewiesenen von den behaupteten Tatsachen differieren, dies weder für den Ruf des Beleidigten noch für die Schuld des Angeklagten von Erheblichkeit ist. Vgl. gegen jene Bestimmung: *H. Meyer* § 84, Anm. 19. Durch etwas künstliche Interpretation suchen zu helfen: *Hülschner* 2 S. 193, *Binding*, Lehrb., bes. T. 1 S. 158 (auch Normen 2 S. 611). Über die dem Wortlaut entsprechende Praxis des RG. vgl. *Olshausen* zu § 186 Nr. 8. Durch die Konstruktion, die Erweislichkeit der Tatsache bilde einen Strafausschließungsgrund — so das RG. in Rs. 4 S. 782 E. 19 Nr. 109 S. 386 — ist die Verein-

Von dem früheren preußischen OT. ist aber zur Zeit der Geltung des preußischen StGB.s der entgegengesetzte Satz in Beziehung auf Polizeiübertretungen und Vergehen gegen Zoll- und Steuergesetze, soweit letztere nicht ausdrücklich die Absicht der Defraudation forderten, aufgestellt, wiewohl keineswegs konsequent durchgeführt worden.<sup>413)</sup> Bei konsequenter Durchführung hätte man allerdings auch zurechnungsunfähige Personen bestrafen müssen, und wenn gewisse Fälle doch nach dem Gerechtigkeitsgeföhle mit der Bestrafung zurechnungsunfähiger Personen auf gleiche Linie zu stellen waren, so konnte diese Erwägung zuweilen eine gegen jenes Prinzip verstoßende Entscheidung herbeiföhren, da man auf einen dasselbe sanktionierenden gesetzlichen Text sich zu berufen nicht vermochte. Formell ermöglicht war jene Jurisprudenz dadurch, daß das preußische GB. einen allgemeinen Teil nur für Verbrechen und Vergehen enthielt, nicht aber auch für Übertretungen, und daß in der Kommission der preußischen II. Kammer über die Anwendung solcher allgemeinen Grundsätze auf die Übertretungen recht unklare Ansichten herrschten,<sup>414)</sup> weshalb dann die Sache der Rechtsprechung überlassen wurde.<sup>415)</sup>

§ 251. Seit das StGB. die Bestimmungen des allgemeinen Teils auch auf die Übertretungen erstreckt hat, ist solche dem Wesen des Strafrechts völlig widersprechende Praxis bei den Übertretungen der Regel nach unmöglich geworden. Für Kontraventionen gegen Gesetze über Entrichtung öffentlicher Abgaben hat aber noch das Reichsgericht<sup>416)</sup> die Ansicht ausgesprochen:

barkeit des § 186 mit den sonst geltenden strafrechtlichen Grundsätzen nicht zu retten; denn dies würde heißen, es sei das Erzählen nachteiliger Tatsachen, auch wenn sie wahr sind, an sich unerlaubt.

<sup>413)</sup> Über diese Praxis vgl. *Loos*, Allgemeine deutsche Strafrechtszeitung 1870, S. 323—347.

<sup>414)</sup> Allerdings ist zu berücksichtigen, daß, wie einzelne Fälle zeigen, die Befürchtung mitwirkte, man möchte bei Anwendung der allgemeinen für Verbrechen und Vergehen geltenden Grundsätze gerade bei Polizeiübertretungen möglicherweise auch den Rechtsirrtum als Entschuldigung gelten lassen.

<sup>415)</sup> *Goldammer*, Materialien 2 S. 709 und *Temme*, Lehrb. d. preuß. Strafrechts S. 1088 zogen daraus den richtigen Schluß, daß die allgemeinen für Verbrechen und Vergehen aufgestellten Grundsätze auch auf Übertretungen Anwendung finden müßten, sofern sie nicht ausdrücklich oder ihrer Natur nach auf Verbrechen und Vergehen beschränkt seien, oder für Übertretungen ausdrücklich andere Grundsätze aufgestellt seien.

<sup>416)</sup> RG. I. 4./6. 83 E. 8 Nr. 120, bes. S. 415.

daß die Strafbarkeit der Abgabenhinterziehung weder strafbaren Vorsatz noch schuldhafte Fahrlässigkeit erfordere, vielmehr schon durch Nichtbeobachtung der gesetzlichen Verpflichtung begründet werde<sup>417)</sup>

und diesen Standpunkt als den „gemeinsamen der Gesetze über Entrichtung öffentlicher Abgaben und speziell auch in Bayern geltend“ bezeichnet. Dieser Satz ist aber bei Steuer- und Zollgesetzen nicht minder unhaltbar als bei anderen Gesetzesübertretungen. Soll ich hier ohne Rücksicht auf Vorsatz und gar Fahrlässigkeit verurteilt werden können, so hat ein Dritter es in der Hand, durch eine boshafte Veranstaltung mich in Strafe zu bringen: er bewirkt es, daß eine von mir geforderte Erklärung nicht in die Hände der zuständigen Behörde gelangt; er mischt boshafterweise den in meiner Fabrik angefertigten Fabrikaten verbotene Surrogatstoffe bei usw., und wenn derjenige, welcher bestraft werden soll, ein Kind oder sonst unzurechnungsfähig ist, so darf dieser Umstand ebensowenig die Strafe abwenden.<sup>418)</sup> Eine legislative Zurückweisung hat diese Strafe ohne Schuld verhängende Theorie<sup>419)</sup> erfahren durch das neue preußische Stempelgesetz von 1895. § 18 dieses Gesetzes sagt ausdrücklich, daß, „wenn aus den Umständen sich ergibt, daß eine Steuerhinterziehung nicht hat verübt werden können oder nicht beabsichtigt worden ist“, nicht die Defraudationsstrafe, vielmehr nur eine (möglicherweise recht geringe) sog. Ordnungsstrafe eintreten soll. Es ist also nur die in anderen Deliktsfällen die Anklage treffende Beweislast<sup>420)</sup> einigermaßen verschoben.

§ 252. Auch die sog. Ordnungsstrafen<sup>420a)</sup> der moder-

<sup>417)</sup> Eine haltbare Begründung solcher Strafe ohne Schuld ist es wohl nicht, wenn im Urteil des RG. III. 20./11. 82 E. 7 Nr. 74, bes. S. 241 für solche Haftung ohne Schuld — es wird ausdrücklich gesagt, es komme darauf nicht an — in Ansehung des Wechselstempelgesetzes bemerkt wird: „Der Staat ist gleichmäßig dabei interessiert, daß die ihm zukommenden Abgaben ihm nicht geflissentlich entzogen werden, wie daß die Entrichtung derselben nicht aus Nachlässigkeit, Gleichgültigkeit, Unkenntnis oder dergleichen Motiven“ (der ohne Schuld etwas Unterlassende handelt also aus Motiven) „unterbleibt.“

<sup>418)</sup> Nach den Entscheidungsgründen RG. IV. 3./12. 96 E. 30 Nr. 114 bes. S. 365 soll freilich Strafe auch bei Steuerkontraventionen gegen Strafunmündige ausgeschlossen sein.

<sup>419)</sup> RG. II. 19./2. 84 E. 10 Nr. 33, bes. S. 111.

<sup>420)</sup> Selbstverständlich nur insofern überhaupt im Strafprozesse von Beweislast die Rede sein kann.

<sup>420a)</sup> Vgl. *Preger*, Archiv für öffentliches Recht 7 S. 365 ff., bes. S. 391.

nen Gesetze setzen, wenn nicht das Gegenteil besonders verordnet ist, wenigstens Fahrlässigkeit voraus, sind aber außerdem häufig berechnet auf den Fall des Rechtsirrtums über das in dem Spezialgesetze enthaltene Verbot oder Gebot.

Übrigens läßt auch bei Gesetzen über Entrichtung öffentlicher Abgaben eine zivilrechtliche Auffassung sich denken, die dann freilich als solche auch konsequent innegehalten werden müßte.

Das Gesetz — so kann gesagt werden — legt unter gewissen Voraussetzungen eine Verpflichtung auf, gewisse Abgaben zu zahlen (z. B. auch durch Verwendung von Stempelmарken), gewisse Erklärungen abzugeben usw., und bestimmt zugleich für den Unterlassungsfall die gesetzliche Strafe als Konventionalstrafe. Dann hat im Falle unterlassener Erfüllung der Verpflichtete, ebenso wie im Zivilrecht, den Beweis der Unmöglichkeit der Erfüllung zu führen. Bei solcher Auffassung könnte z. B. der Geschäftsinhaber, der Eigentümer als solcher verpflichtet sein, und dann wäre es auch gleich, ob er zurechnungsfähig wäre oder nicht. Es könnte dann zwar mehrere solidarisch Verpflichtete geben, nicht aber Teilnehmer an der Nichterfüllung, und die Strafe könnte stets nur einmal gefordert werden,<sup>421</sup>) unbeschadet des möglicherweise dem Zahlenden gegen einen anderen zustehenden Regresses.

Der vollen Konsequenz nach würde dann auch kein Strafverfahren stattfinden, vielmehr der Fiskus im Zivilverfahren die Strafe einfordern. Bei Abgaben, über deren Betrag oder überhaupt Geschuldetsein im einzelnen Falle leicht Zweifel bestehen kann, paßt aber eine zivilistische Auffassung auch weit besser, wie denn ja schon jetzt nach dem preußischen Stempelgesetze eine Stempelangabe mit Vorbehalt der Rückforderung im Zivil-

---

*Preger* findet den Unterschied gegenüber anderen öffentliche Strafen androhenden Bestimmungen in den bei Ordnungsstrafen vorkommenden Schuldpräsumtionen. Wenn *P.* aber hierhin auch *Praesumptiones juris et de jure* rechnet, so ist dabei übersehen, daß letztere einen materiellen Rechtssatz enthalten, also Strafe ohne Schuld an einen äußeren Tatbestand knüpfen. Vielleicht kann man sagen, Ordnungsstrafe kann strengstens genommen da stattfinden, wo die Herbeiführung des deliktischen Tatbestandes durch den Straffälligen nicht völlig ausgeschlossen erscheint.

<sup>421</sup>) In der Tat hat das preußische Stempelgesetz diesen Grundsatz (wenn auch noch nicht mit voller Konsequenz) im vorletzten Absatze des § 17 angenommen.

prozesse entrichtet werden kann. Im Falle eines Dolus käme die volle Strafe zur Anwendung, in anderen Fällen eine geringere Strafe, genau wie jetzt die Ordnungsstrafen.

Vereinbar mit den Grundsätzen des Strafrechts ist bei geringfügigen Delikten eine Präsümption der Schuld, wenn der äußere Tatbestand auf jemanden als den Schuldigen hinweist; dem Angeklagten bleibt dann der Nachweis der Schuldlosigkeit (auch der Nachweis der Notstandes, des Irrtums nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen.<sup>422</sup>) Von selbst versteht sich aber jene Präsümption der Schuld auch bei Polizeübertretungen keineswegs, wie *Binding* sehr richtig ausführt; es bedarf vielmehr stets einer ausdrücklich dahingehenden Bestimmung.

§ 253. Manche Polizeigesetze — namentlich gegen Feld- und Forstfrevler — bestimmen aber ebenso wie zuweilen Steuergesetze eine subsidiäre Haftung anderer Personen als der unmittelbar handelnden Personen für die Strafe, häufig mit der Beschränkung, daß der für haftbar Erklärte nur Geldstrafe zu zahlen habe, die wegen Zahlungsunfähigkeit nicht in Freiheitsstrafe verwandelt werden darf.<sup>423</sup>) Die juristische Konstruktion dieser Haftung<sup>424</sup>) und die Frage insbesondere, wie sie mit den sonst geltenden Grundsätzen unseres Strafrechts zu vereinigen sei, ist äußerst bestritten.<sup>425</sup>) Es kann hier aber auf diese Kontroverse nicht eingegangen werden; sie führt zu tief einerseits in Spezial-, andererseits in Partikulargesetze, und bei beiden haben oft prinziplose Zweckmäßigkeitsgründe, nicht selten

<sup>422</sup>) So in einem Falle StGB. § 360 Nr. 8. — Spezialgesetze (Steuergesetze) des Reichs enthalten vielfach derartige Bestimmungen, vgl. *Binding*, Normen 2 S. 614 Anm., S. 615 ff.

<sup>423</sup>) Juristisch verschieden davon, wenngleich zum Teil denselben Zweck verfolgend, ist eine Bestrafung in solchen Fällen wegen mangelhafter Aufsicht. (So hannover. Polizeistrafbuch von 1847 §§ 37, 38.)

<sup>424</sup>) Vgl. die eingehende Monographie über diese Frage von *Reuss*, Die Haftung Dritter nach preußischen, bayerischen und Reichsstrafgesetzen. Würzburg 1900.

<sup>425</sup>) Einige halten die Haftung für eine zivilrechtliche (so *Kronecker*, GArch. 28 S. 16; *Löning*, Die strafrechtl. Haftung d. verantwortl. Redakteurs, 1892 S. 132 Anm. 1; *Liszt* § 58 Anm. 5, früher auch *Binding*, Normen 2 S. 614 Anm.). Andere wollen die Haftung als Strafe konstruieren: so *Leverkühn*, GArch. 38 S. 290—301; *Engels*, Zeitschr. 12 S. 127 ff.; *H. Meyer* § 32 Anm. 18 (*Merkel* S. 174 äußert sich in diesem Sinne in bezug auf § 153 des Vereinszollgesetzes). *Binding* I S. 489 nimmt eine strafrechtliche Bürgschaft auf Grund einer präsumierten Schuld oder einer Culpa *in eligendo* an. Eine einheitliche Konstruktion ist bei der Verschiedenheit der gesetzlichen Bestimmungen wohl nicht möglich. Vgl. in diesem Sinne auch *Hülschner* 2 S. 1008.

ohne Rücksicht auf Konsequenz die gesetzgebenden Faktoren zu einzelnen Bestimmungen veranlaßt.

Es mögen hier nur *de lege ferenda* folgende Bemerkungen Platz finden:

1. Für Steuer- und Zollgesetze kann durchgeführt werden das oben dargelegte zivilistische Prinzip, etwa mit der Milderung, daß derjenige, der die Steuer, den Zoll zu zahlen hat, oder auf dessen Namen die Erklärung abzugeben ist, sich durch den Nachweis von der Haftung für die Strafe frei machen könne, daß der unmittelbar Schuldige wesentlich nur in eigenem Interesse gegen das Gesetz verstoßen habe.

2. Bei anderen Delikten läßt sich

a) eine subsidiäre Haftung der Aufsicht führenden Personen (Eltern, Lehrherrn usw.) mit den Grundsätzen des Strafrechts nur dann vereinigen, wenn die unmittelbar tätigen Personen wegen Zurechnungsunfähigkeit nicht bestraft werden können. Der wahre Grund der Haftung ist hier die Präsumtion, daß der subsidiär Haftende die unmittelbar haftende Person benutzt habe. Bei zurechnungsfähigen Personen ist diese Annahme irrationell, und der Beweis der Anstiftung, Beihilfe, Begünstigung auch leichter zu führen.

b) Eine subsidiäre Haftung in anderen Fällen ist strafrechtlich nicht, vielmehr nur zivilistisch in dem Sinne zu konstruieren, daß dem subsidiär Haftenden dem Staate gegenüber durch Gesetz die Verpflichtung auferlegt ist, die dem eigentlich Schuldigen auferlegte Strafe als Konventionalstrafe zu zahlen (für den Fall, daß sein Gewerbebetrieb den Anforderungen des Gesetzes nicht entspricht), und daß diese Zahlung zugleich als Zahlung der Geldstrafe für diesen Schuldigen gilt.<sup>426)</sup> Daß der subsidiär Haftende sich etwa durch den Nachweis der Schuldlosigkeit — sorgfältiger Auswahl z. B. der in seinem Gewerbebetrieb tätigen Personen — befreien kann, oder daß gegen ihn der Nachweis der Fahrlässigkeit erbracht werden kann,<sup>427)</sup> spricht nicht gegen diese Konstruktion; denn

<sup>426)</sup> Vgl. Reichsgesetz betr. die Besteuerung des Branntweins 24./6. 87 § 32 und den hier in Bezug genommenen § 66 des früheren Gesetzes vom 8./7. 68.

<sup>427)</sup> Nach BGB. § 339 ist die Vertragsstrafe nur im Falle des Verzugs des Schuldners verwirkt, und Verzug tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat.

dergleichen mildernde Bestimmungen sind auch bei anderen, lediglich durch Privatvereinbarung bestimmten Konventionalstrafen möglich. Es ist ebenso kein Gegenargument, daß die subsidiäre Verbindlichkeit in dem gegen den eigentlich Schuldigen angestregten Strafprozeß festgestellt wird. Konnten doch im früheren gemeinrechtlichen Inquisitionsprozeß allgemein Schadenersatzansprüche im Wege der Adhäsion geltend gemacht werden.

Unvereinbar mit dieser Auffassung aber ist eine Bestimmung, welche, wenn mehrere wirklich Schuldige an dem Delikte beteiligt sind, dem subsidiär Haftenden für dieselbe Handlung eine Garantie für die sämtlichen Geldstrafen auferlegt, wohl aber vereinbar eine nach richterlichem Ermessen bis zu einem Maximum steigende Garantie, falls mehrere Personen an dem Delikte beteiligt sind; denn durch solche Beteiligung mehrerer steigert sich die Bedeutung des Deliktes. Ebenso wenn der subsidiär Haftende selbst an dem Delikte nachweislich beteiligt wäre. Die subsidiäre Haftung als Strafe gedacht, könnte bei strafunmündigen Personen und ebenso bei minderjährigen, für die ein Vertreter das Geschäft führt, wie bei juristischen Personen keine Anwendung finden; die zivilistische Auffassung gestattet solche Haftung. Wird durch Urteil ausgesprochen, daß eine Schuld nicht vorhanden ist, oder verzichtet der Staat durch Begnadigung des Schuldigen auf die Strafe,<sup>427a)</sup> oder läßt er eine Freiheitsstrafe an diesem vollstrecken, so muß die Haftung des Garanten auch nach den Grundsätzen des Zivilrechts fortfallen.

§ 254. Für Verletzung ganz bestimmter Pflichten (Omissivdelikte), die in gewissen Gewerbebetrieben vorkommen können, möchte es sich übrigens empfehlen, den Geschäftsinhaber an erster Stelle mit einer als gesetzliche Konventionalstrafe aufzufassenden Geldstrafe haftbar zu machen, die aber nur im Falle nachzuweisenden eigenen unmittelbaren Verschuldens<sup>428)</sup> — nicht etwa bloßer *Culpa in eligendo* — in Freiheitsstrafe verwandelt werden dürfte.<sup>429)</sup> Der Geschäftsinhaber würde für

<sup>427a)</sup> Ebenso wenn Verjährung der Strafverfolgung eingetreten ist.

<sup>428)</sup> In diesem Falle hätte der Geschäftsinhaber das Delikt unmittelbar mitbegangen. Es liegt also kein Grund vor, die sonst geltenden Grundsätze der Strafverwandlung nicht zur Anwendung zu bringen.

<sup>429)</sup> Diese Verwandlung könnte aber aus anderen Gründen bei dem einzelnen Delikte, z. B. einer Stempelsteuerkonvention, ausgeschlossen sein.

die Geldstrafe auch haften, wenn der Schuldige wegen Zurechnungsunfähigkeit nicht bestraft werden könnte. Der unmittelbar Schuldige aber würde nicht deshalb von Strafe frei sein dürfen, weil der Geschäftsinhaber Strafe zahlt, da sonst Angestellte und Arbeiter im Dienste des Geschäftsinhabers diesen nach Belieben in Strafe bringen könnten, ohne selbst Strafe fürchten zu müssen. Eine Befreiung des Geschäftsinhabers aus dem Grunde, daß bei der Auswahl des Angestellten oder Arbeiters mit genügender Sorgfalt verfahren sei, würde die Strafbestimmung gegen den Geschäftsinhaber meist illusorisch machen und könnte leicht zu Kollisionen des Geschäftsinhabers mit dem Angestellten führen, wenn etwa die Begehung des Delikts, z. B. die Beschäftigung von Arbeitern über die gestattete Stundenzahl hinaus oder an Feiertagen, dem Geschäftsinhaber bedeutende Vorteile brächte; der Geschäftsführer würde dann im Falle der Entdeckung leicht die Strafe auf sich nehmen können.

---





# Der Versuch.



*Mittermaier*, N. Arch. d. Cr. 1 (1817) S. 163—262; 4 S. 1—23. *Hepp*, Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft 1827, S. 256—368. *Luden*, Abhandlungen aus dem gemein. teutschen Strafrecht Bd. 1, Über den Versuch des Verbrechenens, 1836. *Zachariae*, Die Lehre vom Versuch des Verbrechenens, 2 Bde. 1836, 1839. *Pfotenhauer*, Über den Einfluß des Irrtums auf Versuchsverbrechen, Abt. 1, 1838. *Bauer*, Abhandlungen aus d. Strafrecht 1 S. 305—408. *Otto*, Der Versuch der Verbrechen, 1854. *Krug*, Die Lehre vom Versuch der Verbrechen, 1854 (Vorabdr. aus *Weiskes Rechtslexikon*). *Zachariae*, GArch. 3 S. 162—180; 289—305; 5 S. 575—595. *Bar*, Zur Lehre vom Versuch und Teilnahme am Verbrechen, 1859. *Mittermaier*, GS. 1859 S. 197 bis 240 und S. 403—450 (Die Verbrechen, bei denen es an dem erforderlichen Gegenstände des Verbrechenens mangelt und der Versuch mit untauglichen Mitteln). *Geyer*, Erörterungen über den allgemeinen Tatbestand der Verbrechen nach österreichischem Rechte. Innsbruck 1862, S. 47—89. *Carrara*, *Lesioni sul grado nella forma fisica del delitto*. Lucca 1863. v. *Buri*, GS. 1867 S. 60—80. *Seeger*, Die Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbrechen in der Wissenschaft des Mittelalters, 1869 (in der Festschrift der Univ. Tübingen). *Hertz*, Über den Versuch mit untauglichen Mitteln, 1874. *Lammasch*, Das Moment der objektiven Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechenensversuches, Wien 1879. *Seeger*, Über den Versuch d. Verbrechen nach röm. Recht, 1879 (Tübinger Festschrift für *Wächter*). *Laßen*, *Om Betingelserne för Forsøgets Strafbarhed*, Kopenhagen 1879. *L. Cohn*, Zur Lehre vom versuchten und vollendeten Verbrechen, Bd. 1 1880. *Goldfeld*, Über den Versuch mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objekten, 1882. v. *Buri*, GS 321—389. *Baumgarten*, Die Lehre vom Versuche des Verbrechenens, 1888. *L. Cohn*, Die Grundsätze über den Tatbestand des Verbrechenens und der heutige Gattungsbegriff des Versuches, 1889. *R. Herzog*, Rücktritt vom Versuch und tätige Reue, 1889. *Köhler*, Studien aus d. Strafrecht 1890, 1 S. 1—44. *H. v. Meyer*, Über den Anfang der Ausführung, 1892 (Festschr. d. Tübinger Juristenfakultät für *Berner*). *Eisenmann*, Zeitschr. 13 S. 454—536. *Goldschmidt*, Die Lehre vom unbeeidigten und beeidigten Versuch. Breslauer Diss. 1895. *Thomsen*, Über den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte, 1895. *Bouke*, Rechtswissenschaftliche Untersuchungen 1897, S. 209—244. *Oetker*, Zeitschr. 17 S. 53—69. *Klee*, Wille und Erfolg in der Versuchslehre, 1898. *Hes*, *Poging tot Misdriff volgens het Italiaansche Recht*. Groningen 1898. *A. Horn*, Zeitschr. 20 S. 308—361. *Delaguis*, Der untaugliche Versuch und das Wahnverbrechen, 1904. *Kriegsmann*, Wahnverbrechen und untauglicher Versuch, 1904. *Fr. Cohn*, Der untaugliche Versuch und das Wahnverbrechen, 1904. *Roever*, Der untaugliche Versuch *de lege lata* und *de lege ferenda*, Rostocker Diss. 1905. v. *Overbeck*, GS. 65 S. 119—240.

§ 255. Das Strafrecht hat diejenigen Handlungen, welche der Strafe unterliegen sollen, genau zu bezeichnen (Tatbestand). Fehlt einer Handlung eines derjenigen Merkmale, welche die strafbare Handlung (die auf Grund einer bestimmten Gesetzesvorschrift zu bestrafende Handlung) bezeichnen, charakterisieren, so fällt sie nicht unter das Strafgesetz; sie ist, wenn überhaupt kein Strafgesetz aufgefunden werden kann, dessen

Tatbestand sie völlig darstellt, eine erlaubte. War der Wille nicht auf Verwirklichung alles desjenigen gerichtet, was nach dem Sinne des Gesetzes von dem Willen des Handelnden umfaßt sein muß,<sup>1)</sup> so ist ein doloses Delikt nicht vorhanden.

Umfaßt aber der Wille alles dieses, während die Handlung es nicht oder nicht vollständig verwirklicht,<sup>1a)</sup> so kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht dieser auf Verbotenes, Verwerfliches gerichtete Wille als solcher Bestrafung erfordere.<sup>1b)</sup>

Denn das Strafrecht richtet sich gegen den strafbaren Willen. Aber wir müssen beschränkend sagen: nur falls er sich betätigt; denn nur dann erhält er die erforderliche Gewißheit; nur dann ist er von einer unbestimmten Neigung, über welche das Individuum nicht selten selbst sich täuscht, mit Sicherheit zu unterscheiden. Zugleich ist in Betracht zu ziehen, daß selbst bei nur durch Worte geäußerten Plänen und Entschlüssen (sog. Willensmanifestationen), einige Ausnahmefälle abgerechnet, der Eindruck auf andere, auf weitere Kreise ein oft verschwindender, jedenfalls mit Sicherheit nicht zu würdigender ist. Dagegen seitens der Strafjustiz einzuschreiten, würde widersinnig sein. *„Cogitationis poenam nemo patitur.“* L. 18 D. 48, 19: *„Nec consilium habuisse nocet, nisi et factum secutum fuerit“* (L. 53 § 2 D. 50, 16) *„fugitivus non est, qui solum consilium fugiendi . . . suscepit, licet id se facturum jactaverit, sed qui ipso facto fugae initium mente deduxerit; nam et furem, adulterum, aleatorem, quamquam aliqua significatione ex*

<sup>1)</sup> Das Gesetz kann die Strafbarkeit gewisser Handlungen abhängig machen von dem Eintritt bestimmter Tatsachen, welche von dem Willen des Handelnden völlig unabhängig sind oder bzw. unabhängig sein können. Auf diese sog. Bedingungen der Strafbarkeit (vgl. oben S. 423 Anm. 269b) braucht der Wille selbstverständlich nicht gerichtet zu sein.

<sup>1a)</sup> Soweit die den Inhalt des Willens bildende Vorstellung für das Recht erheblich ist, muß sie dem Deliktsbegriffe entsprechen: insoweit jene Vorstellung nicht rechterheblich ist, braucht sie im Willen nicht enthalten zu sein oder kann irrtümlich sein. Der Irrtum über die rechtliche Qualifikation der in allen ihren Elementen richtig aufgefaßten Handlung ist, da diese Qualifizierung durch den Handelnden selbst das Wesen der Handlung nicht berührt, weder ein Mangel am Tatbestande, noch läßt er die Handlung als Versuch erscheinen. Die Handlung ist in solchem Falle entweder vollendetes Delikt, oder sie ist, ungeachtet sie der Handelnde für strafbar hielt, straflos. Die dialektische Frage, inwiefern der Versuch als Mangel am Tatbestande zu bezeichnen ist oder davon sich unterscheidet, soll hier nicht untersucht werden.

<sup>1b)</sup> Über die Frage der Möglichkeit eines fahrlässigen Versuchs vgl. unten.

*animi propositione cujusque sola quis dicere posset . . . tamen oportere eadem haec crimina adsumto actu intellegi*“ (L. 225 D. 50, 16).<sup>2)</sup> Nur krasser Despotismus oder eine religiöse Gemeinschaft,<sup>2a)</sup> welche die Anmaßung hegt, den Grund der Seele erforschen zu können, vermöchte zur Bestrafung von Gesinnungen und nur in ausgesprochenen Gedanken geplanten Handlungen sich zu verirren.<sup>3)</sup> Straft man aber nur dann, wenn der Handelnde den vollen Tatbestand des Deliktes verwirklicht, insbesondere einen bleibenden oder länger fühlbaren Erfolg erreicht hat, so wird dem Wollen zu wenig,<sup>4)</sup> dem Zufall allzu große Bedeutung beigelegt und zugleich das Strafrecht, welches die Handlung mißbilligen soll, zu wenig dem Zivilrecht gegen-

<sup>2)</sup> Nicht beweisend dagegen ist, daß einige kaiserliche Konstitutionen, wenn sie von Unternehmungen gegen den Kaiser reden oder in heiligen Zorn zum Wohle der Klöster geraten, ihre Worte nicht genau abwägen, um desto mehr abzuschrecken. Vgl. darüber und insbesondere über L. 5 C. 9, 8; L. 6 C. 1, 12; L. 5 C. 1, 3: *Zachariae* 1 S. 185 ff.

<sup>2a)</sup> So wiederholt auch das kanon. Recht Decr. Grat. II c. 33 dist. 1 (*de poenitentia*) cap. 14 den Satz: *Cogitationis poenam nemo patitur*; nur in Ansehung der Ketzerei hielt man es anders — vgl. *Menochius, De arbitrariis iudicium quaestionibus* II c. 4 casus 360 n. 6: „*Excipitur* (von dem Grundsatz *Cog. p. n. patitur*) *crimen haeresis, cujus sola cogitatio voluntate confirmata punitur, modo scilicet lege ejusque ministro cognita sit.*“ Freilich sagt die Dissertation von *Goldfeld* (S. 31), es sei nicht ersichtlich, woher der Schuldige(?) ein Recht darauf haben solle, daß der nicht irgendwie in Tat umgesetzte verbrecherische Entschluß nicht gestraft werde. Da diese Dissertation überhaupt über die Grenzen von Recht und Moral völlig im Unklaren ist, sind es denn auch nur „Opportunitätsgründe“, die gegen die Bestrafung bloßer Entschlüsse — was ein Entschluß ist hat der Verfasser zu sagen unterlassen — sprechen.

<sup>3)</sup> Aber die ausgesprochene Absicht, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, kann möglicherweise bereits ein nur wirkliche Äußerungen erforderndes, anderes Delikt enthalten. Die Äußerung, einen andern mißhandeln zu wollen, wird zuweilen schon als wirkliche Beleidigung strafbar sein.

<sup>4)</sup> Dieser Begründung steht nahe eine Begründung der Strafbarkeit des Versuches durch die Normentheorie. Die Normen wenden sich an den Willen der Menschen, insofern dieser bestimmte Wirkungen nicht herbeiführen soll. In der Konsequenz liegt es, daß der Wille auch dann getroffen wird, wenn er diese Wirkungen (Erfolge) herbeizuführen sucht, sie aber in Wirklichkeit nicht herbeiführt. (Vgl. im Sinne des Textes *Lanmasch*, Das Moment d. obj. Gef. S. 59 ff. *Binding* selbst gibt eine eingehende Begründung der Strafbarkeit des Versuches nicht. Seine Willens- wie seine Kausalitätstheorie stellen hier Schwierigkeiten entgegen. Vgl. *Lanmasch* S. 57 ff.) Aber positiv betrachtet bezieht ein Gesetz, welches die Herbeiführung eines Erfolgs verbietet, sich deshalb noch nicht auf die ergebnislose Bestrebung den Erfolg herbeizuführen, und jedenfalls kann die Normentheorie lediglich den Willen des Handelnden berücksichtigen, nicht aber auch den Eindruck der Tat. Dieser Mangel kann nicht überwunden werden durch das Hereinziehen des Begriffs der Gefahr; denn die Normen müssen diese Gefahr allein im subjektiven Sinne des Handelnden nehmen, oder es hört jede Konsequenz in der Normentheorie auf; es muß nach der Normentheorie genügen, daß der Handelnde seine Handlung für gefährlich hält, die Gefahr herbeizuführen trachtet.

über hervorgehoben, welches die Verpflichtung zum Schadenersatz nur an einen wirklichen Erfolg<sup>4a)</sup>, an den vollständig im konkreten Falle verwirklichten Tatbestand, an die Vollendung des Deliktes knüpfen kann. Daher wird ein mehr entwickeltes Strafrecht in gewissem Umfange auch die nur begonnene Tat, die den beabsichtigten Erfolg nicht hat, den Versuch, bestrafen, und je mehr das Wesen einer Straftat darin besteht, gerade das Gemeinwesen unmittelbar selbst zu schädigen, um so weniger wird schon auf früheren Stufen der geschichtlichen Entwicklung ein bleibender äußerer Erfolg ein Erfordernis der Bestrafung sein; denn das Gemeinwesen als solches hat zwar äußerlich hervortretende Organe und Machtmittel, ist aber selbst nichts Körperliches; ein ihm zugefügter Schaden ist also ebenfalls oft sinnfällig nicht wahrzunehmen.

§ 256. Aber man darf nicht vergessen, daß auch beim Versuche die in die Außenwelt tretende Tat eben des Eindrucks wegen, den sie auf weitere Kreise macht, eine gewisse selbständige Bedeutung besitzt, daß sie nicht nur als Manifestation des der Rechtsordnung widerstrebenden Willens in Betracht kommt;<sup>5)</sup> sonst müßte allerdings der Versuch strafrechtlich der Vollendung gleichstehen. Die öffentliche Mißbilligung, welche das Wesen der Strafe ausmacht, ist nicht erforderlich (und wäre deshalb sogar schädlich), wenn die Tat in ihrer äußeren Erscheinung absolut nicht den Eindruck, es sei ein Verbrechen begangen, hervorruft, vielmehr erst eine genaue Untersuchung feststellt, daß böser Wille bereits die Außenwelt berührte und in — tatsächlich harmlose — Bewegung versetzt hat. Der leicht in der Konsequenz eines Prinzips über-

---

<sup>4a)</sup> Strafrechtlich kommt nur der Erfolg im Sinne des Gesetzes in Betracht. Ob der Handelnde den von ihm erstrebten, ihn subjektiv befriedigenden Erfolg erreicht, ist strafrechtlich gleichgültig. Die Tat kommt nicht in ihrer Bedeutung für den Handelnden, vielmehr in ihrer Bedeutung für die allgemeine Rechtsordnung in Betracht. Es ist daher auch theoretisch richtig, daß unsere Rechtsprache von Vollendung und Versuch redet, Worte, die eine mehr objektive Beziehung, ein Messen des Geschehenen nach einem allgemein gültigen Maße anzeigen, nicht aber Worte wie beendigte und nicht beendigte, bzw. gelungene und andererseits mißlungene Tat gebrauchen, welche entschieden mehr auf die in der Absicht des Handelnden liegende, subjektive Energie oder Befriedigung Bezug haben (*Lammasch*, Grundr. d. Strafrechts, S. 32. möchte theoretisch die letzteren Ausdrücke vorziehen).

<sup>5)</sup> Das war stets die Meinung der großen italienischen Juristen des Mittelalters. Vgl. in diesem Sinne besonders *Carrara*, *Progr. parte generale* I § 355.

sehene Eindruck<sup>5a)</sup> der Tat begrenzt also die Strafbarkeit des Versuchs.<sup>6)</sup>

Diese weitreichende selbständige Bedeutung des Eindruckes der Tat, welche weder in der Theorie der Vergeltung noch in der Idee der Schutzstrafe oder Spezialprävention noch in der Theorie der Abschreckung genügend zur Geltung kommt, übersehend, haben viele ein anderes Prinzip aufgesucht, um eine dem unmittelbaren Gefühle widerstrebende Bestrafung auszuschließen, einerseits in solchen Fällen, in denen die Handlung doch allzu weit von der letzten die Vollendung unmittelbar ermöglichende Tätigkeit entfernt schien, andererseits in solchen Fällen, in denen nur eine eingehende Untersuchung oder etwa ein Geständnis des Handelnden selbst eine Umsetzung des verbrecherischen Gedankens in Tat zu entdecken vermag (untauglicher Versuch).

Man hat dies Prinzip gefunden in dem Erfordernis der Gefährlichkeit des Versuchs: nur der gefährliche Versuch sollte strafbar sein.<sup>7)</sup> Rein subjektiv gefaßt, vom Standpunkt des Handelnden aus betrachtet, ist aber jede Versuchshandlung gefährlich; denn nach der Vorstellung des Handelnden kann sie zur Vollendung führen, und man kann auch jeden, der versucht ein Verbrechen zu begehen, als einen gefährlichen Menschen bezeichnen. Mit der Einfügung des Begriffs der

5a) Meine Schrift über Versuch und Teilnahme hat die für die Begrenzung der Strafbarkeit zu beachtende Würdigung des Eindrucks der Tat unbeachtet gelassen, ist somit zu sehr der rein subjektiven Theorie gefolgt.

6) Ähnlich ist die Begründung der Strafbarkeit des Versuchs bei *Hälschner* 1 S. 331 ff.; *Geyer*, Grundr. 1 S. 130; *H. Meyer* § 30 (der von *Geyer* gebrauchte Ausdruck, Versuch sei teilweise Verwirklichung der verbrecherischen Absicht, ist aber ungenau, vgl. dagegen *Finger* 1 S. 298).

7) Dafür *Feuerbach*, Lehrb. § 42, Beilageheft S. 528; *Rossi* 2 S. 310 ff.; *Heffter* § 75 Anm. 5; *Zachariä* 1 S. 233 ff. und GArch. 5 S. 583 ff.; *Geib* 2 S. 309; *Kohler*, Studien S. 20; *Merkel* S. 132; *Birkmeyer*, Enzyklopädie, 2. Aufl., S. 21 (Rechtsgütergefährdung); *Liszt* § 46, I; *Klee* S. 19, 28, 37 ff.; anscheinend auch *Wachensfeld*, Enzyklopädie S. 268. — Gegen die Begründung der Strafbarkeit des Versuchs durch dessen Gefährlichkeit: *Buri*, GS. 40 S. 503—540; *Delaguis* S. 94 ff. Man pflegt subjektive und objektive Versuchstheorien zu unterscheiden, je nachdem der strafbare Versuch lediglich in dem in Tat unzweifelhaft hervorgetretenen Willen, das Verbrechen zu begehen, gefunden wird, oder neben diesem Willen noch bestimmte objektive Beziehungen der Tat zur Vollendung gefordert werden. Besonders scharf und rein ist die subjektive Theorie durchgeführt von *Buri*, dessen Ausführungen dann wesentlich für die Praxis des Reichsgerichts maßgebend geworden sind. Die Differenz tritt praktisch hervor in der Bestimmung des Anfangspunktes der Strafbarkeit und namentlich in der Lehre vom sog. untauglichen Versuche.



Gefahr in diesem Sinne ist also nichts gewonnen. Völlig objektiv und konkret dagegen betrachtet war eine Tat, die Versuch geblieben ist, nie gefährlich. Es kann daher eingewendet werden, daß mit Anerkennung dieses Erfordernisses die Möglichkeit eines strafbaren Versuchs überhaupt geleugnet werde, wie insbesondere *Hälschner*, *Buri* und *Lammasch* geltend gemacht haben.

§ 257. Aber die in dieser Beziehung siegreiche den in der Tat hervortretenden Willen allein betrachtende subjektive Theorie vermochte ihrerseits jene durch das unmittelbare Gefühl geforderten Beschränkungen — z. B. die Straflosigkeit des Versuchs unter der Anwendung rein abergläubischer Mittel — nur durch andere Sätze zu begründen,<sup>71)</sup> welche von den Vertretern der objektiven Theorie wirksam angegriffen werden konnten. Einerseits war dies die Betonung der Ernstlichkeit des Willens; indes selbst bei dem Versuch mit abergläubischen Mitteln versagte diese Beschränkung; denn die Festigkeit des Aberglaubens, das Vertrauen in das angewendete übernatürliche Mittel, war in manchen Fällen nicht zu leugnen. Andererseits wollte die öffentliche Meinung sich nicht beruhigen lassen, wenn der Versuch, eine gar nicht vorhandene Person zu töten oder bei mangelnder Schwangerschaft einen Abortus zu veranlassen, für strafbar erklärt wurde (letzteres besonders in der der subjektiven Theorie folgenden Praxis des RG.).

Daher hält *Kohler* die Gefahr als Erfordernis der Strafbarkeit des Versuchs aufrecht. Aber, anscheinend, um dem Einwande zu begegnen, daß das Erfordernis objektiver Gefahr für einzelne körperliche Objekte die gesamte Theorie des Versuchs beseitige, erblickt er die Gefahr lediglich in der Gefährdung der allgemeinen Rechtsordnung, ohne eine Gefahr für konkrete Objekte für erforderlich zu erachten. Es bleibt

<sup>71)</sup> Vgl. über die hierauf sich beziehenden Ausführungen *Buris: Deliquis* S. 175 ff. — Auf die sonderbare Theorie *L. Cohns*, welcher so ziemlich alles als wertlos verurteilt, was bis auf das Erscheinen seines — nicht zu Ende geführten — Werkes in der Versuchslehre geleistet war, einzugehen, erübrigt sich nach den Widerlegungen, welche sie durch *Buri*, GS. 32 S. 320 ff., *List*, Zeitschr. 1 S. 93 ff. und *Lammasch*, *Grünhuts* Zeitschr. 9 S. 294 ff. erfahren hat. Es ist eine eigentümliche, man möchte sagen halsbrechende Dialektik, auf welche das umfangreiche Buch hinauskommt. Der Versuch, den *Cohn* in seiner späteren Schrift gemacht hat, sie zu retten, kann nur als mißlungen bezeichnet werden. Vgl. übrigens auch *R. Loenig* in der Deutschen Literaturzeitung 1881 Nr. 15.

dabei aber allzu unbestimmt, was unter Gefährdung der allgemeinen Rechtsordnung zu verstehen sei. Hervorgehoben wird freilich die Empfindung der Furcht vor Wiederholung des Unternehmens bei der bedrohten Person, eigentlich also die Gefährlichkeit des Täters. Andererseits soll der Wille des Täters doch wieder nicht gefährlich sein, wenn er sich in dem entworfenen Plane der Ausführung nicht dem Naturkausalismus anpaßt, obschon es sehr möglich ist, daß, nach dem Mißlingen des auf falscher Auffassung der Naturgesetze beruhenden Plans der Täter, falls er einen festen Willen hat, nunmehr einen zweckentsprechenden Plan ins Werk setzt.<sup>7b)</sup> Ein anderer Autor,<sup>7c)</sup> ausgehend von der Ansicht, daß eine Gefährdung der allgemeinen Rechtsordnung, ohne Gefährdung konkreter Objekte (oder Verhältnisse) nicht möglich, also Gefährdung eines Rechtsgutes erorderlich sei, kehrt damit in dem Hauptpunkte zurück zu der Theorie, welche, sich selbst widersprechend, für den strafbaren Versuch eine reale, nicht nur in der Vorstellung des Handelnden existierende, Gefährdung wirklicher Objekte oder Verhältnisse fordert.

Bei genauerer Betrachtung der einzelnen von verschiedenen Autoren beurteilten Fälle findet man indes, daß das richtige in dem Erfordernis des Eindrucks liegende Prinzip doch mehr oder weniger verhüllt durchblickt,<sup>7d)</sup> und in der Abhandlung *A. Horns* (vgl. bes. Zeitschr. 20 S. 357) gelangt es, wenn auch nicht bei Bestimmung des Anfangspunktes des strafbaren Versuchs, — welche auf die bewiesene persönliche Gefährlichkeit des Schuldigen gegründet wird — so doch in der Lehre vom sog. untauglichen Versuch insofern zur offenen Anerkennung, als tauglicher und untauglicher Versuch unterschieden werden nach dem Eindruck (der Gefährlichkeit), den die Tat auf einen verständigen Beobachter hätte machen müssen.

§ 258. Es ist oben bemerkt worden, daß das Strafrecht, soweit es noch in der verhüllenden Schale des Zivilrechts,

<sup>7b)</sup> Über *Kohlers* einzelne Argumente vgl. *Deliquis* S. 94—103.

<sup>7c)</sup> *Klee*, bes. S. 37 ff. Vgl. dazu *Deliquis* S. 103—121.

<sup>7d)</sup> So bei *Buri*, wenn er das Geständnis als Beweismittel für den in der Tat verwirklichten Willen absolut ausschließen will (GS. 40 Beilageheft S. 529), vgl. ähnlich auch schon *Hölschner*, Syst. d. preuß. Strafr. 1 S. 195, so bei *Kohler*, wenn er sagt (S. 1), daß beim Versuche ein Robbild der Tat genüge, dies Robbild aber bereits die Züge der Tat zeigen müsse.

also des Privatdeliktes sich befindet, den Begriff des Versuchs nicht aufkommen läßt, daß dagegen bei den gegen das Gemeindewesen, den Staat, selbst gerichteten Verbrechen, vollendetes und andererseits versuchtes Verbrechen nicht leicht unterschieden werden, die Versuchshandlung also schon als vollendetes Verbrechen erscheint. Dieser Dualismus tritt scharf im älteren römischen Rechte hervor, und was von den eigentlichen Staatsverbrechen gilt, findet bald Anwendung auf alle Delikte, bei denen öffentliche Strafe auf Grund eines Volksbeschlusses gedroht ist. Während das Privatdelikt nur in der Verwirklichung des vollen Tatbestandes existiert, genügt bei dem öffentlich strafbaren Verbrechen entfernte Betätigung der Absicht,<sup>8)</sup> zwar nicht auf Grund eines ein für allemal festgestellten allgemeinen Satzes, wohl aber auf Grund besonderer Bestimmungen, welche öfter vorkommende Vorbereitungshandlungen als vollendete Delikte behandeln, sie ebenso strafen, als wäre der vom Täter erstrebte Erfolg wirklich eingetreten. Ebenso wie derjenige, der vorsätzlich wirklich tötete, wird nach der *La Cornelia de sicariis* bestraft, „*qui hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit*“, ja auch wer zur Tötung von Menschen Gift verkauft oder nur feil hält. „*Ejusdem legis poena adfcitur qui in publicum mala medicamenta vendiderit vel hominis necandi causa habuerit*“ (l. 1 pr. L. 3 D. 48, 8). Erst in der Kaiserzeit tritt infolge freierer Handhabung der Gesetze durch Gerichte und Wissenschaft allmählich eine Bestrafung von Versuchshandlungen auch bei den Privatdelikten ein, soweit sie jetzt öffentlicher Strafe unterworfen werden, und wird zugleich über den Kreis der speziell mit Strafe bedrohten, den eigentlichen Erfolg nicht bewirkenden Handlungen immer mehr hinausgegangen, so daß schließlich die ernstlich auf Verwirklichung des eigentlichen Erfolges gerichtete Handlung allgemein gestraft wird, aber zuweilen — diese Fälle bilden die Ausnahme — milder.<sup>8a)</sup> Zu einem dem

<sup>8)</sup> Übereinstimmend *Mommsen*, Röm. Strafrecht S. 95—97. — Anders *Pernice*, *Labo* 2. Aufl. 1 S. 116.

<sup>8a)</sup> Die allgemeine Bestrafung des Versuchs im späteren römischen Recht ist von vielen bestritten. So von *Luden*, Abhandl. 1 S. 9ff.; *Zachariae*, Versuch 1 S. 125—137; *Köstlin* a. a. O. S. 109—126 u. a. — Daraus, daß in den genau in den Quellen dargestellten Fällen in den noch nicht zur Vollendung gediehenen Handlungen auch das vollendete Delikt der Injurie gefunden werden

modernen Versuchsbegriffe konformen Begriffe gelangte das römische Recht jedoch deshalb nicht, weil es von Anfang an in ziemlich willkürlicher Weise im öffentlichen Strafrechte unter die Strafdrohung des Gesetzes Handlungen zog, welche nur in recht entfernter Beziehung zu dem von dem Schuldigen erstrebten Erfolge zu stehen brauchten,<sup>9)</sup> und man darf nicht, von unserer gegenwärtigen formalen Auffassung ausgehend, verlangen, daß das spätere römische Recht alle diejenigen Handlungen auch als Versuch hätte bezeichnen müssen, welche nach dem Wortlaut des Gesetzes oder nach kaiserlichen Reskripten, oder nach der Jurisprudenz als Vollendungshandlungen bestraft wurden.<sup>9a)</sup> Der praktische Sinn der Römer verhinderte, zu weit von dem eigentlich materiellen Erfolge zurückliegende Handlungen, die tatsächlich Versuch des Versuchs gewesen wären, der Strafe zu unterwerfen.

§ 259. Im deutschen Rechte erscheint ungeachtet der engen Verbindung von Strafrecht und Schadenersatz schon früh die Buße auch für Versuchshandlungen im Sinne des gegenwärtigen Rechts im Kompositionensystem,<sup>10)</sup> vielleicht weil der Germane mehr noch als der Römer in der absichtlichen Rechtsverletzung zugleich eine Nichtachtung der Persönlichkeit, also eine Beleidigung erblickte, solche Beleidigung aber schon in dem Beginne der Handlung gefunden wurde. Freilich bringt die dem germanischen Strafrecht prinzipiell

---

konnte, ist ein Gegenbeweis gegen die Annahme einer später allgemeinen Bestrafung aller Versuchshandlungen im heutigen Sinne nicht abzuleiten. Die Möglichkeit jener juristischen Konstruktion konnte sehr wohl die Entstehung des allgemeinen Rechtssatzes befördern, der doch in vielfachen Einzelbestimmungen schon des früheren Rechtes durchschimmert — man vgl. darüber auch den Ausspruch Ciceros, *pro Milone* 7, 19 — und nachher in einzelnen Stellen sehr deutlich und bestimmt ausgesprochen oder angewendet ist. Vgl. L. 1 § 3 D. 48, 8, *Paull. Rec. Sentent.* V, 23 § 2 . . . „*ideoque qui quum vellet occidere id casu aliquo perpetrare non potuerit, ut homicida puniatur.*“ L. 5 C. 1, 3: „*Si quis non dicam rapere, sed attemptare tantum matrimonii iungenai causa sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali poena feriatur.*“ Auch in der L. 9 C. 9, 16 werden allgemein *Insidiae* und Willensbeteiligungen „*si quolibet alio genere voluntatem occidendi habuisse inveniatur*“ der Bestrafung unterworfen. Für die im Text angenommene Ansicht besonders *Geib* 2 S. 288, 289 (dasselbst noch andere Quellenstellen); *Baumgarten* S. 38 ff.; *Seeger* 1869 S. 120 ff., 1879 S. 5; *Hersog* S. 13 ff.; *Mommsen* S. 97.

<sup>9)</sup> *Seeger* (1879) S. 3.

<sup>9a)</sup> Vgl. in dieser Hinsicht bes. *Köstlin*, Die Lehre von Mord und Totschlag 1838 S. 124.

<sup>10)</sup> Vgl. L. *Salica* XX, I; XX, IV. Besonders deutlich L. *Bajuv.* VII.

eignende Beachtung des Erfolges es andererseits mit sich, daß die objektiv nicht oder minder schadende Handlung auch nur geringere Buße nach sich zieht, und wohl erst kirchliche Einflüsse und moralisierende Tendenzen oder die öfter vorkommende abwegige Auffassung des Verbrechens als (formellen) Bruch des Friedens bewirken es, daß im späteren Mittelalter süddeutsche Quellen<sup>11)</sup> die erfolglose der erfolgreichen Delikthandlung mehrfach gleichsetzen. Ein allgemeiner Versuchsbegriff aber findet sich auch in den späteren mittelalterlichen Quellen nicht; es sind immer nur besondere, wenn auch in weitgehender Absicht — insbesondere in der Absicht zu verwunden, zu töten, zu rauben — unternommene Handlungen, wie Messerzücken, Wegelagern, welche als vollendete Delikte der Bestrafung unterliegen. Indes solche Strafbestimmungen konnten der Ansicht, welche den Versuch allgemein bestraft wissen wollte, den Boden ebnen.

Die Glosse<sup>12)</sup> hatte die scheinbar widerstreitenden Stellen der römischen Quellen, insbesondere der L. 1 § 1 D. 2, 2, welche für die talionsweise Wiederanwendung eines rechtswidrigen Edikts wirkliche Anwendung, nicht nur beabsichtigte fordert, „*quod statuerit . . . cum effectu accipimus, non verbo tenus: et ideo si cum vellet statuere, prohibitus sit . . . cessat edictum*“, mit anderen Stellen, welche die Erreichung des Erfolges für die Bestrafung nicht voraussetzen, namentlich mit der berühmten L. 14 D. 48, 8: „*In maleficiis voluntas spectatur, non*

<sup>11)</sup> Vgl. Schwabenspiegel Art. 326; *Ruprecht von Freising* II, 35. Aber auch Brünner Schöffentb. §§ 242, 541, 532 und Goslarsche Statuten (*Göschens* S. 89: „We des bekant, dat he sin ghewardet hebbe und vredebrake on im welde hebban gedhan, dat is en vredebrake.“ Dazu *Geib* 2 S. 294. Über Norddeutschland vgl. *John*, Das Strafr. in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher, S. 140—190.

<sup>12)</sup> Über die Lehre der italienischen Juristen des Mittelalters ist besonders zu vergleichen: *Seeger*, Über die Ausbildung der Lehre vom Versuch in der Wissenschaft des Mittelalters, Tübinger Universitätsprogramm, März 1869. — Wie in so vielen anderen Lehren, so ist auch in der Lehre vom Versuch mittels im ganzen glücklicher Verbindung, aber auch Veredelung römischer und germanischer Prinzipien die Grundlage der späteren Entwicklung der Gesetzgebung und Wissenschaft geschaffen — mancher Fehler und selbst Sonderbarkeiten im einzelnen ungeachtet. *L. Cohn*, S. 332, hat freilich behauptet, in der Versuchslehre habe sich die von den Glossatoren und ihren Nachfolgern gestreute Saat als keimunfähig erwiesen, und die ganze hierin getane Geistesarbeit müsse vernichtet, jeder Satz, der bisherigen Literatur beseitigt werden; er hat mit dieser Meinung aber ebensowenig Zustimmung gefunden, wie mit der von ihm aufgestellten neuen Theorie. Vgl. dagegen *Lasmasch* in *Grünhuts* Zeitschr. 9 S. 301.

*exitus*<sup>12a)</sup> dadurch zu vereinigen gesucht, daß sie die ersteren auf geringere, die letzteren auf die schwersten Verbrechen bezog.<sup>12b)</sup> Während nach italienischem Statutarrecht ein Versuch ohne irgendwelchen fühlbaren Erfolg, z. B. ein Versuch der Tötung, der eine Verwundung nicht bewirkte, auch nicht bestraft wurde,<sup>13)</sup> scheint im XVI. Jahrhundert überwiegend die Ansicht vertreten zu sein, daß man nach gemeinem Rechte unter Vorbehalt einiger Ausnahmen den Versuch allgemein zu bestrafen habe, und zwar mit Ausnahme der *Delicta atrocissima* gelinder als die Vollendung.<sup>14)</sup> Solche allgemeine Bestrafung des Versuches ist unter Verweisung, was die nähere Ausführung betrifft, auf die gelehrte Jurisprudenz in dem Art. 204 der *Bambergensis* und darauf im Art. 178 der CCC. rezipiert worden, freilich nur für die peinlich zu ahndenden, nicht für die nur bürgerlicher Strafe unterliegenden Delikte.

Dieser Artikel ist für die gemeinrechtliche Theorie und Praxis maßgebend geworden. Er ist bestimmt, was die allgemeine Bestrafung des Versuches überhaupt, unbestimmt so weit er das Maß der Bestrafung betrifft, und wie man aus den Italienern ersieht, ergriff die Jurisprudenz bei dem Widerstreit der Meinungen häufig das Auskunftsmittel einer mildereren Be-

<sup>12a)</sup> Diese Stelle behandelt freilich in Wahrheit gar nicht den Gegensatz von Versuch und Erreichung des Erfolges, vielmehr den Gegensatz von beabsichtigtem und kasuellem Erfolg.

<sup>12b)</sup> Vgl. besonders *Gl. ad leg. 5 C. 1, 3.* Genaue Nachweise bei *Seeger S. 13.* — *Petrus de bella Pertica, Lectura super prim. p. Codicis ad leg. 5 C. cit.*, macht dagegen die richtige Unterscheidung zwischen *Delicta privata* und *Delicta publica*, die dann auch meist festgehalten wird.

<sup>13)</sup> *Gandinus Rubr. de rebus non portandis n. 11 i. f.* „Immo de generali consuetudine Italiae nunquam actus vel conatus punitur nisi sequatur effectus.“ Nach *Bonifacius de Vitalinis, Rubr. de inquisitionibus n. 38.* wird nach der *Consuetudo generalis* wer in tödlicher Absicht verwundet nur wegen Verwundung bestraft.

<sup>14)</sup> Vgl. darüber *Zachariä 1 S. 96ff.* und *Clarus § fin. qu. 92.* besonders aber *Seeger a. a. O.* Wie sich aus *Seegers* Nachweisungen ergibt, herrschte aber eine starke Verwirrung der Ansichten bezüglich der Interpretation des doch meist maßgebenden Statutarrechts, wenn letzteres nur Strafbestimmungen über das vollendete Delikt enthielt, des Versuches dagegen überhaupt nicht gedachte. *Menchius* (der ja freilich dem Mittelalter nicht mehr angehört, aber Gewohnheitsrecht und Statutarrecht, sowie die mittelalterlichen Schriftsteller genau kennt), sagt schließlich nach längerem Referat über die verschiedenen Meinungen: „*Attentatum habetur pro perfecto et consummato, non est secundum naturam et veritatem, sed per fictionem, quae fictio non habet locum in statutis.*“ — *Menchius* bemerkt dann (n. 110), daß, auch wenn das Statutum über den Versuch nicht bestimme, der letztere zwar nicht mit der *poena ordinaria*, wohl aber mit der *poena extraordinaria et arbitraria* geahndet werde.

strafung. Theorie und Praxis haben darauf diese mildere Bestrafung durchweg als Prinzip aufgestellt, die geringere oder stärkere Annäherung an die Vollendung dabei als Maßstab annehmend.<sup>15)</sup> Nur vereinzelt wird noch spät, so von *Boehmer*,<sup>16)</sup> die Meinung vertreten, daß bei dem *atrox delictum* der Versuch ebenso zu strafen sei wie die Vollendung, sofern der Schuldige alles getan habe, was seinerseits zur Vollendung zu tun nötig war, eine Ansicht, die auch noch in der *Theresiana* Art. 13 § 2 gesetzlich sanktioniert wurde. Andererseits bestimmt der *Codex Juris Bavarici Criminalis* XII, § 3, selbst in dem Falle, daß der Täter alles getan hätte, was er den Umständen nach zu tun vermochte, selbst bei *Delicta atrocissima* für den Versuch mildere Strafe, und dasselbe geschieht im preußischen allgem. Landrecht II, 20 §§ 39—42.

§ 260. In starken Gegensatz hierzu ist später die französische Gesetzgebung getreten. Bis zu dem Gesetze vom 22. *Prairial* des Jahres IV galt<sup>17)</sup> ebenfalls mildere Bestrafung des Versuchs,<sup>18)</sup> ausgenommen bei den allerschwersten Verbrechen. Seit jenem Gesetze gilt im französischen Rechte prinzipiell gleiche Bestrafung des Versuchs und der Vollendung; freilich hindert seit dem Gesetze v. 28. April 1832 nichts, gerade in dem Ausbleiben des Erfolges, in dem Mangel der Vollendung mildernde Umstände in jedem einzelnen Falle nach einem uneingeschränkten Ermessen zu erblicken und so gleichwohl in der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle eine mildere Bestrafung eintreten zu lassen. Andererseits aber ist die Dreiteilung der strafbaren Handlungen je nach der Schwere der im Maximum angedrohten Strafen im französischen Rechte

<sup>15)</sup> Vgl. die Nachweisungen bei *Zachariä* 1 S. 182 und besonders *Berlich* Concl. IV, 10 n. 18, sagt: „*Hodie omnium locorum generali consuetudine inductum ut, ut conatus etiam perfectus non puniatur* (d. h. mit der *poena ordinaria*) nisi effectus sequatur.“ Ebenso verlangt insbesondere *Kress* 178 § 2 n. 6 allgemein zur Verhängung der *Poena ordinaria* den Effectus. *Carpsov* qu. 17 n. 13 qu. 19 n. 52 ff. behauptet bei einigen sehr schweren Verbrechen Gleichstellung des Versuchs mit der Vollendung in Gemäßheit der *generalis consuetudo*.

<sup>16)</sup> CCC. art. 128 §§ 8 ff. Gegen *Boehmer* wieder *Berger*, *Electa jur. crim.* S. 2 (der nur bei *crimen majestatis* eine Ausnahme macht; *Quistorp*, Grunds. d. peinl. R., 6. Aufl. I § 97, besonders aber *Aleinschrod*, System. Entwickl. I §§ 39—41.

<sup>17)</sup> *Hülse* 1 n. 241, 242.

<sup>18)</sup> Über das Recht vor der Revolution vgl. *Jousse* 2 S. 637, 638.

(vgl. *Code pénal* art. 2, 3) die Bedeutung beigelegt, daß der Versuch bei *Crimes* stets, bei *Délits* aber nur in einigen Ausnahmefällen, bei Übertretungen niemals gestraft wird.

Dem französischen Rechte schlossen sich später an annähernd das württembergische Gesetz v. 13. Aug. 1849 Art. 10, 11,<sup>19)</sup> das preußische Strafgesetzbuch § 32, dieses mit der gegenüber dem französischen Gesetze von 1832 bemerkenswerten Verschlechterung, daß nur bei verhältnismäßig wenigen Delikten die Feststellung mildernder Umstände möglich war, dagegen wieder mit dem Zugeständnisse an das Prinzip des früheren gemeinen Rechts, daß Todes- und lebenslängliche Zuchthausstrafe als Strafen des Versuchs ausgeschlossen waren,<sup>20)</sup> das bayerische v. 1861 Art. 49 mit der Modifikation, daß die Gerichte für befugt erklärt wurden, Todes- und lebenslängliche Zuchthausstrafe bei Versuch auszuschließen, in anderen Fällen aber auf die Hälfte des gesetzlichen Strafminimums herabzugehen.

§ 261. Überwiegend hielt dagegen die übrige deutsche Partikulargesetzgebung an dem Prinzip der ausnahmslos milderen Bestrafung des Versuches fest, und dies ist in § 41 des StGB. wieder zum Siege gelangt,<sup>21)</sup> so daß der Richter im allgemeinen bis auf ein Viertel des gesetzlichen Strafminimums bei Bestimmung der Versuchsstrafe herabgehen kann, Todes- oder lebenslängliche Zuchthausstrafe aber stets ausgeschlossen ist. Dagegen ist beibehalten das Prinzip des französischen Rechts, den Versuch eines Vergehens nur in den Fällen zu bestrafen, in denen dies besonders bestimmt ist (§ 43 Abs. 2).

Der Versuch eines Verbrechens geht aber aus eben derselben Gesinnung hervor wie das vollendete Verbrechen. Es

<sup>19)</sup> Unter die Minimalstrafe des vollendeten Verbrechens herabzugehen hing vom richterlichen Ermessen ab; andererseits war der Versuch von Vergehen nur straflos bei einem Vergehen, welches vollendet nur Gefängnisstrafe bis zu drei Monaten nach sich zog.

<sup>20)</sup> Ebenfalls gegenüber dem französischen Rechte verschlechtert das österreichische Recht, vgl. GB. 1852 §§ 8, 47, 52. Der Umstand, daß das Delikt nicht vollendet wurde, ist nur Milderungsgrund — richtiger Strafminierungsgrund — innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens. Allerdings wird überall, wo das Gesetz für die Vollendung eine absolut bestimmte Strafe festsetzt, für den Versuch eine besondere (gelindere) Strafe bestimmt. Vgl. *Lanmasch*, Grundriß d. Strafrechts, 2. Aufl. S. 35; *Finger*, Österreich. Strafr. I S. 248.

<sup>21)</sup> Abs. 1: „Das versuchte Verbrechen oder Vergehen ist milder zu bestrafen als das vollendete.“



ist daher rationell, Beschränkungen der Ehren- und politischen Rechte, welche das vollendete Verbrechen treffen oder nach dem Ermessen des Richters treffen können, in der gleichen Weise auch mit der Versuchsstrafe der betreffenden Delikte zu verbinden; es handelt sich hier nicht sowohl um das Maß eines Strafübels, als vielmehr um Würdigkeit oder speziell auch Vertrauenswürdigkeit der Person, möglicherweise auch um deren Gefährlichkeit. Daher bestimmt auch StGB. § 45 mit Recht:

„Wenn neben der Strafe des vollendeten Verbrechens oder Vergehens die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zulässig oder geboten ist, oder auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden kann, so gilt gleiches auch von der Versuchsstrafe.“<sup>21a)</sup>

Für Nebenstrafen,<sup>22)</sup> die nicht unter jene Gesichtspunkte zu bringen sind, z. B. Konfiskationen, kann indes das Gesagte nicht gelten; solche andere Nebenstrafen können das Maß des Strafübels empfindlich vergrößern, ohne eine Konsequenz der Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit der Persönlichkeit des Schuldigen zu sein. Deshalb hat für diese Nebenstrafen der Gesetzgeber bei den einzelnen Delikten gesondert zu erwägen, ob es gerecht und angemessen sei, sie auch den nur Versuchsschuldigen treffen zu lassen, und so ist auch der deutsche Gesetzgeber verfahren.<sup>23)</sup>

**§ 262.** So einleuchtend der allgemeine Satz ist, daß, abgesehen von den unbedeutenden Delikten, auch der Versuch zu bestrafen sei, so sehr kann gestritten werden und ist gestritten

<sup>21a)</sup> Es ist selbstverständlich, daß, wenn solche Bestimmung besteht, sie auch zu erstrecken ist auf einen etwa mit der Verurteilung wegen eines bestimmten Deliktes *ipso jure* eintretenden Verlust eines Ehrenrechtes.

<sup>22)</sup> Vgl. indes niederländisches StGB. v. 1881 Art. 45 Abs. 4: „Die Nebenstrafen sind für Versuch dieselben wie für das vollendete Verbrechen.“

<sup>23)</sup> Der bloße Verlust eines Amtes bedeutet nicht Unfähigkeit, nicht Unwürdigkeit oder braucht doch nicht auf letzterer zu beruhen. Daher wird der Verlust eines Amtes als Nebenstrafe ohne dahingehende besondere Bestimmung des Gesetzes nicht auch auf den Versuch des Deliktes sich beziehen. Auch die neben dem Verluste etwa zu erkennende oder erkannte Unfähigkeit, die auf bestimmte Zeit beschränkt ist (vgl. z. B. StGB. §§ 128, 129, 358), kann nur als Verschärfung des Strafübels aufgefaßt werden, braucht nicht eine wahre Unwürdigkeit zu bedeuten, hat daher nicht als allgemein für den Versuch mit bestimmt zu gelten. So auch *Olshausen* 45, 4, *Baumgarten* S. 451. Die nicht auf Zeit beschränkte Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter ist aber Erklärung einer Unwürdigkeit, gilt also der richtigen Ansicht nach (vgl. dafür auch *Olshausen*) auch für den Versuch.

wörden über den Anfangspunkt des Versuchs.<sup>24)</sup> Genügt es für die Strafbarkeit der Handlung, wenn sie erfolgt in der nachweisbar bestimmten Absicht, demnächst das Verbrechen zu begehen, mag sie auch zeitlich oder örtlich weit entfernt sein von der geplanten Vollendung? Oder ist eine engere Verbindung der Versuchshandlung, welche rechtlich in Betracht kommen soll, mit der Vollendung, der eigentlichen Verwirklichung des Tatbestandes erforderlich? Oder muß die Versuchshandlung schon in ihrer äußeren Erscheinung ein Stück des gesetzlichen Tatbestandes darstellen?

Bereits in der italienischen Jurisprudenz des Mittelalters wird ein entfernter und naher Versuch (*Conatus remotus* und *Conatus proximus*)<sup>25)</sup> unterschieden, und ungeachtet entgegenstehender Stellen des römischen Rechtes, Stellen, welche, wie bemerkt, in einigen Fällen selbst Handlungen strafen, die nur entfernt auf den eigentlichen, das Wesen des Delikts ausmachenden Erfolg hinweisen, wird ganz überwiegend nur ein der Vollendung nahestehender Akt (*Actus proximus et immediatus ipsi maleficio*) als strafbar angesehen.<sup>26)</sup> Wenn sodann die CCC. aber für den strafbaren Versuch „scheinliche Werke“ verlangt, so kann darin nach dem Verhältnisse, in welchem die CCC. zur gelehrten Jurisprudenz überhaupt stand, und nach Maßgabe der Hinweisung auf diese Jurisprudenz gerade in

<sup>24)</sup> Eine genaue Darstellung der verschiedenen Ansichten über den Anfangspunkt gibt *H. Meyer* in der S. 487 angeführten Schrift S. 1—21.

<sup>25)</sup> Vgl. über diesen Unterschied *Baldus Cons.* (Ed. *Feyerabend*, Frankfurt 1589) Vol. I c. 214.

<sup>26)</sup> Vgl. *Baldus*, Cons. III n. 443, ferner *Baldus ad leg. 11 C. 9, 1 n. 77* (hier bezeichnet *Baldus* den „*insultus ad homicidium faciendum*“ noch als „*actus remotus*“; er kann also die Anschaffung von Mitteln zur Begehung der Tat zu einem späteren Zeitpunkte z. B. sicher nicht als Versuch betrachtet haben. *Bonifacius de Vitalinis*, Rubr. *quid sit accusatio* n. 73 n. 122, besonders aber *Clarus* § fin. qu. 92 i. f. Vgl. darüber *Zachariä* S. 222. — Nach *Petrus de bella Pertica* u. *Cinus de Pistorio* (Stellen mitgeteilt von *Seeger* a. a. O. S. 42, 43) soll der Versuch der gewaltsamen Entführung erst mit der Erbrechen von Türen, der Ansetzung von Leitern an das Gemach der Nonnen, der Versuch der Tötung aber noch nicht mit dem Auflauern mit entblößtem Schwerte beginnen. Unrichtig *Hepp*, N. Arch. d. Cr. 1836 S. 244; *Pfotenhauer* S. 175 ff.; *Köstlin* 1 S. 232, welche die Unterscheidung von straflosen Vorbereitungshandlungen (*Conatus remotus*) und eigentlichen Versuchshandlungen (Ausführungshandlungen) als neu bezeichnen. Die Ausdrücke haben allerdings gewechselt, und eine Zeitlang hatte man in manchen Territorien den durch die CCC. sanktionierten Grundsatz der Italiener vergessen (vgl. *Hufnagel*, Kommentar z. StGB. für d. Königr. Württemberg 1 S. 126; *Leonhardt*, Kommentar über d. CGB. für d. Königr. Hannover 1 S. 159).

Art. 178, nur eine Billigung der Ansicht gefunden werden, daß allein der *Actus proximus* strafbar sei, in welchem, weil er unmittelbar der Vollendung vorhergeht, sich diese in ihm schon gleichsam spiegelt, eine Ansicht, die durch *Remus'* Paraphrase „*non extrinsecis et remotis factis ut adparatu telorum, veneni mali praeparatione . . . sed proximis quae ad perfectionem criminis pertingunt*“ bestätigt wird.

Diese Ansicht ist, wenn auch wohl Ausnahmen namentlich bei den Majestätsverbrechen gemacht werden, gemeinrechtlich bis gegen Ende des 17. Jahrhunderts anscheinend die vorherrschende geblieben.<sup>27)</sup> Es ist freilich schwer darüber Gewißheit zu erhalten. Allgemein gehaltene Ausdrücke beweisen meiner Ansicht nach hier wenig, sofern sie nicht durch bestimmt entschiedene Beispiele erläutert werden, vielmehr letztere fast ausschließlich dem Gebiete des *Conatus proximus*, der eigentlichen Ausführungshandlung angehören.

§ 263. Nachher beginnt in einem Teile der Theorie eine abstrakte, die Tradition und das praktische Ergebnis mißachtende Logik auch die bloße Vorbereitungshandlung als Versuch zu behandeln. Diese Theorie kam zur gesetzlichen Geltung im preuß. allgem. Landr. II, 20 § 42 (wonach sogar „vorläufige Anstalten“ als strafbar betrachtet werden) und im bayerischen StGB. von 1813 Art. 62,<sup>28)</sup> während umgekehrt die

<sup>27)</sup> *Damhouder* c. 96 n. 16, 17, c. 103 n. 1 spricht nur von der Bestrafung der *Actus proximus*. *Köselin*, S. 232, zitiert ihn freilich für die entgegengesetzte Meinung. *Carpsov* äußert sich qu. 17 n. 11 ff. nicht bestimmt; aus verschiedenen Beispielen, vgl. z. B. qu. 88 n. 3 ff., qu. 75 n. 56 ff. dürfte aber hervorgehen, daß er bei Bestrafung des Versuchs nur an Handlungen denkt, die wir als Ausführungshandlungen bezeichnen. Zuweilen ist bei *Carpsov*, *Actus proximus* der Versuch, bei dem dem Handelnden nichts mehr zu tun übrig war (beendigt der Versuch). Vgl. qu. 17 n. 36. (*Lobe*, Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe nach *Carpsov*, 1894 S. 25 ff., zieht hier aus einzelnen Stellen zu allgemeine Schlüsse.) *Kress* erwähnt des Unterschiedes nicht. Da er die *praeparatio mediorum* von der *aggressio operis* zwar trennt, aber sagt, daß der Art. der CCC. auch darauf sich beziehe, rechnet er anscheinend die sog. Vorbereitungshandlung zum Versuch. *Boehmer*, Med. (art. 178 § 2) sagt: „*quum ad crimina praeparare idem sit ac illud tentare*“, subsumiert mithin die *Praeparatio* unter den *Conatus* und bestraft nur den *Conatus remotus* gelinder. Ebenso *Quistorp* 1 § 96, aber auch *Feuerbach*, Lehrb. § 43; *Grolmann*, Lehrb. § 31 u. a. Zur wirklich herrschenden Ansicht ist diese Ansicht aber nie geworden. Vgl. dagegen z. B. aus dem ersten Viertel, bzw. Drittel des 19. Jahrhunderts *Henke*, Handb. 1 S. 255; *Bauer*, Lehrb. § 67.

Ausführlich und beredt gegen die Bestrafung der *Actes préparatoires* vom legislativen Standpunkte: *Rossi*, *Traité du pénal* 1 S. 261 ff.

<sup>28)</sup> Desgleichen in einigen Gesetzbüchern der Schweiz. Vgl. darüber *Zachariä* 1 S. 227.

österreichischen Gesetzbücher von 1787 Art. 9 und 1803 I § 7 ein Sichanschicken des Täters zur wirklichen Ausübung, bzw. das Unternehmen einer zur wirklichen Ausübung führenden Handlung forderten, das französische Recht aber seit dem Gesetze v. 22. *Prairial* des Jahres 4 bestimmt ein *Commencement d'exécution* verlangte. Nach dem Vorgange der späteren deutschen partikularen Gesetzgebung<sup>29)</sup> einschließlich des bayerischen Gesetzbuches von 1861 Art. 47, bestimmt das StGB. § 43 in einer an den *Code pénal* erinnernden Fassung, daß wegen Versuches zu bestrafen ist:

„Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, bethätigt hat . . .“

Jedoch ist hiermit nur gesagt, daß nicht jede Handlung, die mit dem Ziele der Vollendung des Verbrechens, des zugehörigen Erfolges unternommen ist, schon Versuch sei; also ist nur gesagt, daß, sobald man eine Handlung als Nichtausführungshandlung, insbesondere als Vorbereitungshandlung qualifiziert, man sie damit aus dem Gebiete des strafbaren Versuchens herausweist. Was Ausführungshandlung sei, sagt dagegen das Gesetz nicht.<sup>30)</sup>

Um aber darüber zu einer Entscheidung zu gelangen, ist es erforderlich zu untersuchen, ob überhaupt innerhalb des Gebietes aller mit Rücksicht auf die Verwirklichung eines Verbrechens-Tatbestandes unternommenen Handlungen eine engere Grenze, die nicht allzu willkürlich wäre, gezogen werden kann.

Der Konsequenz nach ist diese Frage anscheinend zu verneinen. An und für sich sind alle, auch die in äußerster Nähe an die Vollendung grenzenden Handlungen, sofern sie ohne den diese Vollendung mitumfassenden Dolus begangen werden und nicht schon ein vollendetes anderes Delikt enthalten,

<sup>29)</sup> Dies schloß nicht aus, daß nicht bei einzelnen Verbrechen, bei Hoch- und Landesverrat, allgemein auch Vorbereitungshandlungen oder doch bestimmt qualifizierte Vorbereitungshandlungen unter Strafe gestellt wurden. Vgl. auch StGB. §§ 83—86 bezüglich des Hochverrats. Für die Unterscheidung von Vorbereitungs- und Ausführungshandlung: *Mittermaier*. N. Arch. d. Cr. 2 S. 602 ff.; *Henke* I S. 255; *Abegg* §§ 94—96; *Luden*, Abhandl. 1 S. 459 ff.; *Zachariae* I §§ 105 ff.

<sup>30)</sup> Dies ist schon von *John*, Entwurf eines Strafgesetzbuchs für d. norddeutschen Bund, 1868 S. 213, richtig hervorgehoben worden.

straflose, unschuldige, das Strafrecht gar nicht interessierende Akte. Der Dolchstoß, der nicht töten, nicht verwunden soll, ist nicht strafbar, wenn er nicht zugleich den Tatbestand der Nötigung, Beleidigung usw. enthält. Wenn also der an sich rechtlich unerheblichen Handlung die Eigenschaft eines strafbaren Versuches lediglich durch die weiterreichende Absicht zukommt, wie können unter den verschiedenen von dieser Absicht getragenen Handlungen noch wieder straflose und andererseits strafbare unterschieden werden?

§ 264. Aber die Existenz eines wirklich ausharrenden Vorsatzes ist in einer großen Anzahl von Fällen von unlegbarer Ungewißheit, in vielen sogar nach praktischer Erfahrungspsychologie höchst unwahrscheinlich. Die Ungewißheit haftet nicht nur der lediglich ausgesprochenen Ansicht an; sie greift über auf die Anfänge der in Tat umgesetzten Absicht, und die eigene Meinung des Handelnden über die darin betätigte Willensenergie, und selbst ein bestätigendes Geständnis kann auf Selbsttäuschung beruhen. Daher müssen von dem rechtlich in Betracht zu ziehenden Versuche ausscheiden nicht nur — was unbestreitbar und daher allerseits zugestanden ist — solche Handlungen, die nach der eigenen Ansicht des Handelnden diesem nur erst die endliche Entscheidung erleichtern oder ermöglichen sollen, sondern auch solche, die nach den Regeln erfahrungsmäßiger Psychologie objektiv einen sicheren Schluß auf einen wirklich festen Entschluß nicht gestatten. Zum strafbaren Versuche können also nur gerechnet werden solche Handlungen, die diesen Schluß gestatten.<sup>31)</sup> Die bekannte Individualität der Person kann dabei in gewissem Maße in Betracht

<sup>31)</sup> So insbesondere Rossi 2 ch. 30. «Ce n'est... qu'une induction (l'auteur) a fait les deux tiers de la route du crime, donc il aurait achevé sa course.» Ähnlich Hélie 1 § 162; Herzog S. 180ff., der diese Deduktion als Präsumtionstheorie bezeichnet. Auch Lanmasch, S. 70, spricht hier von einer Präsumtion. — Aber es sind nicht nur Utilitätsgründe, wie Lanmasch meint, welche zur Bestrafung des nicht beendigten Versuchs kraft einer Präsumtion hindrängen. Da wo es sich um den Seelenzustand handelt, sind Beweisführungen überhaupt nur präsumtiv möglich, wir aber sind genötigt auf Grund desselben zu entscheiden. Bauke (S. 237ff.) will den Versuch in dem Zeitpunkte beginnen lassen, in welchem der Handelnde das Schwerste der Tat begangen habe. Dies Merkmal wird in manchen Fällen zutreffen; es bleibt aber zweifelhaft, ob damit nur die Überwindung des schwersten physischen Hindernisses gemeint ist, oder ob auch die Überwindung von Gegenmotiven in Betracht kommen soll. Sodann beginnt offenbar der Anfang des Versuchs nach jenem Kriterium zu spät, z. B. der Dieb hat eine Tür gewaltsam geöffnet, aber eine zweite ist viel

gezogen werden. Der Schluß ist zulässig, daß, wer öfter oder gar gewohnheitsmäßig gewisse Handlungen vorgenommen hat, zur wirklichen Ausführung einer gleichen oder ähnlichen Handlung eher gelangen werde, als derjenige, dem die verbrecherische Handlung völlig neu ist.<sup>32)</sup> Aber lediglich nach der subjektiven Meinung des Handelnden kann nicht entschieden werden, ob er von nun an — völlig unvorhergesehene Hindernisse vorbehalten — bis zur Vollendung ausharren werde.

Daher ist zunächst auszugehen von der sog. objektiven<sup>33)</sup> Abgrenzung der Ausführungs- von den Vorbereitungshandlungen, welche zugleich mehr dem Wortlaute des StGB. entspricht, also nicht die nur subjektive Ansicht des Handelnden selbst entscheiden lassen will, ohne ihre Bedeutung für den einzelnen Fall zu verkennen; denn allerdings der Handelnde kann möglicherweise, weitgehend und äußerlich der Vollendung nahestehender Tätigkeit ungeachtet, namentlich, wenn diese noch niemandes Rechte bedroht, sich die Entscheidung über die wirkliche Begehung des Verbrechens vorbehalten, und ganz besonders dann, wenn diese aller Regel nach lediglich

schwerer zu öffnen, soll hier noch kein strafbarer Versuch vorliegen? Überhaupt aber wird die an sich m. E. richtige und nur einer genaueren Ausführung bedürftige Präsumtionstheorie bei Annahme nur jenes Entscheidungsmoments auf eine zu schmale Basis gestellt.

<sup>32)</sup> Anscheinend ist dieser für die Beurteilung der einzelnen Fälle wichtige Umstand in der Theorie wenigstens bis jetzt völlig übersehen, auch von der modernsten Strafrechtstheorie, ungeachtet sie so großen Nachdruck auf Gewohnheit und Gesinnung legt.

<sup>33)</sup> Dafür Zachariä, GA. 15 S. 577 ff.; Hälschner, Merkel, Birkmeyer, Olschhausen, Lissé. — Dagegen leugnet z. B. Luden, Handb. 1 S. 394, besonders aber Köstlin, System S. 232 ff., davon ausgehend, daß allein die An- und Absicht des Handelnden entscheide — subjektiver Standpunkt — jeden prinzipiellen Unterschied von Vorbereitungs- und Ausführungshandlung. — Das RG., welches der sog. objektiven Theorie folgt, zeigt doch in deren Begründung erhebliche Schwankungen; die Entscheidungen selbst dürften meist richtig sein; der mitgeteilte Tatbestand reicht freilich regelmäßig zur gründlichen Beurteilung des Falles nicht aus. Während z. B. die Entscheidungsgründe in IV. 20./11. 86 (E. 15 Nr. 15 S. 57) zum Versuche eine zum Tatbestande des Deliktes gehörende Handlung für erforderlich erklären, bemerkt ein früheres, feiner begründetes Urteil, RG. III. 15./3. 83, Rs. 5 S. 609, daß, wenn auch in Verwirklichung eines Tatbestandsmomentes Versuch zu befinden sei, damit noch nicht entschieden sei, daß nicht auch ohne diese Voraussetzung das Delikt vollinhaltlich als in der Ausführung begriffen bezeichnet werden könne; nähme man es strenge mit der Notwendigkeit einer Verwirklichung eines Teiles des gesetzlichen Tatbestandes, so würde bei manchen Delikten, bei denen das Gesetz die Möglichkeit eines Versuchs voraussetzt, diese gleichwohl ausgeschlossen sein, z. B. bei dem Delikte StGB. § 140, 1. Mit Recht hat aber RG. I. 29./11. 80 (E. 3 Nr. 51 S. 139) angenommen, daß in dem Verlassen der Heimat unter Umständen ein Beginn der Ausführung (des Verlassens des Bundesgebiets) gefunden werden könne.

von dem Willen des Handelnden abhängt. So hat RG. III. 15./10. 83 (Rs. 5 S. 611) angenommen, daß in der Aufforderung, welche der Angeklagte an den Standesbeamten gerichtet hatte, mit der Trauung vorzugehen, ein Versuch der Bigamie noch nicht zu finden sei. Dagegen ist es unrichtig, zum Begriffe der Ausführung zu verlangen, daß die Versuchshandlung bereits einen Bestandteil des gesetzlichen Tatbestandes selbst enthalte; dann würde z. B. nicht nur das Ansetzen einer Leiter, um einen Diebstahl mittels Einsteigens auszuführen, einen strafbaren Versuch noch nicht enthalten, sondern auch das Ausholen zum Schläge, das Zielen mittels scharf geladenen Gewehres, nicht den Versuch einer Körperverletzung oder Tötung; denn daß eine Leiter angesetzt werde, daß zum Schläge ausgeholt ist, daß erst langsam gezielt werde, ist doch nicht allgemein ein nach dem Gesetze verlangter Teil der Ausführung, vielmehr die Ausführung, wie sie der Handelnde nach subjektivem Gutdünken für zweckmäßig findet.<sup>33a)</sup>

§ 265. Bei der Frage, ob nach allgemeiner psychologischer Erfahrung<sup>34)</sup> der Wille des Handelnden ausharren werde bis

<sup>33a)</sup> Ist von dem Handelnden bereits ein Teil des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht worden, so kann daraus doch keineswegs unbedingt auf den definitiven und bis zur Vollendung fortdauernden Willen ein sicherer Schluß gezogen werden. So hat auch RG. III. 17./12. 85 (E. 13 Nr. 68 S. 213) richtig entschieden. Der Angeklagte hatte zum Zwecke demnächstiger Veräußerung sich eine Anzahl falscher Fahrkarten anfertigen lassen. Dagegen war dem Urteil RG. I. 21./2. 82, Rs. 4 S. 723, nicht zuzustimmen: in der Anfertigung falscher Wechsel zum Zwecke des Gebrauchs sollte schon ein Anfang der Ausführung liegen. Wenn jemand ohne fremde Hilfe falsche Wechsel anfertigt, so dokumentiert dies an und für sich doch nicht einen so festen Entschluß, wie wenn er fremde Hilfe (zum Druck von Fahrkarten) in Anspruch genommen hat, eine Handlung, die ihn viel eher kompromittieren kann. Andererseits hat RG. II. 19./10. 83 (E. 9 Nr. 26 S. 81) einen Anfang der Ausführung in folgendem Falle anzunehmen nicht für zulässig erachtet. Der Angeklagte war nachts, mit Einbruchswerkzeug und (mit Stricken versehenen) Säcken an das Gebäude herangekommen, in welches er ohne Leiter einsteigen konnte, und war nur durch den hinzukommenden Wächter an der Wegnahme von Getreide verhindert worden. — Sehr richtig bemerkt dagegen RG. III. 15./10. 83, Rs. 5 S. 611: „Weder der Gesetzgebung noch der Wissenschaft ist es bisher gelungen, die unterscheidende Grenze zwischen strafbarem Versuche im Sinne des ‚Anfangs der Ausführung‘ des betreffenden Delikts und straflosen Vorbereitungshandlungen *in abstracto* mit absoluter Gemeingültigkeit zu normieren.“

<sup>34)</sup> Ich habe früher (Versuch u. Teilnahme S. 28) zu sehr die subjektive Seite hervorgehoben wenn ich sagte, der Versuch sei begonnen, wenn eine Tätigkeit vorliege, die der Handelnde sich als in kontinuierlichem Zusammenhange mit der Vollendung stehend vorstelle. Zunächst müssen allgemeine psychologische Erwägungen zugrunde gelegt werden; aber nach der Individualität

zu dem letzten Punkte, von welchem ab er den Ablauf der Kausalkette dieser selbst voraussichtlich überlassen muß, ist nun zunächst zu beachten der Zeitraum zwischen der als Versuchshandlung zu charakterisierenden Handlung und jenem letzten Punkte; je länger dieser Zeitraum, um so mehr kann die Willensrichtung sich als eine nicht ausharrende erweisen, um so eher eine Selbsttäuschung darüber stattfinden, um so mehr auch, je unnötiger eine Vorbereitung von langer Hand für die Begehung des Verbrechens ist, und umgekehrt. Je ferner die Handlung verschiedenen Zwecken und insbesondere unschuldigen Zwecken dienen kann,<sup>34a)</sup> um so weniger verrät sie einen bestimmten ernstlichen Willen, während eine Handlung, die den Umständen nach die verbrecherische Absicht sofort verrät, unmittelbar kompromittiert, die Ernstlichkeit des Willens eher bezeugt. Z. B. der Dieb setzt die Leiter an, um einzusteigen, oder ist im Begriff, den Nachschlüssel in das Schloß zu bringen oder die A hat das vergiftete Zuckerwerk bereits in der Wohnung des B abgegeben,<sup>34b)</sup> den sie vergiften will, oder auch nur der Post in einer Weise übergeben, welche ein schnelles Wiedererlangen ausschließt.<sup>34c)</sup> Man würde aber mit dem Erfordernis,

des Handelnden und nach der Art, wie er individuell verfuhr, kann die Entscheidung, ob Ausführungshandlung oder nicht, anders ausfallen. — *A. Horn*, Zeitschr. 20 S. 531 ff., will nach „psychophysischen Gesichtspunkten“ den strafbaren Versuch erst beginnen lassen in dem Zeitpunkte, in welchem die weitere Fortsetzung der Tätigkeit des Handelnden zu einem „triebmäßig-automatischen Tun“ wird. Damit dürfte doch der Anfangspunkt für viele Fälle zu weit hinausgeschoben sein.

<sup>34a)</sup> Vgl. auch *John*, Strafgesetzb. S. 221, der einen zwingenden Schluß aus den Tatsachen auf die gewollte Begehung des Verbrechens — ohne daß das Geständnis des Schuldigen zu Hilfe genommen werden dürfte — fordert, dieses Merkmal aber zu absolut und einseitig aufstellt.

<sup>34b)</sup> Dies letzte Beispiel bei *Impallomeni* S. 255.

<sup>34c)</sup> Bei den Beratungen über das italienische GB. hat man nach dem Vorgange *Carnignanis* und der Autorität *Carraras* folgend (vgl. Programm p. gen. I § 393) auch Vorbereitungshandlungen von Ausführungshandlungen danach unterschieden, ob die Handlung eine mehrfache oder nur eine bestimmt auf das Verbrechen zu beziehende Deutung zulasse (*Equivocità* und andererseits *Univocità*). Dies kommt zum Teil, wenn auch nicht völlig auf die Unterscheidung nach dem Merkmale des Kompromittierens hinaus. *Crivellari* 4 S. 58 hält jene Unterscheidung auch prinzipiell und *de lege lata* für richtig. *Impallomeni* 1 zu Art. 61 des italienischen GB. polemisiert dagegen und erachtet für entscheidend in welchem die Tätigkeit in die Sphäre des Angriffsobjektes eingreift (wie *Carrara* auch zuletzt angenommen hat). Dies ist nicht genau richtig; zuweilen ist ein solches *soggetto passivo* gar nicht vorhanden, und was soll man als Sphäre des Angriffsobjektes betrachten? Z. B. etwa die Post bei der Versendung vergifteter Süßigkeiten? Den Portier des Hauses, der das Paket in Empfang nimmt, welches diese Süßigkeiten enthält? *Carrara* dürfte hier auf einen Abweg geraten sein.



daß stets die Handlung nur auf ein bestimmtes Delikt gedeutet werden könnte, zu viel für die Strafbarkeit verlangen: z. B. das Ansetzen einer Leiter könnte an sich ebensogut auf Entführung, auf Hausfriedensbruch deuten; es könnte freilich ausnahmsweise auch ein Scherz beabsichtigt sein; aber darüber wird die Persönlichkeit des Handelnden und die gesamte Sachlage schwerlich einen Zweifel lassen, wenn die Handlung in solcher Weise nicht kompromittierend ist. Indes die bloße, wenn auch ohne hinzutretendes Geständnis erkennbare Absicht<sup>35)</sup> eine bestimmte konkrete Tat zu begehen, kann nicht genügen, wenngleich ohne solche Erkennbarkeit ein Versuch immer ausgeschlossen ist. Allein und absolut entscheidend ist keiner dieser Umstände. Der Handelnde könnte immer noch den Nachweis erbringen, oder es könnte doch nicht unwahrscheinlich sein, daß er sich die Entscheidung über die Begehung des Verbrechens selbst noch vorbehielt.<sup>36)</sup> Wer, in der Absicht einen Mord zu begehen, sich ein schwer zu erlangendes Gift auf Umwegen besorgt oder dasselbe mühevoll selbst bereitet, kann, so lange er das Gift noch nicht zum Genusse hingestellt oder in die Speise oder das Getränk jemandes gemischt hat, immer noch behaupten, ohne daß man ihn widerlegen kann, er habe den entscheidenden Entschluß sich noch vorbehalten. Daher ist es in der Regel zutreffend, daß das Beschaffen oder Bereiten eines Mittels zur Begehung eines Verbrechens noch nicht als Versuch gelten darf,<sup>37)</sup> und ebenso

35) So freilich das von *v. Buri* in GA. 25 S. 315 besprochene Urteil des OAG. Dresden v. 15./3. 72. Aber daß das Betreten eines Hauses, eines Zimmers in diebischer Absicht nie Versuch des Diebstahls sein könne, dürfte auch ebenso wenig richtig sein. Ich meine, wenn ein gewerbsmäßiger oder gewohnheitsmäßiger Dieb, der zu nehmen pflegt, was er irgend bekommen kann, in diebischer Absicht heimlich in ein Zimmer eines Hauses sich einschleicht, in welchem letzteren er sonst nichts zu schaffen hat, so dürfte an dem Versuche auch nicht zu zweifeln sein; anders dagegen der Fall einer Person, die noch nie einen Diebstahl begangen hat, bei der deshalb im letzten Moment eine Sinnesänderung nicht ausgeschlossen erscheint. Im äußersten Grade subjektiv und gefährlich gefaßt ist die von *Scuffert* (Mitteilungen der Intern. kriminal. Vereinigung 10, 1902 S. 480) aufgestellte Formel, der zufolge es zum strafbaren Versuch genügen soll, daß „jemand den Entschluß, ein Verbrechen zu verüben, ernsthaft betätigt hat“.

36) RG. IV. 21./10. 84 (Rs. 6 S. 641) entschied, es könne ohne Rechtsirrtum angenommen werden, der Angeklagte, der Stroh aus einem Schober stehlen wollte, habe keine Ausführungshandlung begangen, als er ein Bund Stroh in die Höhe hob, um zu sehen, ob ein Wächter im Schober verborgen sei.

37) Hier finden sich oft aber merkwürdige Ansichten. *Mittermaier* (N. Arch. d. Cr. 2 S. 605 ff.) z. B. rechnet nicht das Kaufen eines Abortivmittels

das Sichhinbegeben an den Ort, wo das Verbrechen ausgeführt werden soll, sofern die Überwindung der Entfernung einen merklichen Zeitaufwand erfordert. Wer aber einem anderen eine Waffe entreißt, um sofort damit zu verwunden oder zu töten, dürfte doch, obwohl in der ersteren Tätigkeit nur das Erlangen eines Mittels zu befinden ist, sich bereits im Stadium des Versuchs befinden, und ebenso wer mit einer Sprengbombe herbeieilt, um sie an der nächsten Straßenecke vor der wachhabenden Polizeimannschaft explodieren zu lassen. Und wohl durchaus richtig hat das RG. entschieden, es könne Versuch angenommen werden, wenn jemand einen diebischen Griff nach einer Ladenkasse tut, die er allerdings erst aufheben muß, um das Geld herauszunehmen, sollte er auch den Deckel der Kasse noch nicht berührt haben.<sup>37a)</sup>

Dagegen kommt es auf die (Anm. 32) kritisierte Unterscheidung *Mittermaiers* hinaus, weshalb nicht das Anschaffen verdorbenen Fleisches, um es demnächst zu verkaufen, wohl aber das Abspülen des gekauften Fleisches (um dem Fleische den unangenehmen Geruch zu nehmen) Versuch des Feilhaltens im Sinne des § 12, 1 des Gesetzes v. 14./5. 1879 Versuch sein soll.<sup>38)</sup> Das wissentliche Anschaffen verdorbenen Fleisches seitens einer Person, die damit Handel treibt, ist doch wohl der entscheidende Schritt, das Waschen schließt sich daran selbstverständlich an. Entweder sind beide Handlungen Versuch, oder es ist keine.

**§ 266.** Die Unrichtigkeit solcher Unterscheidungen wie die letztgenannten, beruht darauf, daß man Vorbereitung und Ausführung lediglich nach äußeren sinnfälligen Merkmalen glaubt unterscheiden zu können, einer Theorie, die das Prädikat „objektiv“ mit dem Prädikat „sinnfällig“ verwechselt und der

zum Versuch, wohl aber das Kochen des gekauften Mittels (z. B. des Tees aus den getrockneten Blättern). Durch das Kochen wird das Mittel aber erst ein zum wirklichen Gebrauch fertiges Mittel.

<sup>37a)</sup> II. 6./7. 80, Rs. 2 S. 179.

<sup>38)</sup> Diese Unterscheidung im Urte. des RG. III. 15./2. 82 (E. 6 Nr. 17 S. 46). Die richtige Entscheidung muß m. E. noch von der Feststellung weiterer individueller Umstände abhängen; z. B. von dem Umstande, ob der Angeklagte schon einmal wissentlich verdorbenes Fleisch feilgehalten oder gar verkauft hatte, ob der Angeklagte es darauf abgesehen hatte, gerade verdorbenes Fleisch besonders billig zu kaufen, oder ob ihm dies nur gelegentlich mit verkauft war (z. B. weil augenblicklich unverdorbenes ihm nicht angeboten war).

gegenüber *v. Buri* daher vollkommen recht hatte, wenn er (Kausalität S. 123, GS. 28 S. 197) von den Anhängern der objektiven Theorie verlangte, ihm endlich einmal zu sagen, was sie unter Ausführungshandlungen verstehen.

Diese Aufgabe ist dann auch weder von *Baumgarten* (S. 384—394ff.) noch von *Birkmeyer*<sup>39)</sup> gelöst worden, obwohl ersterer geglaubt hat, die Fehler der früheren Objektivisten zu vermeiden, und letzterer die wenig sagenden Paraphrasierungen *Mittermaiers* und *Goldammers* tadelte. *Baumgarten* erblickt die Ausführungshandlung in einer Einwirkung des Handelnden auf das leidende Subjekt des Verbrechens, aus welcher die bestimmte, auf die Begehung desselben gerichtete Absicht gefolgert werde und in welcher sich der Angriff auf das Rechtsgut verkörpere. Weiterhin wird dann „jedenfalls“ eine „direkte Beziehung zwischen Angriffshandlung und Angriffsobjekt“ als „erforderlich“ bezeichnet. Allein bei vielen Delikten dürfte es an einem körperlichen oder überhaupt an einem bestimmten Angriffsobjekte fehlen. Was ist z. B. das Angriffsobjekt bei dem Feilhalten verdorbenen Fleisches, und bei manchen Verbrechen ist das Objekt, an welchem die Handlung vorgenommen wird, gar nicht leidend, wie *Baumgarten* selbst zugesteht, angegriffen wird vielmehr ein Rechtsverhältnis, z. B. die Ehe einer dritten Person. Endlich aber ist der Begriff des Angriffes gar nicht so klar wie es scheint. Das Verlassen jemandes in hilfloser Lage kann Versuch der Aussetzung, der Tötung sein, und doch kann der Begriff des Angriffes hier nur sehr verkünstelte Anwendung finden; ferner ist das Legen einer Sprengbombe, das jemanden töten soll, der vielleicht erst am kommenden Tage die Stelle passiert und sie damit zur Explosion bringt, gewiß schon Versuch, aber ist derjenige, der getötet werden soll, wirklich „angegriffen“, wenn er überhaupt gar

---

<sup>39)</sup> Lehre von der Teilnahme S. 91ff. — Strafr. in *B.s* Rechtszyklopädie S. A. S. 23. *Birkmeyer* begründet das Erfordernis der Gefahr und beschränkt auch den strafbaren Versuch durch seine Kausaltheorie der überwiegenden Ursache. Aber abgesehen von den gegen diese Theorie zu erhebenden Einwendungen läßt sich wohl schwerlich behaupten, daß unzweifelhaft als Versuch strafbare Handlungen stets die überwiegende Ursache für die Vollendung schaffen. Z. B. der eintretende Dieb operiert mit einer Brechstange gegen die verschlossene Tür, aber die letztere gibt absolut nicht nach. Die überwiegende Ursache verwandelt sich denn auch alsbald in etwas, das wahrscheinlich den Erfolg verheißt. Damit ist *B.s* Kausaltheorie aber verlassen.

nicht an den Ort gelangt, wo die Bombe gelegt, wenn er statt nach A, wo diese sich befindet, von B, einem 50 Meilen von A entfernten Ort, nach C, einem ebenfalls 50 Meilen von A entfernten Ort, sich begibt? Ist hier eine direkte (körperliche) Beziehung überhaupt vorhanden gewesen? Und kann mit dem Ausdruck „direkte Beziehung“ überhaupt eine irgend genügend bestimmte, daher irgend brauchbare Vorstellung verbunden werden?<sup>40)</sup>

*Birkmeyer, Liszt* und meistens das Reichsgericht dagegen verstehen unter Ausführungshandlung eine Tatbestandshandlung. Eine Tatbestandshandlung ist aber genau betrachtet nur eine Handlung, welche mindestens einen Teil des Tatbestandes verwirklicht, nicht nur verwirklichen soll; wäre letzteres gemeint, so wäre nicht objektiv das Gesetz, sondern die Absicht des Handelnden maßgebend, d. h. die Ausführungshandlung wäre nach der subjektiven Theorie bestimmt. Also liegt bei einem Diebstahl mit Einbruch allerdings eine Ausführungshandlung vor, wenn der Dieb schon den Verschluss erbrochen oder mindestens etwas daran zerbrochen hat;<sup>40a)</sup> aber das bloße Ansetzen der Brechstange wäre noch nicht Versuch und ebensowenig das Besteigen der angesetzten Leiter, um einen Diebstahl mit Einsteigen auszuführen, noch weniger das Legen der Bombe in dem oben erwähnten Beispiele, das Hinaufschwingen auf den Wagentritt mit gezücktem Messer, um den im Wagen befindlichen Minister oder Staatspräsidenten oder Monarchen zu töten.<sup>41)</sup> Es ergibt sich also eine praktisch

<sup>40)</sup> *Garraud* 1 n. 198 ff. gibt eine reiche Anzahl von Beispielen, in denen Anfang der Ausführung in der französischen Praxis angenommen wurde, und andererseits solcher Fälle, in denen gegenteilig entschieden ist. Das unterscheidende Merkmal besteht entweder darin, daß die vorgenommene Handlung kompromittierte oder unverfänglich war, oder daß die Handlung zeitlich noch zu sehr von dem Vollendungsakte getrennt war, so daß man sagen konnte, der Handelnde habe sich den endgültigen Entschluß noch vorbehalten. Z. B. ist Versuch der Bigamie noch nicht angenommen in dem Falle, daß der Angeklagte das Aufgebot bereits beantragt hatte, oder daß der die Vermögensverhältnisse in der zweiten Ehe betreffende Vertrag unterzeichnet war, und *Garraud* nimmt an, daß auch die Publikation des Aufgebots noch nicht das Stadium des Versuchs bedeute, wohl aber (mit einer Entscheidung des KH.), daß das Erscheinen mit den Trauzeugen auf der Mairie einen Versuch der Bigamie enthalte. — Die englisch-nordamerikanische Jurisprudenz scheint prinzipiell nicht verschieden zu sein. *Archbold* S. 2; *Russel* 1 S. 3; *Wharton* 1 §§ 180 ff.

<sup>40a)</sup> Die Beurteilung solcher Fälle ist selbstverständlich nicht schwierig. Vgl. RG. II. 2./6. 85 (Rs. 7 S. 341).

<sup>41)</sup> Wohin die Tatbestandstheorie führt, zeigt die bereits erwähnte Entscheidung RG. E. 9 Nr. 81. Der (in erster Instanz wegen versuchten Diebstahls

ebenso unerträgliche wie in Ansehung der verschiedenen Fälle das Gerechtigkeitsgefühl verletzende<sup>42)</sup> Einengung des strafbaren Versuchs — und in Wahrheit ist der Begriff der Ausführungshandlung als Tatbestandshandlung für den Versuch nur zu verwerten,<sup>43)</sup> wenn das Verbrechen aus mehreren Rechtsverletzungen zusammengesetzt ist, wie der Diebstahl mit Einbruch, mit Einsteigen; denn das Gesetz selbst bezeichnet in dem Tatbestand des vollendeten Deliktes das Ziel, welches zu erreichen, zu erstreben verboten wird; der Weg, auf welchem es erreicht, erstrebt werden kann, bleibt unbestimmt, weil in unendlicher Weise möglich; dieser Weg wird vom Handelnden selbst bestimmt; er ist somit in diesem Sinne nur subjektiv bestimmbar.<sup>44)</sup>

Nur eine andere Modifikation der Tatbestandstheorie ist die von *Hugo Meyer* a. a. O. S. 21—46 aufgestellte Theorie, wonach Vorbereitungshandlungen nur diejenigen Handlungen sein sollen, durch welche Bedingungen des Erfolges nur in seiner konkreten Form gesetzt werden, Ausführungshandlungen aber diejenigen Handlungen, durch welche eine Bedingung des Erfolges in seiner abstrakten (strafrechtlich erheblichen) Bedeutung gesetzt wird.<sup>45)</sup> Das Betreten eines Hauses (oder auch

---

verurteilte) Angeklagte wird vom RG. freigesprochen, obgleich er in der Absicht, von einem Schüttboden Getreide mittels Einsteigens und Einbrechens zu stehlen, versehen mit den zum Einbrechen nötigen Werkzeugen und zum Fortschaffen des Getreides nötigen Säcken und Stricken schon bis dicht an den Schüttboden herangetreten war, der ohne Leiter erstiegen werden konnte; denn weder ein „Einwirken“ auf das oben lagernde Getreide noch ein Einbrechen oder Einsteigen sei begonnen. Daß in solchem Falle der Schuldige frei davon kam, wird dem Rechtsbewußtsein des Volkes schwerlich einleuchten.

42) Sehr richtig hat *Hülschner*, System I S. 340, bereits gesagt, daß „am wenigsten im Unterschiede von der Vorbereitung als beginnende Ausführung die Handlung erscheinen könne, welche einen Bestandteil des objektiven Tatbestandes des Verbrechens abgibt“.

43) Spezielle Beispiele, an denen die Theorie der Tatbestandshandlung erprobt werden könnte, gibt *Birkmeyer* nicht.

44) Es gilt hier dasselbe, was *Köhler*, Studien I S. 95, gegen die Unterscheidung der Tätigkeit eines Gehilfen von der seines Mittäters nach sinnfälligen Merkmalen und bzw. sog. Tatbestandshandlungen ausgeführt hat.

45) Im Lehrbuch, 5. Aufl. S. 207, wird, was wohl gleichbedeutend ist, die Ausführungshandlung als eine ihrer allgemeinen Beschaffenheit nach unumgängliche Bedingung des Erfolges charakterisiert. — Abweichend unterscheidet *Oetker*, Zeitschr. 17 S. 64ff. Vorbereitungsakte setzen Bedingungen, die den Erfolg nur ermöglichen, während die Ausführungshandlung verursachen will. Es soll dann Versuch Verwirklichung des letzten Hilfwillens sein. Aber eine Unterscheidung von nur ermöglichenden und verursachenden Bedingungen ist, insofern — wie es hier der Fall ist — beide kausal auf dasselbe Subjekt und gar auf ein und dasselbe Vorhaben zurückgeführt werden, unmöglich.

Zimmers), um zu stehlen, ist hiernach (vgl. *Meyer* S. 24) Vorbereitungshandlung; denn man kann stehlen, ohne ein fremdes Haus (Zimmer) zu betreten usw. Den Einwand, daß dann auch das Abdrücken eines Revolvers, um zu töten, nicht Versuch sein würde, glaubt *Meyer* dadurch entkräften zu können, daß er plötzlich die Entscheidung auf den (im Gesetze bei dem Tötungsverbrechen nicht vorkommenden) Begriff des „Angriffs“ stellt: man könne ja nicht töten ohne Angriff auf die Person. Aber der Schuß ist doch auch nur ein konkretes Mittel der Tötung, und abstrakte Mittel, ein Verbrechen zu begehen, gibt es nicht. Wenn aber z. B. das Hinstellen vergifteten Getränkes ein „Angriff“ sein soll, so ist gewiß noch mehr das Hineilen mit geladenem Revolver ein Angriff. In der Tat sind auch alle bisherigen objektiven, in dem gerügten fehlerhaften Sinne aufgestellten Theorien, sobald sie versuchten, deutlicher zu werden oder einzelne Fälle zu entscheiden, gestrandet, und es ist begreiflich, daß ein Anhänger der sog. objektiven Theorie fast immer gegen den anderen polemisiert, und daß mancher, der sich für die objektive Theorie erklärt, tatsächlich die rein subjektive Theorie anwendet. So ist die Erkennbarkeit des Verbrechens in der vorliegenden Handlung, welche *Hälschner*, S. 342, und *John*, Entwurf v. StGB. für den Norddeutschen Bund S. 217, für maßgebend erklären, doch nichts anderes, als die Möglichkeit eines Schlusses von der äußeren Gestaltung der Handlung auf den vielleicht noch nicht feststehenden Vorsatz, und dies selbst dann, wenn man, wie *John* ganz besonders hervorhebt, das Geständnis des Angeklagten völlig außer acht läßt.

§ 267. Objektiv kann also die Grenze zwischen Vorbereitung und Ausführung oder Versuch nur in dem Sinne der erfahrungsmäßigen Psychologie bestimmt werden,<sup>46)</sup> welche

<sup>46)</sup> Ähnlich bemerkt *Frank* (§ 43, 2<sup>a</sup>) unter Hinweisung auf die Anschauungsweise des Lebens, welche das Ausholen der Hand zum Schläge als einheitlichen Akt mit dem Beibringen des Schläges, das Ausstrecken der Hand nach einer Sache als Einheit mit der Wegnahme ansehe; „Anfang der Ausführung ist in allen Tätigkeitsakten zu finden, welche vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Ausführungshandlung (?) für die natürliche Auffassung als Bestandteile derselben erscheinen.“ Vollkommen klar ist dieser Satz freilich nicht; er stimmt auch nicht mit dem vorhergehenden Satze: „Unter Ausführungshandlung hat man diejenige zu verstehen, nach deren Vollendung entweder das Delikt vollendet ist, oder doch der Täter das Weitere dem Laufe der Dinge über-

hier ernstlichen Willen von nur vorläufigen Anstalten unterscheiden lehrt als ein objektives, von der individuellen (subjektiven) Vorstellung oder Meinung des Handelnden Verschiedenes. Hiernach hat eine Handlung den Anfangspunkt des strafbaren Versuches erreicht,

wenn sie bei Entdeckung oder Wahrnehmung unmittelbar als geplante Straftat erscheinen mußte, und wenn zugleich nach allgemeiner durch die individuellen Umstände nicht widerlegter psychologischer Erfahrung anzunehmen ist, daß der Handelnde (abgesehen von unerwarteten Hindernissen) seine Tätigkeit bis zur Vollendung der Tat fortgesetzt haben würde. Dabei ist in Betracht zu ziehen:

1. der Umstand, ob ein längerer Zeitraum zwischen der Handlung und der Vollendung nach Absicht des Handelnden liegen sollte, oder nicht, falls nicht etwa die Ausführung des Verbrechens seiner Beschaffenheit nach eine längere Zeit erforderte;

2. ob die vorgenommene Handlung an sich für den Handelnden von erheblicher Bedeutung war, insbesondere auch, ob sie ihn als auf dem Wege des Verbrechens befindlich schon anderen wirklich erscheinen ließ (ihn kompromittierte),<sup>47)</sup> und

3. nicht selten auch, ob der Handelnde schon früher eine gleiche oder ähnliche Straftat begangen hat.<sup>48)</sup>

läßt.“ Diese letztere Definition bestimmt den Kreis der Ausführungshandlungen zu enge.

47) Ähnlich auch *Krug*, Versuch S. 21, der strafbaren Versuch annimmt, wenn der Handelnde schon „gleichsam die Schiffe hinter sich verbrannt hatte.“ Aber damit ist der Fall doch nicht gleichbedeutend, wie *Krug* freilich meint, wenn jemand in seiner Tätigkeit so weit vorgeschritten war, daß er die hauptsächlichsten moralischen und tatsächlichen Hindernisse seines Begehrens bereits überwunden hatte. Auch *Carrara* hat darauf Gewicht gelegt, ob, wenn es sich schließlich bei der Vollendung um Verletzung des Rechtes eines anderen handelte, der Schuldige bereits, ohne freilich schon eine nach dem Gesetz zu strafende Rechtsverletzung begangen zu haben, doch gewissermaßen schon in den Rechtskreis eines anderen eingedrungen sei, den man zu achten habe. Dies ist auch die Ansicht *Brusas*, *Il tentativo del delitto nel diritto italiano*, aus den Verhandlungen der *Accademia R. delle scienze di Torino*, 1900, S. 7.

48) Die im Texte gegebene Formulierung soll nur eine wissenschaftliche, nicht ein Gesetzesvorschlag sein. Unsere Gesetzgebung wird, wie zahlreiche andere Gesetze, am besten den Ausdruck „Anfang der Ausführung“ beibehalten oder sich negativ dahin ausdrücken, daß eine strafbare Versuchshandlung nur eine nicht mehr oder nicht nur als Vorbereitung anzusehende Handlung sei. Die Frage, ob auch eine nur als Teilnahme strafbare Handlung nach Maßgabe der im Texte dargelegten Sätze als Ausführungshandlung zu betrachten ist, soll

Dies Ergebnis ist aus der Erfahrungspsychologie gezogen und entspricht zugleich dem Grundsatz, demzufolge nicht lediglich durch Tat erkennbar gemachte Absicht, vielmehr nur eine durch verwerflichen, strafbaren Willen gestaltete Tat Gegenstand des staatlichen Strafrechts sein kann. Es bedarf nicht der kriminalpolitischen Rechtfertigung; doch fehlt auch diese nicht. Es soll nicht geltend gemacht werden, daß der Versuch leichter werde aufgegeben werden, wenn die Schwelle des strafbaren Handelns noch nicht überschritten ist; denn hier reicht die Straflosigkeit des freiwilligen Aufgebens des Versuches aus, auch wenn letzterer bereits strafbar geworden ist. Wohl aber kommt in Betracht, daß, wenn die Strafbarkeit des Versuchs zu früh beginnt, unschuldige Handlungen leicht als solche, mit denen ein Verbrechen geplant wurde, gedeutet werden können, und daß ergebnislose Untersuchungen, welche das Ansehen der Justiz schädigen, die Folge sein werden. Außerdem bietet die Bestrafung auch entfernter Vorbereitungshandlungen böswilligen Denunziationen und Erpressungen eine vorzügliche Handhabe.

Es kann die Frage erhoben werden, ob in Erwägung der bestrittenen Auslegung, welche die Worte „Anfang der Ausführung“ im StGB. § 43 erfahren haben, eine andere Definition des Versuchs wünschenswert sei, oder ob man besser solcher Definition bei demnächstiger Revision des Gesetzes sich zu enthalten habe. Während die meisten Gesetzgebungen mehr oder weniger genau dem Wortlaut des französischen Gesetzes sich angeschlossen haben,<sup>48a)</sup> und das neue norwegische GB. § 49 dieser Definition nur eine mehr subjektive Färbung gegeben hat („eine Handlung, durch die der Täter die Ausführung zu beginnen beabsichtigte“), gibt der schweizerische Vorentwurf v. 1903 eine Definition überhaupt nicht. Dem letzteren Beispiele zu folgen, würde ich ebenso wie die mit der deutschen

---

und kann hier nicht entschieden werden; sie ist vielmehr erst in der Lehre von der Teilnahme zu erledigen.

Die auf widerspruchsvollen Ausführungen beruhende neueste Arbeit über den Anfangspunkt des Versuchs von *Serf*, GS. 67 S. 244—323, kommt schließlich zu dem Ergebnisse, als Versuchshandlung zu bezeichnen eine den Entschluß betätigende „Handlung, welche die Gefahr des Eintritts des verbrecherischen Erfolges in sich schließt“. Diese Formel ist sehr vieldeutig.

<sup>48a)</sup> So auch der österreichische Entwurf v. 1893 § 49.



Landesgruppe der International. kriminal. Vereinigung (Mitteilungen 10 S. 508) nicht empfehlen, vielmehr gerade mit Rücksicht auf die Divergenz der Meinungen eine Definition für zweckmäßig erachten. Die von *Seuffert* (Mitteilungen d. intern. kr. Ver. 10 S. 48) vorgeschlagene Fassung, „Versuch ist im Sinne des Strafgesetzes anzunehmen, wenn jemand den Entschluß, ein Verbrechen zu verüben, ernsthaft, aber ohne den zu dem Verbrechen gehörenden Erfolg betätigt hat“, scheint mir indes zu sehr im subjektiven Sinne abgefaßt.

Ich möchte vorschlagen:

Wer mit dem Vorsatz, eine Handlung zu begehen, die das Gesetz als Verbrechen mit Strafe bedroht, eine nicht nur als Vorbereitung<sup>48b)</sup> anzusehende Tätigkeit vornimmt, wird, wenn er die Vollendung nicht herbeiführt, wegen Versuchs bestraft.<sup>48c)</sup> Der Versuch eines Vergehens wird nur bestraft, wenn das Gesetz dies besonders bestimmt.

Damit ist gesagt, daß es auf die rechtliche Beurteilung der Handlung als Ganzes durch den Handelnden selbst nicht ankommt, also das sog. Putativdelikt im eigentlichen Sinne als Versuch nicht zu betrachten ist, zugleich aber, daß Vorbereitungs- und Versuchshandlungen unterschieden werden sollen; durch das Wort „anzusehende“ endlich, daß nicht lediglich die subjektive Ansicht des Handelnden entscheiden soll, ohne daß damit die Berücksichtigung der individuellen Willensstimmung — ob der Handelnde sich etwa noch die wirkliche Entscheidung vorbehalten hat — ausgeschlossen ist, wie denn auch die richterliche, auf den Umständen des einzelnen Falles fußende Beurteilung eine genügende Freiheit behalten dürfte.<sup>48d)</sup>

<sup>48b)</sup> Selbstverständlich gehören ausschließlich zur Vorbereitung Handlungen, durch welche jemand sich erst von der Möglichkeit und Sicherheit des geplanten Unternehmens überzeugen will, aber auch Handlungen durch die der demnächstigen Entdeckung oder Verfolgung, sei es des Täters selbst, sei es der Erträgnisse des Verbrechens, vorgebeugt werden soll; diese letzteren Handlungen sind nur von Bedeutung, falls demnächst die Tat selbst ausgeführt wird.

<sup>48c)</sup> Die Fragen des sog. untauglichen Versuchs und des freiwilligen Rücktritts sind hier einstweilen vorbehalten.

<sup>48d)</sup> Daß die Gesetzgebung aus besonderen Gründen auch Handlungen, die in Wahrheit nur Vorbereitungshandlungen sind, als besondere Delikte zweckmäßig mit Strafe bedrohen kann, soll nicht bestritten werden. Es erscheint dann aber richtig, diese Handlungen genau zu beschreiben, und nicht etwa, wie nach StGB. § 86 freilich der Fall ist, allgemein und *in abstracto* Vorbereitungshandlungen mit Strafe zu bedrohen. Man kann sonst leicht zu Untersuchungen

§ 268. Selbstverständlich können zur Bestrafung gelangende Versuchshandlungen mehr oder weniger von der Vollendung entfernte sein; man kann danach einen entfernten und einen nahen Versuch unterscheiden, möglicherweise auch mehr Abstufungen machen. Es ist aber unmöglich, diese Abstufungen anders als nach arbiträrem Ermessen vorzunehmen. Daher verzichtet die neuere Gesetzgebung mit Recht auf solche Unterscheidungen und überläßt einfach die Strafbestimmung innerhalb der gesetzlichen Grenzen dem richterlichen Ermessen.

Nur die Hervorhebung des sog. beendigten Versuchs — *Delictum perfectum* —, zu unterscheiden von dem beendeten Delikt (*delictum consummatum*),<sup>49)</sup> *Delit manqué*, *Delitto mancato* als besonderer Art des Versuches, hat in neuerer Zeit noch Verteidiger gefunden. Sie erscheint zunächst bei den Italienern als besonders schwer zu ahndende Unterart des *Conatus proximus* mit der Bemerkung, daß die Nichtvollendung des Delikts nicht von dem Schuldigen abgehängt habe, oder daß er alles getan habe, was er tun konnte, um den beabsichtigten Erfolg zu erreichen, daß ihm zu tun nichts mehr übrig blieb.<sup>50)</sup>

Eine genauere Betrachtung zeigt aber, daß dieser Begriff, sofern davon allgemein und unbedingt eine größere Strafbarkeit des Versuches abhängen soll, unhaltbar ist.

---

kommen, welche das Ansehen der Justiz durch ihre Ergebnislosigkeit schädigen, oder gar zu Verurteilungen, welche das allgemeine Rechtsbewußtsein tief verletzen. Am bedenklichsten ist wohl der gesetzliche Ausdruck, wer es unternimmt, in StGB. § 159. Der Strafbarkeit wird hier gewissermaßen nach rückwärts eine maßlose Ausdehnung gegeben. Das Wort „Unternehmen“ in StGB. § 81, vgl. § 82, hat dagegen einen genügend bestimmten Sinn.

49) Doch wird von älteren Schriftstellern auch der Ausdruck *Del. perfectum* für die Bezeichnung der Vollendung gebraucht.

50) Vgl. die bei *Zachariae* 2 S. 15, 17 angeführten Stellen, besonders *Menchius, De arbitrariis iudicium quaestionibus* II 360 n. 2, der sich dabei auf *Baldus* beruft. — *Baldus, Cons. (Ed. Feyerabend 1859 I cons. 214*, sagt auch: „*Dicitur consummatum quod quantum ad deliquentem perfectum est, ita quod per ejus ministerium . . . nihil restat ad agendum.*“

*Liszt*, § 48, 2, glaubt den sog. beendigten Versuch besser als mißlungenes Verbrechen bezeichnen zu können, aber mit Unrecht. Mißlungen könnte man auch ein Verbrechen am untauglichen Gegenstande oder mit untauglichen Mitteln nennen, schließlich auch, da das Wort „gelingen“ meist auch mit Beziehung auf die subjektive Befriedigung des Handelnden gebraucht wird, ein vollendetes Verbrechen, bei welchem der Schuldige wegen eines *Error in objecto* seinen Endzweck absolut nicht erreicht. Übrigens handelt es sich beim beendigten Versuch zweifellos nicht um Gelingen oder Mißlingen, denn da wir es mit dem Versuche zu tun haben, steht letzteres fest — sondern um das Ende der Tätigkeit des Schuldigen.

Man kann den Begriff einmal in objektivem Sinne nehmen,<sup>50a)</sup> und so erscheint er im preuß. allgem. Landrecht II, 20 § 40 und z. B. in einer Abhandlung von *Weber*;<sup>51)</sup> dann enthält er eine *Contradictio in adjecto*. Wenn objektiv alles geschah, was zur Vollendung nötig war, so tritt diese letztere ein, also ist ein Versuch nicht zu bestrafen.

Wird dagegen der Begriff in dem subjektiven Sinne genommen, daß alles geschah, was der Handelnde für nötig hielt, so wird A, der weniger tat, weil er weniger für nötig hielt, strenger bestraft als B, der umsichtiger war, und in größerer Umsicht, die einen stärkeren Dolus verrät, noch mehr für nötig hielt. A hat nur einen Schuß bereit, um den Feind zu töten, und schießt ohne zu treffen. B ist darauf gefaßt, daß Y von dem ersten Schuß nicht sterben werde; er will zu aller Sicherheit mehrmals schießen, wird aber daran gehindert, dem ersten Schuß den zweiten folgen zu lassen. Möglicherweise könnte man den Begriff noch dahin formulieren, daß beendigter Versuch dann vorliege, wenn der Handelnde alles getan habe, was nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge erforderlich war, die Vollendung herbeizuführen. Aber diese Betrachtungsweise, die anzuwenden ist, um aus dem unendlich weiten, natürlichen Kausalzusammenhänge den juristisch relevanten auszuscheiden, kann nicht umgekehrt angewendet werden, um die Verantwortlichkeit zu verschärfen.

Der Versuch setzt Dolus des Handelnden voraus (vgl. unten); der Dolus kann aber nur nach der Vorstellung des Handelnden von dem Kausalzusammenhänge, nicht nach dem, was gewöhnlich ist, beurteilt werden, die Tatseite des Deliktes dagegen nur nach dem wirklichen Kausalzusammenhänge. Soll mit dem, was gewöhnlich oder die Regel ist, eine Schuld des Handelnden begründet werden, so kann diese Schuld nur die Fahrlässigkeit sein. Endlich aber kann man zu dem, was man

<sup>50a)</sup> In dieser Weise ist der Begriff erst ein Produkt der häufig abstrakten und die Betrachtung des wirklichen Lebens vernachlässigenden Rechtsphilosophie der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts. *Carrara* I § 401 vindiziert das m. E. zweifelhafte Verdienst der Aufstellung dieses Begriffs *Romagnosi*. Aber er findet sich z. B. schon bei *Globig* und *Huster* (Abhandlungen über Criminalgesetzgebung, 1783, S. 140) und entstammt wohl der französischen Wissenschaft.

<sup>51)</sup> Obertribunalrat in Stuttgart (nicht *A. D. Weber*), N. Arch. d. Cr. 4 (1820), S. 24—55.

beendigten Versuch nennt, immer noch eine den Erfolg mehr fördernde oder besser sichernde Tätigkeit oder einen Zwischenerfolg natürlicher Wirkung hinzudenken. Die Annahme, daß alles, was der Schuldige hätte tun können oder was voraussichtlich geschehen könnte, erfolgt sei, ist also eine völlig willkürliche. Man wird beendigten Versuch annehmen, wenn das Gift der Person, welche vergiftet werden soll, zum unmittelbar bevorstehenden Genusse hingesetzt worden ist. Aber konnte nicht der Verbrecher noch zum Trinken des Giftes ermuntern, und selbst wenn A bereits getrunken hatte, noch zu weiterem Trinken verlocken, oder aber den Trank an sich verlockender oder wirksamer machen — alles dies, ohne daß der Tod, der ja in Wirklichkeit, wenn die Tat Versuch blieb, nicht eingetreten ist, eintreten mußte?<sup>52)</sup>

Richtig ist nur, daß der Versuch um so strafbarer wird, je weniger einerseits dem Täter zu tun noch übrig blieb und je sicherer andererseits die Vollendung in Aussicht stand. Zweifellos liegen hierin aber nur Gründe der Strafzumessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens, nicht Gründe der Ausscheidung einer besonderen Spezies des Versuchs.

Mit Recht hat daher das StGB. den sog. beendigten Versuch als eine besonders strafbare Stufe des Versuchs aufzustellen unterlassen,<sup>52a)</sup> und der Reichstag eine in das Projekt der Novelle von 1876<sup>53)</sup> aufgenommene, besondere Strafbestimmung über den beendigten Versuch abgelehnt, wie denn auch die dem XIII. deutschen Juristentage erstatteten drei Gutachten

<sup>52)</sup> Vgl. in diesem Sinne schon *Henke* S. 263, 264. *Zachariaes*, 2 S. 33, Gegenbemerkung ist unverständlich. Z. will die natürliche Fortwirkung der Tätigkeit des Schuldigen nicht in dessen Tätigkeit mit einrechnen. Allein kann überhaupt von einer Tätigkeit die Rede sein, bei der die natürliche Wirkung nicht gelten soll? Eigentümlicherweise hat die französische Wissenschaft die in dem Begriffe des *Délit manqué* liegende Schwierigkeit nicht erkannt. Vgl. *Hille* 1 § 251; *Garraud* 1 § 203.

<sup>52a)</sup> Das italienische GB. Art. 62 hat freilich eine solche besondere Stufe der Strafbarkeit aufgestellt. Nach schweizerischem Entwurf Art. 21 § 1 kann das beendigte Verbrechen ebenso bestraft werden wie das vollendete. Das norwegische StGB. §§ 49, 51 erwähnt dagegen den beendigten Versuch nicht.

<sup>53)</sup> Mitgeteilt GA. 23 (1875) S. 413. Bei beendigtem Versuche — „wenn der Täter seinerseits alle zur Begehung des Verbrechens erforderlichen Handlungen vorgenommen hat, und der zur Vollendung gehörige Erfolg nur infolge von Umständen, welche von dem Willen des Täters unabhängig waren, nicht eingetreten ist“ (letzteres ist doch bei jedem gegen den Willen des Täters im Versuch verbliebenen Verbrechen der Fall!) — sollte im allgemeinen die Strafe nur auf drei Viertel der auf das vollendete Verbrechen gesetzten Strafe ermäßigt werden.

(von *Berner, Lamm* und *Leuthold*) sich sämtlich gegen die Aufnahme dieses Begriffes in das StGB. ausgesprochen haben, die beiden letztgenannten Gutachten aus prinzipiellen Gründen, das von *Berner* erstattete, weil bei der Weite des im StGB. für den Versuch bestehenden Strafrahmens die Aufstellung eines besonderen Strafsatzes für den beendigten Versuch überflüssig sei. Die dritte Abteilung des deutschen Juristentages selbst hat ebenfalls (fast einstimmig) sich in jenem Sinne erklärt.<sup>54)</sup>

**§ 269.** Der Versuch beruht im Gegensatz zur Vollendung auf irriger Berechnung oder Annahme; es ist gleich, ob man den Irrtum dabei in die Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft verlegt; kennt der Handelnde die Voraussetzungen seiner Tat genau genug, so muß die Vollendung eintreten, und hat er die Zukunft richtig berechnet, so ist das nur durch einen Schluß aus den Voraussetzungen seiner Tat möglich gewesen.

Es kann aber der Irrtum ein so starker sein, daß bei objektiver Prüfung kaum oder überhaupt nicht eine Voraussetzung gedacht werden kann, unter welcher die wirklich vorgenommene Tätigkeit des Handelnden ihr Ziel erreichen würde, sei es, daß der Handelnde ungeeignete Mittel wählte, sei es, daß er seine Tätigkeit gegen ein Objekt richtete, an welchem das Verbrechen tatsächlich nicht möglich ist; sei es, daß eine rechtliche Voraussetzung fehlte, welche erforderlich ist, um die Handlung zu einem Delikte zu gestalten: er wollte vergiften und wählte eine durchaus unschädliche Substanz, oder er gebrauchte ein dem Aberglauben angehöriges Mittel, oder er verwechselte eine unschädliche Substanz mit dem angeschafften Gifte; er wollte töten und richtete seine Tätigkeit gegen einen bereits Toten oder gegen einen Schatten; er griff in diebischer Absicht nach einer Sache, die an dem Orte, wo dieser Griff geschah, überhaupt gar nicht existierte; er wollte einer Bigamie sich schuldig machen; aber die erste Ehe bestand nicht mehr, er wollte eine fremde Sache stehlen und nahm die eigene (Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekte).<sup>55)</sup>

<sup>54)</sup> Vgl. Verhandlungen des XIII. d. Juristentages 1 S. 109ff., 170ff.; 2 S. 258.

<sup>55)</sup> *Liszt*, § 47 IV, 2 c., möchte hier den Ausdruck „fehlgeschlagenes Verbrechen“ anwenden; dieser würde aber unzweifelhaft auch für den Fall des

§ 270. Dem Charakter des römischen öffentlichen Strafrechts, welches so sehr die Willenseite des Verbrechens in Betracht zog, entsprach es gewiß, die Tauglichkeit des von dem Schuldigen angewendeten Mittels nicht zu genau zu prüfen, und wenn nach vielen Strafgesetzen die Richtung der Handlung gegen individuelle bestimmte Objekte nicht nachgewiesen zu werden brauchte, so konnte die Frage nach der Tauglichkeit des Objekts in zahlreichen Fällen gar nicht auftauchen.<sup>55a)</sup> *Seneca* erwähnt indes zwei hierher gehörige, von ihm anscheinend als strafbar betrachtete Fälle,<sup>55b)</sup> und ein anderer verwickelter Fall, der mit zwei Verurteilungen zu schwerer Strafe endet, in welchem aber zugleich die Handlung, wenn sie wirklich vorgekommen wäre, gleichsam handgreiflich hervortretend, den schlimmsten Eindruck hätte machen müssen, wird von *Appulejus* in den *Metamorphosen* erzählt.<sup>55c)</sup> Andererseits war es bei dem zum Teil willkürlich-präventiven Charakter mancher Strafgesetze erklärlich, daß die Juristen, um das Gesetz nicht in ausdehnender Weise anzuwenden, sich an den Wortlaut hielten und somit die wirkliche Existenz des im Gesetze erwähnten Objektes oder Mittels verlangten, wenn von Strafe die Rede sein sollte.<sup>56)</sup> Mit Sicherheit kann wohl die Frage, ob die Römer Tauglichkeit des Mittels und des Objektes forderten, nicht entschieden werden, obschon man dem praktischen Takte der römischen Juristen zutrauen darf, daß sie jedenfalls die Konsequenz nicht allzuweit verfolgten. Dies ist auch *Pfotenhauers* Meinung, während *Zachariae* die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nach römischem Rechte entschieden verneint, *Seeger* dagegen sie behauptet.<sup>56a)</sup>

*Error in objecto* oder der *Aberratio* passen. Auch pflegt man von Tauglichkeit oder Untauglichkeit in dem Sinne einer allgemein gültigen (objektiven) Beurteilung zu reden, und darauf kommt es hier an. Fehlgeschlagen aber ist gerade das, was der subjektiven Befriedigung des Handelnden nicht entspricht. — Gleich ist selbstverständlich, ob man den Ausdruck absolut oder *in abstracto* untaugliche Mittel wählt.

<sup>55a)</sup> *Seeger*, Festschr. 1879, S. 13ff.

<sup>55b)</sup> *Geib*, N. Arch. d. Cr. 1837, S. 580.

<sup>55c)</sup> *Seeger* (1879) S. 14, 15.

<sup>56)</sup> So der von *Pfotenhauer* 1 S. 155 herangezogene Ausspruch des *Paulus* in L. 38 § 6 D. 48, 19. „*Testamentum, quod nullo jure valet, impune suppressitur: nihil est enim quod ex eo petatur aut consistere possit.*“ (Das nichtige Testament hat keine Bedeutung.) Vgl. auch *Zachariae* 1 S. 254, 255.

<sup>56a)</sup> Auch *Luden*, S. 285, allerdings mit Einschränkungen.

Während dem Charakter des germanischen Rechts die Bestrafung untauglicher Versuche widerstrebte, Fälle der Anwendung unwirksamer oder vermeintlicher Giftmittel aber später wohl als Zauberei betrachtet werden konnten, hat die italienische Jurisprudenz, vielleicht beeinflusst durch kirchliche Anschauungen, nach denen die Bereitschaft zur Sünde der wirklichen Begehung der Sünde annähernd gleichkommt,<sup>57)</sup> Fälle des untauglichen Versuchs als strafbar behandelt, öfter aber, freilich nicht konsequent, solche Fälle ausgenommen, in denen eine nicht vorhandene rechtliche Eigenschaft oder ein vorhandenes rechtliches Verhältnis, z. B. Erlaubnis des Eigentümers zur Wegnahme einer Sache, die Vollendung des Verbrechens hinderte.<sup>58)</sup> Die Erwägung, daß gefährliche Menschen unschädlich gemacht werden müssen, oder daß es nützlich sei, Handlungen, die die Sicherheit des Verkehrs beeinträchtigen, z. B. Fälschung ungültiger Dokumente, im Interesse der Rechtssicherheit zu ahnden, wirkt hier wohl, wenn auch unausgesprochen, mit. Dagegen entsprach es der *Communis opinio*, denjenigen nicht zu strafen, der einen solchen Bannitus, der ungestraft getötet werden konnte, in Unkenntnis der erfolgten Bannitio tötete.<sup>59)</sup>

Klar ist, daß im ganzen die Bestrafung völlig untauglicher Versuchshandlungen, weil die wirkliche Verletzung nicht äußerlich nahe gerückt ist, der ursprünglichen deutschen Auffassung des Verbrechens widerstreiten mußte. Wenn nun diese Bestrafung auch bei den Italienern keineswegs als ausgeschlossenes und fertiges Prinzip feststand, so wird man die Worte der CCC., welche zum Versuch im Art. 178

„missethatt mit etlichen scheinlichen wercken, die zu volbringung der missethatt dienstlich sein mögen“, wohl eher in dem Sinne verstehen dürfen, daß Handlungen

57) C. 13 causa 22 qu. 5: „*Qui peierare paratus est ante quam juret, jam perjurus esse videtur, quia. Deus non ex operibus judicat, sed ex cogitationibus et ex corde*“ . . . c. 3 C. 22 qu. 2: „*Fac alium qui putat esse falsum et jurat tanquam verum sit et forte verum est . . . periurus est.*“ Kohler, Studien I S. 33.

58) Vgl. die Nachweisungen bei Seeger (1869) S. 37 ff. Kohler, Strafrecht d. ital. Statuten S. 231, macht auf eine Stelle der *Constitutiones Siculae* III, 42, 3 Friedrichs II. aufmerksam, in welcher der Gesetzgeber, obschon aussprechend, daß die Wirksamkeit von Liebestränken zu dem gewollten Zwecke freilich eine Fabel sei, dennoch die Anwendung solcher Mittel wegen der *Praesumptio temeraria* und der darin liegenden Absicht zu schaden mit Strafe bedroht.

59) Vgl. insbes. Clarus, *Lib. V. § Homicidium* n. 67.

einen strafbaren Versuch nicht enthalten, die zur Herbeiführung des Erfolges durchaus für dienlich nicht zu erachten sind, sofern sie auch nicht den Schein (den Eindruck) hervorrufen, daß in ihnen ein Verbrechen verwirklicht werden solle. Dafür spricht, wie *Zachariae* bemerkt, die Art und Weise, in der *Gobler* die betreffenden Worte der CCC. lateinisch wiedergibt: »*Siquis maleficium apparentibus factis ad effectum seu completionem maleficii conducentibus molitur seu conatur*«. Und längere Zeit hindurch schweigt die deutsche Strafrechtswissenschaft, die Frage des untauglichen Versuchs anlangend; vielleicht wurden manche Fälle als Zauberei bestraft. Nur bei *Boehmer* finden sich einige wenige auf den untauglichen Versuch bezügliche Stellen. Zu CCC. 130 § I entscheidet er sich für die Straflosigkeit einer mit unschädlicher Substanz versuchten Vergiftung, während er bald darauf (130 § III) denselben Fall im entgegengesetzten Sinne beurteilt und CCC. 134 § IV, die *Abactio partus* betreffend, so allgemein über strafbaren Versuch sich ausdrückt, daß jedenfalls auch der Versuch mit untauglichen<sup>60)</sup> Mitteln darunter scheint begriffen zu sein. Dagegen ist durch *Feuerbachs*<sup>60a)</sup> Anregung die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs zu einer viel erörterten und noch keineswegs erledigten Streitfrage geworden.

<sup>60)</sup> Vgl. *Zachariae* I S. 235 und eingehend *Delaquis* S. 55 ff.

<sup>60a)</sup> *Feuerbach* erklärt sich, nachdem er anfangs in der Darreichung vermeintlichen Giftes strafbaren Versuch angenommen hatte, später allgemein für die Straflosigkeit untauglicher Versuchshandlungen, weil es an der äußeren Rechtswidrigkeit fehle. Ihm traten im Ergebnisse später bei *Mittermaier*, N. Arch. d. Cr. I S. 162 ff., 10 § 250 Anm. 8, 9 zu *Feuerbach*; *Rossi* 2 chap. 30; *Zachariae* I S. 238 ff.; *Berner*, Lehrb. § 77; *Geyer*, Erörterungen S. 57 ff., Zeitschr. I S. 30 ff.; *Binding*, Handb. I S. 693; *Birkmeyer*, Teilnahme S. 95 ff., Grundriß S. 34; *Baumgarten* S. 358; auch *Oppenhoff-Delius* § 43, Anm. 9, 10; *Olshausen* § 43 Anm. 19, 20. Gegen die Unterscheidung von tauglichem und untauglichem Versuch, also für Strafbarkeit des letzteren: *Schwärze* in *Holtendorfs* Handb. 2 S. 290—309; *Hülschner* (Syst. d. pr. Strafr. I S. 184 ff.), sodann I S. 344—354; *v. Büri*, bes. Zeitschr. I S. 185 ff., aber auch an anderen Orten mehrfach; *Lammasch* S. 9 ff.; *Berolsheimer*, Entgeltung im Strafrecht S. 384; *Delaquis* S. 189, bes. S. 200, Konsequenz aber hat seit der Plenarentscheidung v. 24./5. 80, E. 1 Nr. 204 S. 439 des RG. sich für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs erklärt. I. 27./2. 88, E. 17 Nr. 38 S. 158; I. 9./11. 93, E. 24 Nr. 134 S. 382; I. 14./3. 1901, E. 34 Nr. 64 S. 217 (eingehend auf neuere gegen die Praxis des RG. erhobene Einwendungen). — Die Strafbarkeit eines Versuchs mit abergläubischen Mitteln wird allerdings auch von diesen Autoren, *Delaquis* (S. 179) ausgenommen, verneint, auch vom RG. Vgl. RG. I. 21./6. 1900, E. 33 Nr. 102 S. 321.

Die frühere deutsche Gesetzgebung anlangend (vgl. darüber auch *Mittermaier*, GS. 1859 S. 406 ff.), so hat das bayerische GB. v. 1813 keine Bestimmung



§ 271. Die Ansicht, welche zwischen tauglichen und untauglichen Versuchshandlungen eine Unterscheidung nicht zuläßt, sog. subjektive Auffassung, ist prinzipiell einfach zu begründen. Das Strafrecht richtet sich gegen den verbrecherischen Willen, allerdings nur gegen den in einer äußeren Tätigkeit hervortretenden, betätigten Willen. Daran aber fehlt es beim Versuche nicht, sollte auch das angewendete Mittel absolut untauglich oder an dem Objekte das Verbrechen unmöglich sein, vorausgesetzt nur, daß die Möglichkeit der Vollendung in der Vorstellung des Handelnden, welche für den Willen

über den untauglichen Versuch; die von *Feuerbach* entworfene, die Straflosigkeit aussprechende Bestimmung ist nicht aufgenommen. Dagegen erklären die Gesetzbücher der nun folgenden Zeit auch den untauglichen Versuch meist ausdrücklich für strafbar, wenngleich in geringerem Grade, einige mit Unterscheidungen. Vgl. altenburgisches GB. Art. 26, 27, braunschweigisches § 36 Abs. 4, 5, hannoversches Art. 40, hessisches Art. 67 (Ausnahme: Anwendung von Mitteln, die unter keinerlei Umständen dienlich sein konnten, aus Unverstand oder abergläubischem Wahne), badisches Art. 68 (übereinstimmend mit dem hessischen), nassauisches (desgl.) Art. 63, desgl. thüringisches Art. 23.

Später wird die Ansicht maßgebend, daß es unmöglich oder doch zu schwierig sei, die zu bestrafenden Fälle von den straflos zu lassenden durch gesetzliche Definition genügend zu scheiden. Es finden sich daher Bestimmungen nicht: im preußischen und im k. sächsischen GB. von 1855. — Die für das preußische GB. hier in Betracht kommende Revision von 1845 ging von der Ansicht aus, daß Versuch mit durchaus untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekte, weil es am Tatbestande des Verbrechens fehle, straflos sei. *Goldammer*, Materialien I S. 262 ff.

Die Praxis der deutschen höchsten Gerichtshöfe derjenigen Länder, in deren Gesetzbüchern sich ausdrückliche Bestimmungen über den untauglichen Versuch nicht fanden, war keineswegs übereinstimmend. Häufiger waren wohl Freisprechungen wegen Versuch am untauglichen (nicht existierenden) Objekte als Freisprechungen in Fällen der Anwendung untauglicher Mittel. Vgl. *Temme*, Arch. f. Entscheidungen I S. 223 ff.; 2 S. 44 ff.; *Rüdorff-Stenglein* § 43 Anm. 4. Das preuß. OT. verneinte 1854 Diebstahlversuch in zwei Fällen, wo Diebe das Objekt, welches sie stehlen wollten, am Orte der Tat nicht fanden, obschon die Täter bereits eingebrochen waren. GArch. 2 S. 548 u. S. 822 (auch *Temme* a. a. O. 2 S. 193).

Die österreichische Jurisprudenz hat sich, obschon der Wortlaut des § 8 des StGB. schwerlich mit Grund dafür angeführt werden kann, doch unter Berufung auf diesen Wortlaut für die Straflosigkeit untauglicher Versuchshandlungen konstant erklärt. *Herbst*, Österr. Strafr. 1 (3. Aufl.) S. 88; *Lammasch*, Grundriß S. 34.

In Italien wird die Straflosigkeit des Versuchs mit absolut untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekte allgemein angenommen (*Crivellari* I S. 19 § 9. *Impallomeni* I (n. 138), wie dies auch dem Wortlaut des Art. 61 des italien. StGB. entspricht: «*Colsi che a fine di commettere un delitto, ne comincia con mezzi idonei l'escusione . . .*» Die Zweifel über manche Fälle sind aber damit keineswegs ausgeschlossen, und man geht, wie die von *Impallomeni* n. 139 angeführte und kritisierte Entscheidung eines Kassationsurteils zeigt, in den Anforderungen an die Tauglichkeit des Mittels zuweilen bedenklich weit.

In Frankreich ist dieselbe Ansicht herrschend, obgleich der *Code pénal* seiner Ausdrucksweise nach die Frage völlig offen läßt. *Garraud* I n. 206.

von entscheidender Bedeutung ist, existiert. Objektiv betrachtet ist andererseits jeder Versuch, der sein Ziel nicht erreicht (vorausgesetzt, daß der Handelnde nicht selbst, sei es durch späteres Aufgeben seiner Tätigkeit, sei es durch späteres Entgegenarbeiten, die Erreichung des Zieles vereitelt), immer ein auf ein unmöglich zu erreichendes Ziel gerichtetes Unternehmen. Wenn der Revolverschuß deshalb nicht verwundete oder tötete, weil der Getroffene zufällig eine starke Uhr in der Tasche trug, so war *in concreto* der Versuch der Verwundung oder Tötung ein untauglicher, und gleichwohl wird man nicht daran zweifeln, daß hier ein strafbarer Versuch vorliegt. Es ist ebenso unmöglich, einen Menschen mit einem falsch gezielten Schusse zu töten, wie einen Menschen, der überhaupt am Orte der Tat nicht vorhanden ist, und ein Unterschied zwischen gleich anfangs vorhandenen Hindernissen der Vollendung und später eintretenden ist gleichfalls nicht zu begründen; die später eintretenden waren genau betrachtet schon anfangs vorhanden, und nur ihre Gegenwirkung zeigte sich später. In allen Fällen eines Versuchs ist es der gleiche Irrtum, der Irrtum, daß die Vollendung möglich sei, der den Handelnden zur Betätigung seines Willens bewegt.<sup>61)</sup> Soll die Meinung des Handelnden nicht genügen, daß aus seiner Tätigkeit die Vollendung hervorgehen könne, so hört konsequenterweise überhaupt die Möglichkeit auf, einen strafbaren Versuch anzunehmen.

Nach dieser Beweisführung<sup>62)</sup> ist offensichtlich das Erfordernis, daß die Versuchshandlung objektiv gefährlich sein müsse, nicht aufrecht zu erhalten: eine Handlung, die Versuch bleibt, ist objektiv nie gefährlich. Aber auch die folgenden Entgegnungen der sog. Objektivisten, welche tauglichen und untauglichen Versuch unterscheiden wollen, lösen sich in Scheingründe auf.

<sup>61)</sup> Vgl. besonders die Ausführung *Hülschmers* in dessen preuß. Strafr. 1 S. 188 und System 1 S. 350ff., sowie die Entscheidungsgründe des zitierten Urteils der Ver. Strafsenate des RG.

<sup>62)</sup> Man hat diese Beweisführung — insbesondere des RG. — nicht gelten lassen wollen, weil sie zwar beweise, was Versuch, nicht aber, was strafbarer Versuch sei (so auch *Liszt* § 47, II). Wenn aber bewiesen wird, daß ein Unterschied zwischen tauglichem und untauglichem Versuche nicht besteht, das StGB. aber den Versuch bestraft, so ist, wenn nicht ein besonderes beschränkendes Prinzip aufgefunden wird, mit dem Beweise der Negation des Unterschieds auch die Strafbarkeit jedes Versuchs bewiesen, der im übrigen den Erfordernissen des Versuchs entspricht.

Zuvörderst das Argument: was nicht vollendet werden könne, könne auch nicht versucht werden oder, was gleichbedeutend ist: was nicht vollendet werden könne, könne auch nicht angefangen werden. Dies Argument würde, wäre es zulässig, überhaupt die Annahme eines Versuches ausschließen.<sup>62a</sup> Es ist nur ein durchsichtiger Sophisma. Da der Versuch, welcher Versuch bleibt, nicht zur Vollendung führt, so ist er im rein objektiven Sinne niemals ein Anfang der Vollendung; auch nicht, wenn er mit den präsumtiv zweckmäßigsten Mitteln und unter sonst sehr günstigen Umständen unternommen wurde. Aber nach der Vorstellung des Handelnden verheißt ernstlicher Versuch immer die Vollendung oder läßt sie doch als möglich erscheinen.<sup>63</sup>) Während nun der Richter die Frage, ob Vollendung vorliege, objektiv zu beurteilen hat, die Frage aber, ob etwas beabsichtigt wurde, nur nach der Vorstellung

<sup>62a</sup>) Wesentlich dasselbe Argument ist es, zu behaupten, daß Anwendung untauglicher Mittel und Handeln gegen ein untaugliches Objekt nie Anfang der Ausführung sein könne, welcher letztere doch nach dem Ausdruck des Gesetzes erst die Strafbarkeit der Tat begründe, vgl. z. B. *Scherer* GS. 29 S. 489. *Scherer* macht hier noch geltend, daß eine untaugliche Versuchshandlung deshalb nicht als Ausführungshandlung betrachtet werden dürfe, weil in solchem Falle der Versuchsschuldige niemals durch Rücktritt vom Versuche sich Straffreiheit verschaffen könne, während ihm bei tauglicher Versuchshandlung dies möglich sei: Wer, um zu stehlen, in einen leeren Raum einsteigt, würde unwiderruflich der Strafe verfallen sein; wer Sachen vorfand, die er stehlen könnte, nicht. Aber diese Entscheidungen sind durchaus gerecht. Im ersten Falle stößt die Ausführung auf ein unerwartetes Hindernis; im zweiten ist ein solches Hindernis nicht vorhanden. Im ersten Falle wäre der Schuldige vielleicht noch freiwillig zurückgetreten, hätte er etwas vorgefunden. Aber solche einfache Möglichkeit erheischt Berücksichtigung nicht; genau betrachtet wird sie auch beim tauglichen Versuche in einem Falle früher, in einem anderen später abgeschnitten. Umgekehrt verwendet *Delaquis* die Erwägung, daß der untaugliche Versuch häufig oder meist zugleich als beendigter Versuch erscheint (nebenher wenigstens) zur Bekräftigung seiner Ansicht von der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs.

<sup>63</sup>) Man kann, wie bemerkt, sagen, jedes im Versuch verbliebene und nicht vom Täter selbst abgebrochene verbrecherische Unternehmen beruhe auf einem Irrtum. *Geyer*, *Zeitschr.* 1 S. 39ff., hat dies bestritten. Er meint, nur bei Anwendung eines von Anfang an untauglichen Mittels handle es sich um Irrtum, im entgegengesetzten Falle, wenn das taugliche Mittel infolge Eingreifens anderer Ereignisse, Einwirkung anderer Personen den Erfolg nicht herbeiführe, um nicht verwirklichte Hoffnung. Aber diese Unterscheidung ist unhaltbar. Der Handelnde kennt auch im zweiten Falle die Existenz der Faktoren nicht, welche der Erreichung des Erfolgs entgegenstehen, ein zweifelloser Irrtum, um so zweifelloser, als zwar die Wirkung der der Erreichung entgeg tretenden Umstände erst später eintritt, diese Umstände selbst aber schon vorhanden sein können zu der Zeit, als der Handelnde seine Tätigkeit begann, z. B. der in äußerst tauglicher Weise unternommene Einbruchsdiebstahl schlägt deshalb fehl, weil der Dieb durch einen gelegten Selbstschuß schwer verletzt wird, oder weil gegen des Diebes Erwartung ein wachsamer Hund im Hause gehalten wird und bellt.

des Handelnden beantworten kann, überträgt jenes Sophisma die für die Vollendung passende objektive Beurteilung auf den Versuch, für den sie ausgeschlossen sein muß.<sup>64)</sup> Eine zu schwache Ladung kann nach dem Ausspruche Sachverständiger auf bestimmte größere Entfernung dem Geschöß nicht mehr tödliche Wirkung verleihen; der Angeklagte rechnete aber auf solche Wirkung; wenn er nun den Schuß auf den X abfeuerte, wäre ungeachtet der Absicht, zu töten, Freisprechung die Folge der bekämpften Ansicht! Freilich ist erwidert worden, eine wirkliche Kausalität könne zwar für den Versuch nicht verlangt werden, wohl aber eine abstrakte oder potentielle. Eine solche aber gibt es nicht. Kausal ist etwas immer nur unter bestimmten gegebenen Umständen, *in abstracto* oder potentiell ist nichts kausal.<sup>65)</sup> Ein Schuß wirkt immer nur auf eine bestimmte Entfernung und unter gewissen Umständen, die wir meist stillschweigend voraussetzen, verwundend oder tödend. Unter dem potentiell Kausalen kann vielmehr nur das wahrscheinlich Kausale verstanden werden. Bei dieser richtigen Bezeichnung erscheint sogleich die subjektive Auffassung als maßgebend, und nun kann diese Auffassung nur sein entweder die des Handelnden selbst oder die anderer Personen, welche von dem Ereignisse Kunde erhalten. Nach der ersten dieser Alternativen kommt man zurück zu der Ansicht, welche die Vorstellung der Handelnden entscheiden läßt, nach der zweiten Alternative läßt man in Wahrheit den Eindruck entscheiden, den die Tat auf einen verständigen Beobachter gemacht hat. Das ist, wie bereits angedeutet, richtig; aber einerseits dürfte die falsche Terminologie doch zu falschen Ergebnissen führen,

<sup>64)</sup> In Frankreich hat man freilich auch aus dem Wortlaut des *Code pénal*, der *« commencement de l'exécution »* für den Versuch fordert, die Strafflosigkeit des sog. *« délit impossible »* gefolgert (vgl. *Ortolan* 1 § 102), und dies ist auch herrschende Praxis (*Garraud* 1 n. 208, 209). So hat z. B. der Pariser Appellhof 1894 jemanden freigesprochen, der, um zu stehlen, bereits die Hand in der Tasche des zu Bestehlenden hatte, aber darin nichts fand, eine Entscheidung, die allgemeines Aufsehen erregte und auch vom KH. aufgehoben wurde, freilich ohne daß dieser oberste Gerichtshof sich über die Prinzipienfrage direkt aussprach (*Garraud* n. 206 Anm.). *Garraud*, der früher der herrschenden Ansicht gefolgt war, will jetzt unterscheiden *Impossibilité de fait* und *Impossibilité de droit*, und nur bei letzterer strafbaren Versuch ausschließen, eine Unterscheidung, die der Unterscheidung von Versuch mit untauglichen Mitteln und von Versuch am untauglichen Objekte nahe steht.

<sup>65)</sup> Gegen die Annahme einer potenziellen Kausalität vgl. namentlich *Lammasch*, Moment d. obj. Gefährlichkeit S. 5ff.

und andererseits ist dieser Ausweg nur gangbar, wenn von Anfang der Eindruck der Tat als ein selbständiges, die Strafbarkeit des Versuchs beschränkendes Prinzip anerkannt wird.<sup>66)</sup>

§ 272. Von einigen Autoren wird zugestanden, daß ein Unterschied<sup>66)</sup> zwischen relativ und absolut untauglichen Mitteln nicht anzuerkennen sei; dagegen behaupten sie die juristische Unmöglichkeit eines Versuchs am untauglichen Objekte.<sup>67)</sup><sup>68)</sup> Die Gesetze (die Anhänger der Normentheorie sagen:

<sup>66)</sup> Ein unrichtiges Argument für die Straflosigkeit sog. untauglicher Versuchshandlungen brachte noch *Geyer* (Erörterungen S. 61 und wiederholt in Zeitschr. I S. 37). *Geyer* meint, die Straflosigkeit folge schon aus den allgemeinen Grundsätzen der Zurechnung. A wolle Gift geben und reiche Zucker. Er tue also nicht, was er wolle, und wolle nicht, was er tue. Aus diesem Argument würde auch die Straflosigkeit des Handelnden bei *Error in objecto* folgen. *Geyer* sagt in der Tat: „Kläre den Abergläubischen oder Unwissenden auf über seine verkehrte Anschauung, und es fällt ihm nicht ein, noch weiter zu beten oder Zucker zu reichen.“ Darauf läßt sich erwidern: Kläre den Raubmörder auf, daß derjenige, den er angreift, nichts Begehrenswertes bei sich führt, und es wird ihm nicht einfallen, den Mordversuch fortzusetzen. Also wäre der Raubmörder freizusprechen! — *Binding* (Handb. I S. 691) bringt die Frage des untauglichen Versuchs eigentümlicherweise in Verbindung mit der Frage der falschen rechtlichen Beurteilung der Handlung im eigentlichen Sinne (endlich mit der Frage der Zurechnungsfähigkeit bei Eidesunmündigen) und behauptet zugleich, die „Norm“ beziehe sich nur auf wirklich, nicht auf vermeintlich verbotene Handlungen. Ich glaube nicht, daß dieser Beweisführung bedeutende Überzeugungskraft innewohnt. — Im wesentlichen mit der Ausführung *Geyers* stimmt überein das, was *v. Rohland* für die Straflosigkeit untauglicher Versuchshandlungen geltend macht (Die Gefahr im Strafrecht 2. Aufl., 1888, S. 101). „Was er (der Übeltäter) tun wollte und was er wirklich tat, ist durchaus verschieden. Was er in Wahrheit tat, ist, weil völlig ungenügend, vom Standpunkte des Rechts eine irrelevante Handlung. Was nachbleibt, ist lediglich — die böse Absicht.“ Damit, so schließt *Rohlands* Beweisführung, sei die Sachlage genau so, wie wenn jemand eine Handlung vornehme, die er irrigerweise für verboten hält, mit anderen Worten, der untaugliche Versuch sei ein Fall des Wahnverbrechens. Meiner Ansicht nach besteht aber zwischen dem letzteren Falle, dem Wahnverbrechen und dem tauglichen Versuch ein fundamentaler Unterschied, der nur gelegnet werden kann, wenn das Wesen des Verbrechens lediglich im Ungehorsam gegen ein Gebot erblickt wird, das man, um schuldig zu sein, kennen mußte. Meiner Ansicht nach will der in untauglicher Weise Versuchende die wirkliche, der Wahnverbrecher eine vermeintliche Rechtsordnung verletzen. In erster Linie wirkt bei *Rohlands* Beweisführung der doppelsinnige Begriff des Rechtsguts mit; der Wahnverbrecher will Rechtsgüter im abstrakten Sinne verletzen, die es nicht gibt, der in untauglicher Weise Versuchende will Rechtsgüter im Sinne von einzelnen konkreten Objekten (Verhältnissen) verletzen, in einer Weise, die, real betrachtet, diese Objekte ungeschädigt lassen muß. Vgl. auch die meines Erachtens treffenden Ausführungen *Buris* GS. 40 S. 530ff.

<sup>66)</sup> Gegen diese Unterscheidung insbesondere *Lammasch* S. 22ff.; *Delaguis* S. 109ff.; *Rover* S. 47.

<sup>67)</sup> *Binding*, Normen 2 S. 111; Hdb. I S. 694; Grundriß I § 54; besonders aber *Hagemann*, GArch. 32 S. 230; *Havenstein*, GArch. 37 S. 130—166; *Kroschel*, GS. 41 S. 273, 296; 43 S. 216—220; *Oetker* Zeitschr. 17 S. 56ff.; auch

die Normen) wollen nur die in ihnen bezeichneten Objekte schützen, nicht andere. Das Gesetz gegen Tötung will nur lebende Menschen, nicht Leichen, Baumstämme, Schatten usw. schützen, das Gesetz gegen Diebstahl nur fremdes Gut, nicht die eigene Sache des Täters. Dies ist richtig, beweist aber für den Versuch nichts; mit demselben Rechte kann gesagt werden, das Gesetz wolle nur Schutz gewähren gegen wirkungsvolle Handlungen; also gegen Anwendung tauglicher Mittel. Der Schutz gegen Tötung erwachsener und gesunder Menschen durch ein wenig Zucker ist genau so wenig in den Gesetzen gegen Tötung begriffen, wie der Schutz von Leichen, Baumstämmen und Schatten. Dagegen liegt die Strafbarkeit des Versuchs im Willen und in der denselben charakterisierenden Vorstellung begründet, und dieser Wille, diese Vorstellung, eine Tat zu begehen, die ein Verbrechen darstellt, ist in dem einen wie in dem anderen Falle vorhanden. Soll dieser in Tat gehörig ausgedrückte Wille<sup>68a)</sup> nicht genügen, so fällt die gesamte Lehre vom Versuch in sich zusammen. Von einem Mangel am Tatbestande zum Versuch kann hier auch nicht geredet werden, da Richtung des Willens gegen das im Tatbestande des Gesetzes bezeichnete Objekt vorhanden ist.<sup>68b)</sup>

*Frank* § 43 II. — *Finger* I S. 305, bes. Anm. 389 (jedoch mit Unterscheidungen). Ich habe früher in meiner zitierten Jugendarbeit S. 8ff. ebenfalls diese irrije Ansicht wesentlich mit denselben Gründen wie die genannten Autoren vertreten.

<sup>68)</sup> Es gehört hierher auch der Fall, daß ein Objekt nur dann Objekt sein kann, wenn es mit bestimmten Eigenschaften ausgestattet ist, oder zu dem Täter in bestimmten rechtlichen Beziehungen (z. B. Verwandtschaft, Schwägerschaft) steht.

<sup>68a)</sup> *Frank*, § 43, I 3 und II 2, ist der Meinung, der Versuch unterscheide sich von der Vollendung dadurch, daß beim Versuch nur die kausale Verbindung zwischen Tätigkeit und Objekt fehle, während im übrigen der volle Tatbestand des Delikts auch beim Versuche vorhanden sein müsse. Aber die kausale Verbindung als Wirklichkeit verlangt nicht weniger Wirklichkeit in der Wirksamkeit der Mittel als in der Existenz des Objektes. Der Unterschied ist also nur ein scheinbarer.

Es ist daher auch nicht zutreffend mit *Frank* (und *Garraud* I n. 209) ausnahmsweis einen strafbaren Versuch mit untauglichen Mitteln dann auszusprechen, wenn der Tatbestand des Delikts die Anwendung eines bestimmten Mittels (z. B. Gift) fordert, der Täter aber ein anderes Mittel benutzt ein der Meinung, es sei das im Gesetze bezeichnete.

<sup>68b)</sup> Vgl. *Kraschel*, GS. 41 S. 488. Nur dialektisch, aber auch dialektisch unhaltbar ist folgende Argumentation. Es sei doch gleich, ob das Gesetzbuch eine allgemeine Definition des Versuchs aufstelle, oder ob diese Definition in jedem einzelnen Paragraphen zusätzlich eingeschoben werde. Gewiß! Nun aber schiebt man die spezielle Bestimmung so ein, daß das, was bewiesen werden soll, sich aus dem Wortlaut ergibt. Z. B. „Eine Schwangere, welche den Entschluß usw.“. Aber das Gesetz könnte sich ebensogut anders ausdrücken. Z. B. „Eine

Die Konsequenzen erschrecken aber: der Dieb, der in der Tasche des zu Bestehlenden, in dem erbrochenen Geldschrank nichts findet, kann nicht wegen Diebstahls, wer in das Zimmer des A auf einen dort hängenden Mantel schießt, während A augenblicklich in das Nebenzimmer getreten ist, nicht wegen Mordversuchs gestraft werden. Man sucht daher Auswege. Es wird bemerkt, in Fällen der letzteren Art sei das Objekt des Verbrechens doch vorhanden, nur nicht an dem Orte der Tätigkeit, folglich der Versuch hier strafbar. Es ist aber nicht richtig, daß der Dieb, wenn er in die linke leere Tasche des A griff, auch das Portemonnaie oder das Geld, welches in der rechten Tasche sich befand, stehlen wollte, oder gar ein Portemonnaie, welches A in seinem Schreibtisch zu Hause hatte liegen lassen,<sup>69)</sup> und soll der Dieb straflos sein, wenn A gar kein Geld bei sich trug? Wäre er umgekehrt straffällig, wenn in der anderen Tasche des A sich zufällig noch ein Fünzigpfennigstück befände?<sup>70)</sup> Wille und Tat richten sich immer nur gegen das im Augenblick der Tat nach der Vorstellung des Handelnden erreichbare, bzw. wirklich erreichte Objekt, wie in der Lehre vom *Error in objecto* dargelegt worden ist und auch der herrschenden Ansicht entspricht. Es ist daher auch die Grenze zwischen dem nicht existierenden und dem nur an falscher Stelle vermuteten Objekte gar nicht festzuhalten, und über die einzelnen Fälle herrschen unter den Vertretern dieser Ansicht recht erhebliche Meinungsverschiedenheiten.<sup>71)</sup> Ja es können manche hierher gehörigen Fälle ebensowohl als Fälle<sup>72)</sup> eines Versuches mit tauglichen Mitteln, wie als Fälle

Person weiblichen Geschlechtes, welche den Entschluß usw.“ Vgl. dagegen *Roeber* S. 48 ff.

<sup>69)</sup> *Oetker* a. a. O. S. 59. „A will im Eisenbahncoupé dem schlafenden B die Uhr stehlen; findet aber eine solche nicht vor. Hier kann A nicht um deswillen wegen Diebstahlsversuchs bestraft werden, weil B eine Uhr wirklich besitzt, sie aber zu Hause gelassen hat, denn A wollte nicht diese bestimmte Uhr, sondern eine von B bei sich geführte Uhr stehlen.“ — *Oetker* meint, Diebstahl ohne Vorstellung zu stehlender Objekte sei unmöglich. — Man könnte aber auch sagen, Diebstahl ohne Vorstellung einer Ähnlichkeit der Lage des Objekts sei unmöglich. Warum mußte die Vorstellung in einer Beziehung richtig sein, während sie im übrigen so falsch wie möglich sein darf?

<sup>70)</sup> Manche tragen nur loses Geld in der Tasche; eine Zeitlang galt dies als vornehme Sitte.

<sup>71)</sup> Vgl. *Finger*, *Oetker* a. a. O. und *Olshausen* § 43 Anm. 20, 21.

<sup>72)</sup> Z. B. den Schuß auf den Baumstamm, wenn der Förster, der getroffen werden sollte, nicht sehr entfernt stand.

eines Versuchs mit untauglichen Mitteln aufgefaßt werden. Wäre es z. B. durchaus unzulässig zu sagen, ein auf einen Baumstamm gerichteter Schuß sei ein untaugliches Mittel, den X zu töten? 72)

Die unterscheidende Behandlung des Versuchs mit untauglichen Mitteln und andererseits des Versuchs mit untauglichem Objekte ist also im Prinzip nicht aufrechtzuerhalten. Richtig ist jedoch, daß bei nicht vorhandenem Objekte eine Bestrafung das unmittelbare Gefühl leichter zu verletzen geeignet ist, und ganz besonders da, wo das körperliche Objekt dadurch zu einem untauglichen wird, daß ihm eine besondere rechtlich erhebliche Eigenschaft fehlt oder, wo die Handlung überhaupt nur als Verletzung eines rechtlichen Verhältnisses (z. B. einer Ehe durch Bigamie) strafbar erscheint, und durch die konkrete Handlung absolut in Wirklichkeit nicht verletzt werden kann. Denn in solchen Fällen ist ein Eindruck der Handlung oft gar nicht vorhanden; die Handlung erscheint dem Beobachter, der den Irrtum des Handelnden nicht kennt, als eine völlig erlaubte. Die Bestrafung könnte hier, wie schon andere hervorgehoben haben, zur Lächerlichkeit, die Möglichkeit der Bestrafung zu einem brauchbaren Mittel der Erpressung gegenüber ängstlichen Personen werden, namentlich wenn der Zweifel an der das Delikt ausschließenden Sachlage als *Dolus eventualis* gelten soll, wie nach der über letzteren herrschenden Theorie allerdings der Fall ist. 73)

§ 273. Es ist oben bemerkt worden, daß zur Strafbarkeit des Versuchs ein gewisser Eindruck der Tat erfordert werde. Bevor indes auf dies Erfordernis näher eingegangen wird, scheint

72) RG. I. 9./7. 88, E. 18 Nr. 19 S. 82 hat angenommen, daß gegen eine erst zu gründende (tatsächlich nachher nicht begründete) Genossenschaft ein Betrugsversuch begangen werden könne. — Die betrügliche Absicht existierte bereits gegen die Personen, welche die Hauptpersonen in der zu begründenden Genossenschaft werden sollten, und die, wäre letztere zustande gekommen, in ihrem Vermögen geschädigt worden wären. Der Betrugsversuch wurde gegen diese, nicht gegen die noch nicht existierende Gesellschaft begangen. Kam die Genossenschaft zustande, so war Betrug gegen diese und gegen jene Personen vorhanden.

73) Z. B. ein Mädchen A fürchtet (tatsächlich unbegründeterweise) schwanger zu sein. In ihrer Angst wendet sie sich an B, damit dieser ihr für alle Fälle ein Abortivmittel verschaffe. B. gibt ihr absichtlich ein völlig ungeeignetes Mittel, welches die A einnimmt. B. kann diesen Sachverhalt vorzüglich zu Erpressungen nicht nur gegen die A, sondern auch gegen deren Angehörige benutzen.



es nötig festzustellen, unter welchen Voraussetzungen von einem tauglichen und andererseits von einem untauglichen Versuche zu reden ist.

Meiner Ansicht nach ist dieser Unterschied darauf zurückzuführen, daß man den wirklich nachträglich festgestellten Sachverhalt nach dem Gesichtspunkte der Erfahrung prüft. Sagt man sich, erfahrungsmäßig konnten die Umstände, unter denen die Tat geschah, sich unschwer dahin modifizieren, daß der Erfolg eintrat,<sup>74)</sup> so liegt tauglicher Versuch vor; scheint aber diese Modifikation völlig ausgeschlossen oder so fern liegend, daß die Rücksicht auf dieselbe bei Berechnung des Kausalzusammenhanges völlig als Torheit angesehen werden müßte,<sup>75)</sup> so liegt untauglicher Versuch vor. Die Unterscheidung ist somit nichts weniger als scharf und da sie nur auf einer oft unsicheren Hypothese beruht, gewissermaßen als eine vulgäre zu bezeichnen. Eine objektiv geringfügige Modifikation kann die Beurteilung ändern, und es gibt Fälle, welche der einen oder anderen Klasse mit irgend welcher Bestimmtheit zuzuweisen selbst einem und demselben Beurteiler schwer sein wird. Aber die Unterscheidung zeigt, daß in den Fällen, welche der Beurteiler als tauglichen Versuch bezeichnet, der Eindruck, daß ein Verbrechen geplant war, jedenfalls bei nachträglicher Untersuchung aus der Tat selbst sich ergibt, während beim untauglichen Versuch ein nachträglicher aus der Tat sich ergebender Eindruck fehlt. Der Eindruck muß also wenigstens bei der Tat selbst vorhanden sein, wenn die strafrechtliche Reaktion gegen letztere Zweck haben soll. Fehlt er hier, so wird der Versuch für straflos zu erachten sein. Ist er vorhanden, so ist die Strafe gerechtfertigt und erforderlich.

Das Vorhandensein eines genügenden Eindruckes<sup>75a)</sup> der Tat und andererseits das Fehlen dieses Eindruckes wird aber

74) Die Kugel flog vorbei; es hätte leicht besser gezielt werden können. Die Kugel traf ein aus starkem Metall verfertigtes Zigarrenetui; sie hätte leicht eine andere Stelle treffen können.

75) Der Schuß erfolgte mit feiner Schrotladung; es ist ausgeschlossen, daß diese weit genug fliegt, um das Objekt des Schusses zu erreichen, oder höchst unwahrscheinlich, daß sie bei großer Entfernung des Objekts noch irgend eine Wirkung ausübt. Die dem A beigebrachte Quantität Gift war so gering, daß sie gänzlich unschädlich war. Daß die Tat bei ihrer Begehung nicht den Eindruck eines geplanten Verbrechens machen konnte, war aber nicht zu behaupten.

75a) Mit Recht hat *Mittermaier* GS. 1859 S. 403 auf den Zusammenhang hingewiesen der Frage des Anfangspunktes und der Frage der Mittel und

ebenso beim Versuche mit untauglichen Mitteln, wie beim Versuche am untauglichen Objekte die strafbaren Fälle von den mit Strafe zu verschonenden in einer dem Rechtsgeföhle im ganzen entsprechenden Weise scheiden lassen, wenngleich einzelne Fälle zweifelhaft und streitig bleiben werden. Hat der Täter einen passenden Plan zur Begehung des Verbrechens von längerer Hand entworfen und die Ausführung sorgfältig vorbereitet, vergreift er sich aber im Augenblick der Ausführung, so wird der Versuch in der Regel Eindruck machen.<sup>76)</sup> Die Vorbereitung bewirkt dies meistens und wird zugleich zum Verräter. So, wenn der Täter zur Ausführung eines Giftmordes sich Gift besorgt hat, im Augenblick der Ausführung aber das Gift mit einer unschädlichen Substanz verwechselt; während es an dem Eindruck der Tat meist fehlen wird, wenn der Täter überhaupt nur eine harmlose Substanz zur Hand hat und diese als Gift verwendet. Zweifellos fehlt es auch an dem Eindruck im Falle der Anwendung abergläubischer (insbesondere sympathetischer) Mittel, ein Fall, den die meisten aus den Fällen des strafbaren Versuchs auf mehr oder weniger künstliche Weise ausscheiden wollen.<sup>77)</sup> Stark ausgedrückt war nur der maßgebende Entscheidungsgrund des mangelnden Eindrucks als einmal ein österreichisches Gericht wegen exzessiver Dummheit eine Dienstmagd mit Strafe verschonte, die ihre Herrschaft mit einigen lose unter die Betten gestreuten Pulverkörnern hatte in die Luft sprengen wollen.<sup>78)</sup>

§ 274. Selbstverständlich wird für den hier entscheidenden Eindruck nicht die Individualität der zufälligen Zuschauer oder Personen durchaus maßgebend sein dürfen, welche zuerst die etwa bleibenden Spuren der Tat wahrnahmen. Es wird vielmehr

Objekte des Versuchs; bei der letzteren kommt der Eindruck der Tat wesentlich in Betracht.

<sup>76)</sup> Insoweit hat *Kohler* mit der Ausführung, daß der Plan geeignet sein müsse, das Richtige getroffen. Ich hatte dies übrigens auch in meiner früheren Schrift S. 18 hervorgehoben.

<sup>77)</sup> So durch das Argument, daß der Abergläubische seine Tat von der Mitwirkung Gottes, des Teufels oder einer anderen übersinnlichen Macht abhängig mache. Das RG. will in dem bereits zitierten Urteile (E. 33 S. 321, bes. S. 323) solche übernatürliche Mittel überhaupt nicht als Mittel betrachten, da ihre Existenz sich nicht beweisen lasse; aber nach der Konsequenz der subjektiven, vom RG. zugrunde gelegten Theorie kommt es nur darauf an, ob die Tätigkeit der Anwendung eines in der Vorstellung des Handelnden existierenden Kausalzusammenhanges entspricht.

<sup>78)</sup> *Geyer*, Zeitschrift I S. 35.

ähnlich wie bei Beurteilung des Kausalzusammenhanges die Beurteilung einer verständigen Person gewöhnlichen Verstandes zugrunde zu legen sein, wenn auch, soviel die Wahrnehmung des äußeren Geschehens, oder die Spuren der Tat, der Umstand, ob man sofort oder erst nach längerer Zeit nach der Tat die Wahrnehmung tatsächlich gemacht hat, zu berücksichtigen ist. Gesetzt man fände erst nach längerer Zeit, daß eine Gewehrkugel die Fensterscheibe eines Zimmers durchbohrt hat, und es wäre zu der Zeit, als geschossen wurde, niemand im Hause gewesen oder niemand in dem Zimmer, und (im letzteren Falle) niemand hätte den Schuß gehört oder beachtet, so würde das im Zimmer aufgefundene Geschöß nicht den Eindruck eines versuchten Verbrechens hervorrufen, der spätere Beweis, daß X in mörderischer Absicht schoß, diesen nicht straffällig machen. An dem Eindrücke wird es namentlich fehlen, wenn die der unschädlichen und zugleich unschuldig erscheinenden Tätigkeit zugrunde liegende verbrecherische Absicht erst durch eine eingehende Untersuchung oder allein durch das Geständnis des Täters oder der mit-helfenden Personen klar wird, etwa gar erst nach längerer Zeit, da das äußere Faktum kaum noch im Gedächtnisse haftet; oft auch, wenn die Tat sich gegen ein Objekt richtet, dem eine für den Tatbestand des Delikts erforderliche rechtliche Eigenschaft fehlt.<sup>79)</sup> Diese Fälle hat, wie bemerkt, schon die frühere italienische Jurisprudenz meist als straflos angesehen. Die Tat erscheint hier, da man die entfernte Beziehung derselben nicht kennt, zunächst als völlig unschuldig, z. B. die A, die garnicht schwanger ist, gebraucht ein vermeintliches Abortivmittel: diese geheim vorgenommene Handlung ist niemandem aufgefallen; erst dadurch, daß die A sich später selbst verrät, entsteht der Eindruck einer versuchten Straftat.

Und wenn die Meinung des Handelnden, ein Delikt zu begehen, nur auf einer falschen rechtlichen Beurteilung eines einzelnen Tatumstandes beruht, kann niemals<sup>80)</sup> aus dem erwähnten Grunde strafbarer Versuch angenommen werden, weil

<sup>79)</sup> Danach ist z. B. nicht strafbar der Fall, der häufig benutzt ist, die Konsequenzen der subjektiven Theorie lächerlich zu machen (*Zacharias* 1 249).

<sup>80)</sup> Falsche rechtliche Gesamtbeurteilung der in den einzelnen Tatbestand momentan richtig aufgefaßten Handlung gehört nicht hierher. Es liegt dann ein eigentliches Putativdelikt vor.

die Tat bei richtiger (juristischer) Beurteilung nicht den Eindruck eines Verbrechens machen kann, z. B. jemand, der aus Gefälligkeit einmal einem minderjährigen Mädchen Musikunterricht erteilt und dasselbe bei dieser Gelegenheit verführt, hält sich für einen „Lehrer“ im Sinne des StGB. 174 I). In solchen Fällen ist es nicht erforderlich,<sup>80a)</sup> einen nachhaltigen Eindruck der Tat durch die Strafe wieder aufzuheben, da eben dieser Eindruck gar nicht existiert. Die wesentlichste Funktion der Strafe braucht also nicht einzutreten und kann auch nicht eintreten. Die Strafe ist mithin unnötig. Das Gegenteil wird meist angenommen werden müssen und Strafe einzutreten haben, wenn die Unmöglichkeit nur auf augenblicklicher Verwechslung oder dem Zuwenig des angewendeten Mittels beruht und also geeignet war, sofort in der äußeren Erscheinung die Absicht hervortreten zu lassen, z. B. der Angeklagte drückte ein anscheinend geladenes, in Wahrheit nicht oder nicht scharf geladenes Gewehr ab, indem er in der Eile das nicht geladene mit dem geladenen Gewehr, das auch zur Stelle war<sup>80b)</sup> — dies letztere ist bei Verwechslungsfällen regelmäßig für den Eindruck der Tat besonders entscheidend —, verwechselte.<sup>81)</sup>

Ebenso wird der erwähnte Fall des Taschendiebstahls als strafbarer Versuch zu gelten haben, ferner das Schießen in ein Zimmer, worin zwar sich zur Zeit niemand befindet, wenn darin der Bewohner des Hauses vermutet wird und dieser erst

<sup>80a)</sup> Vgl. in dieser Hinsicht auch *Finger*, Österreich. Strafr. I S. 226, der vor Überspannung der an sich von ihm gebilligten subjektiven Theorie warnt. Auch *Lammasch*, *Grünhuts* Zeitschr. 9 S. 274, hat sich in dieser Richtung, wenngleich nicht mit Bestimmtheit, ausgesprochen. Aber es führt auf Abwege, wenn man den unmittelbaren Eindruck der Tat als eines verbrecherischen Vorhabens mit der Gefährlichkeit derselben identifiziert, wie dies z. B. bei *Bünger*, Zeitschr. 6 S. 361, der Fall ist (vgl. dagegen *v. Kries*, Zeitschr. 9 S. 534).

<sup>80b)</sup> Ein anderer derartiger Fall: A will den B erschießen und hat sich zu diesem Zwecke mit einem richtig geladenen Gewehr versehen; Jemand, der die Absicht des A erkannt hat, entläßt aber unbemerkt das Gewehr, das A nun auf B abzufeuern versucht. *Carrara*, Progr. I § 364, nimmt in diesem (wirklich vorgekommenen) Falle tauglichen Versuch deshalb an, weil A doch zuerst in tauglicher Weise tätig gewesen sei, indem er das Gewehr lud, und weil das Laden und Abdrücken eine zusammenhängende Handlung enthalte. Aber das Abdrücken war erst die Ausführungshandlung, und auf diese allein kommt es an. Andererseits wird eine taugliche Ausführungshandlung nicht dadurch straflos, daß der Schuldige eine untaugliche darauf folgen läßt. Z. B. das angewendete taugliche Mittel hat nicht zum Ziele geführt. Jemand, der das verbrecherische Vorhaben des A durchschaut, gibt diesem, um Schaden zu verhüten, ein unschädliches Mittel, das A auch anwendet. Auf diese Fälle hat *Geyer* aufmerksam gemacht.

<sup>81)</sup> Immer trifft das aber nicht zu. Der Eindruck wird nicht vorhanden

soeben sich entfernt hat, das Schießen auf einen vorüberfahrenden Wagen, um den vermeintlich darin befindlichen Eigentümer des Wagens zu treffen, das Schießen in tödlicher Absicht auf eine zu weite Entfernung, mit einer unrichtig geladenen Waffe. Versuch der Abtreibung bei gar nicht vorhandener Schwangerschaft oder mit dazu völlig ungeeigneten Mitteln würde dagegen als strafbar nicht zu betrachten sein. Dies Verbrechen macht überhaupt, wenn es nicht zur Perfektion kommt, wenig Eindruck auf andere,<sup>82)</sup> und der Versuch kann kaum anders als durch genaues Nachforschen zur Kunde anderer gelangen, wie man überhaupt fragen kann, ob es konsequent vom strafrechtlichen (nicht vom rein physiologischen) Standpunkte erscheint, wenn die Verhinderung der Konzeption völlig straflos ist und in Büchern angepriesen wird, dagegen die Abtreibung schon während des frühesten Stadiums der embryonalen Entwicklung, wie nach dem StGB., regelmäßig mit Zuchthaus bedroht ist.<sup>82a)</sup>

§ 275. Im wesentlichen stimmt aber auch mit der Anwendung des einschränkenden Prinzips des Eindrucks überein die neue englisch-nordamerikanische Praxis. *v. Overbeck*<sup>83)</sup> faßt sie dahin zusammen, daß „*real*“ oder „*apparent adaptation*“ zur Strafbarkeit des Versuchs gefordert werde und scheinbar heißt hier nach einer Erläuterung eines nordamerikanischen Richters, so wie der Vorgang einem unbefangenen und verständigen Menschen (welcher als Zuschauer gedacht wird) erscheinen muß.<sup>84)</sup> Natürlich kommen auch Inkonsequenzen und Widersprüche vor; nicht selten klammert man sich allzusehr an den Wortlaut des einzelnen Gesetzes.

sein, wenn das Hantieren sowohl mit dem tauglichen wie mit dem untauglichen Mittel zur gewöhnlichen Beschäftigung des Handelnden gehört.

<sup>82)</sup> Unter Annahme eines Versuchs am untauglichen Objekte und mit untauglichen Mitteln, sowie der Möglichkeit eines Versuchs mit *Dotus eventualis* kommt man schließlich hier zu Strafuntersuchungen welche die Justiz schädigen müssen und zugleich böswilligem Denunziantentum gute Ausbeute liefern.

<sup>82a)</sup> Allerdings ist man nicht absolut verhindert, das frühe Stadium der embryonalen Entwicklung als mildernden Umstand zu betrachten, aber dann sind 6 Monate Gefängnis doch noch das Minimum.

<sup>83)</sup> GS. 65 S. 110—119. (Der untaugliche Versuch in der nordamerikanischen Rechtspflege; vgl. auch *Wharton* 1 §§ 182—186, *Bishop* 1 §§ 737—754.)

<sup>84)</sup> In Beziehung auf Abtreibungsversuch ist man allerdings strenger, vielleicht in Anlaß der Schwierigkeit des Beweises, wenn Schwangerschaft gezeugnet wird, und der Zweifel über Tauglichkeit mancher Mittel, so daß in England durch ein neues Gesetz (24 et 25 Vict. c. 100 § 58) Abtreibungshandlungen an

Wie bemerkt, hat *A. Horn* bereits den Eindruck der Tat als entscheidendes Prinzip<sup>85)</sup> aufgestellt. Es fehlt nur bei ihm an der Anknüpfung an ein allgemeines Prinzip des Strafrechts und sodann an der genaueren Ausführung.<sup>86)</sup>

Die von *Roever* (S. 43) gegen die Entscheidung nach dem Eindrucke geltend gemachten Einwendungen sind aber unbegründet. Sie laufen auf die irrige Ansicht hinaus, daß die „allgemeine Rechtsordnung“ durch einzelne Delikte nicht berührt, nicht geschädigt oder gefährdet werde, daß vielmehr immer nur einzelne — d. h. konkrete — Rechtsgüter geschädigt werden können, eventuell aber, wenn man den Rechtsfrieden als Rechtsgut auffasse, dieser ebenso durch untauglichen wie durch tauglichen Versuch beunruhigt werde. *Roever* (S. 98) ist überhaupt der Meinung, daß ein passendes Prinzip nicht formuliert werden könne; er will es dem richterlichen Ermessen im einzelnen Falle überlassen, ob die mehr oder minder lebhaft empfundene, daß eine Reaktion nicht stattfindet, unberücksichtigt bleiben dürfe und deshalb eine geringere oder gar keine Strafe zu erkennen sei, während *Delquis* (S. 224 ff.) die sogleich zu erwähnende Formulierung des neuen russischen StGB. für eine angemessene, der Volksempfindung entsprechende erachtet.

§ 276. Das norwegische StGB. und der österreichische Entwurf von 1893 sprechen sich über den untauglichen Versuch

einer Frau mit Strafe bedroht sind „*whether she be or be not with child*“. Dies gilt aber verständigerweise nur für andere Personen, welche der Frau Abortivmittel „*administer*“; eine nicht schwangere Frau, welche sich selbst und ohne *conspiracy* mit anderen Personen Abortivmittel beibringt, ist nicht strafbar. *Archold-Stephenson* S. 828. Ein wenig stimmt diese Unterscheidung mit dem im Texte vertretenen Prinzip doch überein: wenn eine andere Person zur Hilfe herangezogen ist, macht der Vorgang, wenn entdeckt, mehr Eindruck.

<sup>85)</sup> Vgl. übrigens auch *J. v. Kries*, Zeitschr. 9 S. 534, der darauf aufmerksam macht, daß beim Versuch der psychologische Eindruck Berücksichtigung finden müsse.

<sup>86)</sup> *Liszt* § 47 II will den Versuch als ungefährlich nur dann straflos lassen, wenn unter Berücksichtigung der im Augenblicke der Handlung allgemein erkennbaren oder dem Täter bekannten Umstände die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale, insbesondere der Erfolgseintritt, als ausgeschlossen erscheint.

Nach den zur Erläuterung beigelegten Beispielen scheint aber diese Straflosigkeit nur dann stattfinden zu sollen, wenn der Täter die tatsächlichen Umstände in einer den Naturgesetzen völlig widersprechenden Weise beurteilt und dann entsprechend gehandelt hat. Im praktischen Ergebnisse wird man damit m. E. zur Bestrafung fast der sämtlichen untauglichen Versuchshandlungen gelangen und nur die Anwendung abergläubischer Mittel straffrei lassen oder solche Fälle, in denen die Einbildungskraft des Handelnden dessen Zurechnungsfähigkeit recht zweifelhaft macht. Abgesehen von einem Falle der Anwendung abergläubischer Mittel sind solche Fälle noch nie in der Praxis des RG. vorgekommen; die frühere Polemik *Lissts* (Zeitschr. 1 S. 107) gegen das RG. ist also praktisch fast gegenstandslos.

nicht aus. Dagegen bestimmt der schweizerische Entwurf von 1903, daß, wenn „das Verbrechen mit einem solchen Mittel oder an einem solchen Gegenstande unter keinen Umständen ausgeführt werden konnte“, der Richter nach freiem Ermessen die Strafe mildern könne,<sup>86a)</sup> und das russische StGB. von 1903 erklärt in Art. 47 den Versuch gegen ein nicht existierendes Objekt oder ein offenbar untaugliches Objekt und in Art. 49 den Versuch mit offenbar ungeeigneten Mitteln, welche der Täter infolge äußerter Unwissenheit oder auch Aberglaubens wählte, für straflos.<sup>87)</sup>

Gesetzliche Entscheidung der Kontroverse, wird sich empfehlen, im Hinblick auf die im Verlauf der Jahre *de lege lata* nicht ausgeglichenen Meinungsverschiedenheiten, im Hinblick zugleich darauf, daß doch überwiegend *de lege ferenda* eine gewisse Einschränkung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs für angemessen erachtet wird.<sup>88)</sup> Es würde dabei zu erwägen sein, daß bloße Strafmilderung die Volksempfindung in manchen Fällen ebenfalls verletzen würde, zumal die einem Strafverfahren leicht anhaftenden Belästigungen und Schädigungen mit minimalen Strafen nicht im Verhältnis zu stehen brauchen. Auch Straffreiheit nur nach völlig freiem richterlichem Ermessen würde den Übelstand mit sich führen, daß die anklagende Behörde, um nicht sich selbst dies unbestimmte Ermessen beizulegen, veranlaßt werden würde, auch in den Fällen Anklage zu erheben, in welchen die Freisprechung von Strafe in sicherer Aussicht stände. Es wird also die Straflosigkeit für gewisse Fälle bestimmt im Gesetze auszusprechen sein. Vielleicht würde folgende Formel empfohlen werden können:

Als strafbarer Versuch ist eine Handlung nicht anzusehen, welche völlig ungeeignet war, die Vollendung herbeizuführen, und weder bei ihrer Vornahme noch in wahrnehm-

<sup>86a)</sup> Damit kommt man wieder zurück auf Bestimmungen, wie solche sich in Art. 27 des sächsischen CGB. von 1838 und Art. 72 des württembergischen GB. fanden. Wenn das Gesetz dem Richter betreffs Minimalstrafe des Versuchs überhaupt genügend freie Hand läßt, so sind sie überflüssig.

<sup>87)</sup> *Delaquis* (S. 225) übersetzt in der ihm angemessen erscheinenden Formel: Handlungen, welche aus rohem Aberglauben oder grober Unwissenheit vorgenommen werden.

<sup>88)</sup> Auch *Buri* war schließlich einer gesetzlichen Einschränkung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht entgegen.

baren Folgen genügenden Eindruck auch nur annähernd geeigneter Ausführung der geplanten Straftat hervorrief.

Das Wort „hervorrief“ ist gewählt, um anzuzeigen, daß es auch auf den tatsächlichen Eindruck der Personen mitankommen soll, welche wirklich die Tat beobachtet oder ihre Folgen (Spuren) wahrgenommen haben. Eine weder unmittelbar noch in ihren Folgen und Spuren längere Zeit von anderen als den schuldigen Personen selbst wahrgenommene völlig ungeeignete Versuchshandlung sollte man nicht zum Gegenstande eines Strafverfahrens machen, sie nicht gleichsam hinterher noch mit Aufwendung größten Scharfsinns aufgraben. Es ist wahr, daß nach solcher Bestimmung auch der Zufall, ob die Tat von anderen Personen nicht wahrgenommen wurde, oder umgekehrt Aufsehen erregte, einen gewissen Einfluß auf die Strafbarkeit oder Straflosigkeit haben wird. Der Zufall wird indes in der Strafjustiz sich überhaupt nicht ganz abweisen lassen, wie das Tatbestandsmoment des Ärgernisses bei einzelnen Deliktsarten zeigt. Es ist aber auch gesagt, daß die Tat unmittelbar oder in ihren Folgen genügenden Eindruck gemacht haben müsse, und damit gegeben, daß der Eindruck bei denjenigen Personen, welche die Tat beobachten, nicht allein entscheide — sie könnten z. B. ebenso abergläubig sein wie der Täter —, daß vielmehr hier eine verständige Beurteilung mäßigend eingreifen soll, während andererseits, da auch die Folgen — und zu diesen gehören die Spuren — in Betracht kommen, der etwaige Unverstand derjenigen, welche diese Folgen zuerst oder unmittelbar wahrnahmen, die Bestrafung ohne weiteres weder begründen noch ausschließen soll; da es bei der Beurteilung von Folgen einer Tat nicht auf unmittelbare Wahrnehmung ankommen kann.

§ 277. Gibt es Delikte, bei denen ein Versuch der Natur der Sache nach nicht möglich ist?

Da in der Regel Handlung und Erfolg so unterschieden werden, daß man die Körperbewegung und etwa noch das, was durch diese, von seltenen Ausnahmen abgesehen, bewirkt werden kann (z. B. Erregung eines Schalles durch die Bewegung der Stimmorgane), als Handlung bezeichnet wird, die Handlung in diesem Sinne aber mit dem Willen unmittelbar verbunden scheint, so könnte man geneigt sein, bei den sog. Formal-



delikten, bei denen das Delikt nur in Handlungen in jenem Sinne besteht, ein Erfolg also nach der vulgären Auffassungsweise nicht erfordert wird, die Möglichkeit eines Versuches zu leugnen, und wirklich ist das mehrfach geschehen. Besonders aber ist *A. Cohn*, indem er leugnet, daß Versuch einer „Handlung“ möglich sei, dadurch zu einer durchaus irrigen Theorie des Versuches überhaupt gelangt.<sup>89)</sup> Eine genauere — schon mehrfach benutzte — Betrachtung zeigt aber, daß wir nicht immer die absolute Herrschaft über die unmittelbaren Körperbewegungen haben, letztere vielmehr schon ein, wenn auch erster Erfolg des inneren Willensaktes sind, daß aber bei Handlungen, bei denen irgend eine, wenn auch nahe Außenwirkung erfordert wird, die mannigfachsten Hindernisse und Ablenkungen vorkommen können, welche die Handlung unwirksam erscheinen lassen: die Feder versagt den Dienst; die Beleidigung wird nicht gehört<sup>89a)</sup> usw.<sup>89b)</sup>

Eine andere Frage ist, ob bei einer Versuchshandlung in solchen Fällen ein wirklicher Wille, das Verbrechen zu begehen, sich genügend feststellen läßt; und diese Frage wird tatsächlich oft verneinend zu beantworten sein, weil der dann vorliegende Tatbestand zu weit von einem greifbaren Erfolge entfernt bleibt, und da, wo das Gesetz selbst eine unter Strafdrohung gestellte Handlung als Versuch oder Vorbereitungshandlung bezeichnet, ist logisch ein Versuch des Versuchs oder gar der

<sup>89)</sup> Vgl. in dieser Beziehung und besonders gegen *Cohn: Lissé*, Zeitschr. I S. 96. Zu welchen Irrtümern *Cohn* kommt, zeigt seine zweite 1889, zur Verteidigung der ersten erschienene wissenschaftliche Schrift. Hier ist S. 9 ff als schlagendes Beispiel für die Richtigkeit der aufgestellten Behauptung benutzt das Abreißen obrigkeitlicher Bekanntmachungen „Kein Reißen ohne Riß“. Es bedarf aber keines Beweises, daß man versuchen kann, etwas abzureißen oder zu zerreißen, ohne irgend einen Riß in dem betreffenden Gegenstande hervorzubringen.

<sup>89a)</sup> Um sich diesen Fall praktisch vorzustellen, kann man hinzudenken, daß der Beleidiger in der Meinung, der Beleidigte habe die Worte gehört, nachher die Beleidigung widerruft oder bei dem Beleidigten sich entschuldigt.

<sup>89b)</sup> *Mittermaier* N. Arch. 4 S. 17 ff., zählt eine größere Anzahl von Delikten auf, bei denen ein Versuch nicht möglich sein soll er rechnet dahin auch Delikte, die durch eine gewisse rasche Handhabung verbüt werden, z. B. Kinderaussetzung, Totschlag. Schon *Hepp* (Versuche S. 291 ff.) hat für einzelne dieser von *Mittermaier* ausgenommenen Delikte die Möglichkeit eines Versuches nachgewiesen. Richtig aber hat bereits *Köstlin*, N. Revision S. 440, gesagt, daß bei allen dolosen Delikten ein Versuch möglich sei. Daß bei manchen Delikten faktisch ein Versuch selten vorkommt, und es nicht leicht ist, sich eine entsprechende Situation auszudenken, kommt nicht in Betracht: das Leben ist erfindungsreicher als der Gedanke.

Vorbereitungshandlung ausgeschlossen.<sup>89c)</sup> In diesem letzteren Falle muß aber auch der für den Versuch (und um so mehr für die Vorbereitungshandlung) geltende Grundsatz der Straflosigkeit der Handlung bei freiwilligem Rücktritt Anwendung finden, und dies wird namentlich für die Fälle gelten, in denen unser Gesetz Strafe androht für denjenigen, der es „unternimmt usw.“; denn jeder Versuch kann auch als Unternehmen bezeichnet werden, während allerdings ein Unternehmen auch nur ein Vorbereiten sein kann: eine besondere Strafdrohung für ein auf einen Erfolg gerichtetes Unternehmen stellt daher dieser Fall nicht — auch nicht nach dem Wortlaut — außerhalb des Kreises des Versuchs.<sup>89d)</sup> Es kann also jemand, wenn er von dem auf einen verbrecherischen Erfolg gerichteten Unternehmen freiwillig zurücktritt, ebenso sich Straflosigkeit erwirken, wie wenn er in anderen Fällen vom Versuche zurücktritt. Auch wird von einem Versuche eines Unternehmens, weil das letztere selbst nur Versuch ist, nicht zu reden sein. Dagegen erscheint es allerdings unzulässig, die Grundsätze des Versuchs, insbesondere den Grundsatz des freiwilligen Rücktritts, auf einen Fall anzuwenden, den wir mit Rücksicht auf den in letzter Linie die Strafbarkeit begründenden Erfolg und nach Maßgabe allgemeiner Rechtsanschauungen als Versuch charakterisieren würden, den aber das Gesetz einfach als vollendetes Delikt aufstellt, ohne irgend eines auf Versuchscharakter der Handlung hindeutenden Ausdrucks sich zu bedienen. Hier gibt es einen Versuch der betreffenden Handlung und bei diesem einen straflosen Rücktritt, aber keinen Rücktritt von der Handlung selbst, welche man freilich nach allgemeinen Prinzipien als Versuch charakterisieren möchte. *De lege ferenda* wäre indes hier eine Bestimmung zu empfehlen, welche bei tätiger Reue Straflosigkeit gewähren würde, da ein dauernder Schaden doch noch nicht eingetreten ist.

Auch bei Begehung von Kommissivdelikten durch

<sup>89c)</sup> *Olshausen* § 43 Anm. 28.

<sup>89d)</sup> *Zachariae*, GArch. 3 S. 170ff.; *Wächter*, Vorlesungen S. 200; *Hälschner* 2 S. 926.; *Binding*, Lehrb. I S. 14; *Hersog*, Rücktritt S. 230. — RG. II. 9./11. 80 E. 3 Nr. 10 S. 26: Unternehmen umfaßt mehr (möglicherweise mehr zurückliegende) Handlungen als Versuch. Vgl. auch RG. III. 4./6. 83 E. 8 Nr. 100 S. 354.

Unterlassung ist Versuch möglich. Der zur Abwendung eines schädlichen Erfolges Verpflichtete versetzt sich in einen Zustand, in welchem er voraussichtlich dieser Verpflichtung nicht nachkommen kann; der Erfolg wird aber durch einen glücklichen Zufall abgewendet. Solange aber jener Zustand noch nicht eingetreten ist, ist auch der Wille, den Erfolg herbeizuführen, noch nicht genügend objektiviert und selbst ein Geständnis könnte ebensowenig wie bei anderen Vorbereitungs-handlungen uns über die erforderliche Festigkeit des Willens Aufschluß geben. Mit dem Eintritt jenes Zustandes ist aber allerdings sog. beendigter Versuch vorhanden, ein Begriff, dessen Berechtigung freilich bestritten werden mußte, damit eine höhere Stufe der Strafbarkeit verbunden sein soll, dem aber bei dem Rücktritte vom Versuche eine gewisse Bedeutung zugestanden werden kann. Dagegen ist bei Unterlassungsdelikten im eigentlichen Sinne ein Versuch nicht denkbar.<sup>90)</sup> Denn entweder ist für die Vornahme der Handlung eine bestimmte Frist gesetzt, oder aber die Handlung soll sofort vorgenommen werden, wenn die Voraussetzungen vorliegen und der Verpflichtete zur Vornahme imstande ist. Im ersten Falle ist es für die Vermeidung einer Verletzung des Gebotes völlig irrelevant, wie der Verpflichtete zur Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtung gelangt — mag er selbst durch widerrechtliche Drohung dazu gezwungen werden —, und ebenso, ob der Verpflichtung im ersten oder im letzten Augenblicke der Frist genügt wird. Der durch das Gebot Verpflichtete könnte also, vorausgesetzt, daß er sich absichtlich außerstande gesetzt hätte, dem gesetzlichen Gebote nachzukommen, immer innerhalb der Frist auf eine Anklage erwidern, daß es sich erst zeigen werde, ob er nicht der Verpflichtung noch nachkommen werde: die vollkommene Freiheit innerhalb der Frist läßt innerhalb derselben auch den Beginn eines gesetzwidrigen Entgegenhandelns nicht zu. Andererseits ist, wenn die Frist abgelaufen ist, die Handlung sofort vollendet. Diese Frage ist übrigens eine rein theoretische; praktisch ist sie wertlos. Bei

<sup>90)</sup> So auch die herrschende Meinung. Vgl. *Geyer*, Erörterungen S. 88; *Glaser*, *Holtendorffs* Rechtslexikon III S. 933; *Olshausen*, § 43 Anm. 27a; *A. Horn*, *Zeitschr.* 20 S. 336 ff.; *Finger* 1 S. 316.

der Begehung von Kommissivdelikten durch Unterlassung ist dagegen nur der Beweis meist schwierig.

Ob der Deliktsbegriff für einzelne Arten von Straftaten positivrechtlich so gestaltet ist, daß ein Versuch ausgeschlossen erscheint, ist mit den vorstehenden Ausführungen nicht geleugnet. Bei genauerer Prüfung wird man indes häufig Fälle eines Versuchs auch da auffinden, wo die Möglichkeit desselben auf den ersten Anblick nicht vorhanden schien.<sup>91)</sup>

§ 278. Insoweit ein Verbrechen mit *Dolus eventualis* für möglich erachtet wird, muß auch die Möglichkeit eines Versuchs mit solchem Dolus angenommen werden.<sup>91a)</sup> Es fragt sich aber, ob bei der Bestrafung der weitgehendste, schwerste der in Betracht kommenden Erfolge zugrunde zu legen sei, oder umgekehrt der leichteste Erfolg. Überwiegend ist wohl die erstere Meinung; sie ist auch richtig, wenn man im Sinne der reinen Vorstellungstheorie für den eventuellen Dolus nur das eventuelle Einverständnis mit dem Erfolge, nicht das eventuelle Erstreben des letzteren fordert. Nach der Konsequenz der Willenstheorie dagegen, welche nur den erstrebten oder als notwendig betrachteten Erfolg als gewollt ansieht — und das ist die hier vertretene Ansicht —, kann nur der geringere Erfolg zum Maßstabe genommen werden.<sup>92)</sup> Nach der Ansicht, welche den schwereren Erfolg zugrunde legt,<sup>93)</sup> würde, wie *Luden* schon richtig bemerkt hat, der wirkliche Eintritt eines geringeren Erfolges den Schuldigen oft besser abkommen lassen, als das völlige Ausbleiben des Erfolges. *Zachariae* hat dagegen freilich bemerkt: jemand, der auf einen anderen schieße in der Absicht, sein Rachegefühl durch Vernichtung oder Beschädigung des Gegners zu befriedigen, dürfe, wenn man Versuch mit *Dolus eventualis* nicht anerkennen wolle, gar nicht bestraft werden, falls der Schuß sein Ziel verfehle. Dies ist richtig, wenn man den *Dolus eventualis* als

<sup>91)</sup> Vgl. in dieser Hinsicht *Zachariae*, GArch. 3 S. 179 285 ff.; *Hiller* in *Grünhuts* Zeitschr. 5 S. 284 ff.

<sup>91a)</sup> Vgl. RG. II. u. III. 15. u. 22./12. 84 E. 12 Nr. 17 S. 64: Keine Form des Dolus schließe die Möglichkeit des Versuchs aus.

<sup>92)</sup> So *Luden* Handb. 1 S. 382; *Wächter* S. 209.

<sup>93)</sup> So *Zachariae* 1 S. 44; *Köstlin*, Syst. S. 222; *Schwarze* S. 97; *Hülschmer* 1 S. 334; *H. Meyer* § 31; *Liszt* § 46 Anm. 2; *Olshausen* § 43 Nr. 5; *Baumgarten* S. 351; Rg. II. 15./12. 84 E. 12 Nr. 17 S. 64; II. 29./3. 89 E. 19 S. 90, 94; beifüßig auch I. 27./3. 87 E. 16 Nr. 4 S. 28.

einfaches Sichergeben in den Verlauf der Dinge auffaßt; dies war die Willensstimmung des Schießenden indes nicht. Er wollte jedenfalls am Körper verletzen, da die Körperverletzung Vorstufe der Tötung ist, und für den Versuch der Körperverletzung ist er jedenfalls verantwortlich. Allerdings ist der Versuch der Körperverletzung nach unserem StGB. nur dann strafbar, wenn geradezu eine schwere Körperverletzung beabsichtigt war; aber dies ist nur eine positive, rationell in diesem Umfange nicht zu rechtfertigende Beschränkung des strafbaren Versuchs, welche gegen das Prinzip nichts beweist. Die Konsequenz der strengeren Ansicht ist aber, genau betrachtet: Bestrafung nicht nur wegen des eingetretenen Erfolges, sondern Bestrafung wegen Vollendung des geringeren und zugleich wegen Versuchs des schwereren Deliktes in idealer Konkurrenz — wie das *Hälschner* auch ausführt —; dann muß aber, wer in erster Linie nur verwunden will, eventuell aber sich darin ergibt, daß der Getroffene sterben könne oder sterben werde, strenger bestraft werden als derjenige, der direkt töten will! An eine solche Konkurrenz denkt aber, so viel ich weiß, eine gesunde Praxis niemals, wenn in einem Raufhandel jemand totgeschlagen oder totgestochen wird und direkte Absicht zu töten nicht vorliegt.

Diese Beurteilung des Versuchs mit eventuellem Dolus nach dem geringsten der in Betracht kommenden Delikte ist freilich nicht zutreffend für die Fälle, in denen auch nach der hier (vgl. oben § 177) vertretenen Ansicht ein *Dolus eventualis* vorliegt, z. B. in dem Falle des Werfens oder Legens einer Sprengbombe. Hier kann eine gerechte Beurteilung des Versuchs nur nach Maßgabe der Wahrscheinlichkeit stattfinden. War es wahrscheinlich z. B., daß nur Sachen beschädigt werden würden, so ist diese Beschädigung, war es wahrscheinlich, daß Menschen verletzt wurden, so ist diese Verletzung als gewollt zu betrachten, wenn die Strafe des Versuchs nach der einen oder anderen Richtung über die Strafe nach Maßgabe desjenigen Delikts hinausgeht, bei dessen Tatbestand der wirklich angerichtete Schaden in Betracht kommt.

§ 279. Eine besondere Schwierigkeit bietet die Bestimmung der Versuchsstrafe in denjenigen Fällen, in denen das Gesetz eine schwerere Strafe für das vollendete Delikt für

den Fall bestimmt, daß eine besondere nachteilige oder schädliche Tatsache als Folge an die Begehung des Deliktes sich knüpft oder durch dasselbe verursacht ist.<sup>94)</sup> Es ist klar, daß für den Eintritt der schweren Folge ein auf den Eintritt dieser Folgetatsache gerichteter Dolus nicht in Betracht kommt,<sup>95)</sup> wenn anderweit die Tat unter eine strengere Strafbestimmung fallen würde, z. B. wenn die Tat als Mordversuch einer noch strengeren Strafe unterliegen würde. Denn die Absicht des Gesetzgebers ist zweifellos, durch die Qualifikationsbestimmung die Strafe strenger zu gestalten, als ohne dieselbe der Fall sein würde.<sup>96)</sup> Ohne die Qualifikationsbestimmung würde zur Anwendung kommen die Bestimmung über ideale Konkurrenz von dolosem Verbrechen und fahrlässiger Beschädigung, d. h. praktisch würde letztere nicht beachtet werden. Die schärfere Bestrafung ist jedenfalls nur gerecht, soweit in Beziehung auf die Folgetatsache Dolus oder Culpa vorliegt. Kann sie aber auf den Fall eines Versuches erstreckt werden, wenn vom Versuch eines noch schwereren Verbrechens nicht zu reden ist?

Da der Versuch einen den vollen Tatbestand des Deliktes umfassenden Dolus verlangt, so erscheint Versuch bei den durch einen bestimmten Erfolg qualifizierten Delikten im all-

<sup>94)</sup> Vgl. die oben S. 487 angeführte Monographie *Thomsens* und darüber die eingehende Kritik *Fingers*, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtsw. 38 S. 415—451.

<sup>95)</sup> Darüber *Thomsen* S. 13. — Der Ausdruck des Zurlolgehabens findet sich in § 224 bei Definition der schweren Körperverletzung; regelmäßig bedient sich unser Gesetz des Ausdrucks „verursacht ist“ oder „verursacht hat“.

<sup>96)</sup> In diesem Sinne *Binding* I § 367, *Thomsen* S. 40ff. Geht man davon aus, daß die Qualifikationsbestimmungen auf den Fall des Dolus sich nicht beziehen, so wird, wie *Thomsen* richtig nachgewiesen hat, der Verbrecher, dessen Dolus auf die Folgetatsache sich miterstreckte, häufig besser abkommen, als derjenige, der ohne solchen Dolus handelte. Nimmt man nun an, daß die Strafbestimmungen über die durch den Erfolg qualifizierten Delikte sich auch beziehen auf den Fall eines auf den Erfolg sich erstreckenden Dolus, so muß man mit *Thomsen* S. 75ff. auch die Möglichkeit eines unter die Strafbestimmungen fallenden Versuchs anerkennen. Tatsächlich aber wird man zur Annahme eines solchen Versuchs kaum gelangen, da die Existenz des auf den schweren Erfolg gerichteten Dolus die Tat in den Versuch des letzteren aufgehen läßt. Praktisch von Bedeutung kann jene Annahme also nur werden, wenn in einem Falle gesagt werden kann, strafbarer Versuch des durch den Erfolg qualifizierten Deliktes habe schon begonnen, nicht aber bereits strafbarer Versuch des durch den schweren Erfolg zu verwirklichenden Verbrechens (*Thomsen* u. *Vierhaus* a. a. O.). Indes bei Annahme der oben entwickelten Grundsätze über den Anfangspunkt des strafbaren Versuchs tritt auch eine solche Differenz zwischen dem Anfangspunkte des Versuchs der beiden Verbrechen kaum hervor.

gemeinen nur möglich, wenn der Dolus auf den Erfolg mitgerichtet ist, ein Fall, in welchem aber häufig eine andere Beurteilung eintreten wird, da der auf den schweren Erfolg gerichtete Versuch in der Regel Versuch des schwereren Delikts darstellen und nach den Grundsätzen von der Konkurrenz eine schwerere Strafe nach sich ziehen wird als der Versuch des durch den Erfolg qualifizierten Delikts, z. B. die Strafe des Mordversuchs, wenn jemand beabsichtigt, durch Inbrandsetzen eines Gebäudes eine darin schlafende Person zu töten. Ein Versuch des durch den Erfolg qualifizierten Deliktes ist also nur in der Art anzunehmen, daß der Schuldige, bevor er das Hauptdelikt vollendet, schon den Erfolg fahrlässig herbeigeführt hat. In anderen Fällen steht<sup>97)</sup> der Erstreckung der höheren Strafe auf den Versuch die Natur des Versuchs entgegen. Allerdings kommt im Falle konkurrierender, auf die Folgetatsache sich beziehender Culpa der Schuldige vielleicht zu günstig davon. Aber diese Konsequenz berechtigt uns nicht, jenen unbestrittenen Grundsatz der Versuchslehre außer Anwendung zu setzen: die Ursache der Disharmonie liegt in der von unserem Gesetzbuch angenommenen Behandlung der idealen Konkurrenz und der Art und Weise der Bestrafung der Fahrlässigkeit. Noch weniger kann es, wie *Thomsen*<sup>98)</sup> dialektisch (aber keineswegs schlüssig) zu beweisen unternommen hat, richtig sein, im Falle eines von der Folgetatsache begleiteten Versuchs die Strafe des vollendeten Deliktes zu verhängen. Damit wird gewissermaßen der Ungerechtigkeit, welche der Gesetzgeber für manche Fälle begangen hat, eine Ungerechtigkeit in zweiter Potenz hinzugefügt. Der des Versuchs Schuldige soll nicht nur für die zufällige Folge büßen; er büßt auch für das vollendete Verbrechen, welches er gar nicht begangen hat.

Es ist oben (S. 470ff) ausgeführt worden, daß bei der gegenwärtig geltenden Behandlung der sog. idealen Konkurrenz der Delikte die Gesetzgebung Veranlassung hat, bei einer erheblichen Anzahl von Delikten einen höheren Strafsatz aufzustellen für den Fall eines kulpos herbeigeführten schweren

<sup>97)</sup> *Liszt* § 46 Anm. 8; *Olshausen* § 178 3; *Finger* 1 S. 317.

<sup>98)</sup> Gegen *Thomsen*: *Vierhaus* GArch. 43 S. 167; *Finger*, Kritische Vierteljahrsschrift 38 S. 446.

Erfolgs. Diese Veranlassung fällt weg, wenn bei idealer Konkurrenz die Strafen der in derselben Handlung liegenden Delikte kombiniert werden können. Es ist daher die Erwartung vielleicht nicht unbegründet, daß die Lehre vom Versuch der durch den Erfolg qualifizierten Delikte mit diesen Qualifikationen aus dem deutschen Strafrecht demnächst verschwinden könne.

§ 280. Schon im römischen Rechte finden sich einige Stellen<sup>99)</sup>, welche denjenigen, die freiwillig ihr verbrecherisches Vorhaben aufgeben oder das letztere und die etwaigen Mitschuldigen der Obrigkeit entdecken, Strafflosigkeit zusichern. Darauf hat seit der Glosse<sup>100)</sup> die italienische Jurisprudenz den<sup>101)</sup> Satz gegründet, daß freiwilliges Abstehen vom Versuche den letzteren straflos mache, ein Satz, der in unzweideutigster Weise auch in der CCC. Art. 178 aufgenommen ist — da hier sogar dem wörtlichen Ausdrucke nach die Hinderung an der Vollendung wider den Willen des Täters zu einem positiven Erfordernis der Bestrafung umgestaltet ist, späterhin freilich in Literatur und Praxis vielfach zu bloßer Strafmilderung im Falle freiwilligen Abstehens abgeschwächt<sup>102)</sup>, dann aber nach dem Vorgange des österreichischen GB. von 1787 § 9 und des *Code pénal* Art. 2

99) L. 19 pr. D. 48, 10; L. 13 D. 48, 3; L. 5 C. 9, 8. A. M. Luden, Abh. 1 S. 271, *Zachariae* §§ 269—273; siehe dagegen aber *Köstlin*, Syst. 1 S. 237, *Geib* 2 S. 310.

<sup>100)</sup> *Glossa ad leg. Siquis non dicam rapere* (5) C. de episcopis et clericis 1, 3.

<sup>101)</sup> *Gandinus*, Rubr. de poenis reorum n. 4, *Hippolitus de Mars*, ad leg. Corn. de falsis Rubr. qui falsam monetam n. 61 ff. *Clarus* § fin. qu. 92 spricht zwar selbst sich nicht für völlige Strafflosigkeit aus, gesteht aber zu, daß die Praxis sie anerkenne. Nach einer Stelle bei *Farinacius* Pract. qu. 124 macht die *Poenitentia* bei Versuch selbst von *Crimina atrocissima* straffrei. — Vgl. auch *Seeger* S. 15. Einzelne Schriftsteller machten allerdings willkürlich bei einzelnen Verbrechen Ausnahmen. *Hersog* S. 25—42.

<sup>102)</sup> Vgl. die Nachweisungen bei *Zachariae* 2 S. 296 ff. *Hersog* S. 51. — Schon *Carpsow*, der in mehreren Fällen der *poenitentia* des Versuchenden die Strafflosigkeit annimmt, hat die allgemeine Bestimmung der CCC. übersehen (Pr. qu. 68 n. 22), später *Krass*, ad CCC, 178 § 3, *Boehmer*, *Med. ad CCC.* 178 § 13. Doch sind nicht sämtliche von *Zachariae* angeführten Schriftsteller dieser Ansicht. Die in dieser Lehre vorkommenden Mißverständnisse und Unsicherheiten finden ebenso wie die Verwandlung der Strafflosigkeit in bloße Strafmilderung die Erklärung in dem Umstande, daß in vielen Fällen des freiwilligen Aufgebens eines schweren Verbrechens, namentlich der Tötung, nach Statutarrecht ein sog. qualifizierter Versuch (z. B. ein Angriff mit einer Waffe) vorlag, der selbstverständlich nicht straflos bleiben konnte, oder eine tätliche Injurie.

Dem Standpunkt des absoluten Polizeistaats entsprach es, wenn das preußische allgemeine Landrecht II, 20 § 43 nur einen Anspruch auf Begnadigung gewährte.



in den Gesetzgebungen des XIX. Jahrhunderts<sup>103)</sup> wieder zu voller Geltung gelangt ist.<sup>104)</sup>

§ 281. Der legislative Grund dieses Satzes<sup>105)</sup> ist bestritten.<sup>105a)</sup> Viele finden den Grund nur in der kriminalpolitischen Erwägung, dem noch im Stadium des Versuchs Befindlichen möglichst lange — solange ein Schaden noch nicht geschah — durch Zusicherung der Straflosigkeit einen Antrieb zu geben, vom Verbrechen abzustehen.<sup>106)</sup> Wenn nun auch gewiß die gesetzliche Zusicherung der Straflosigkeit kriminalpolitisch sich empfiehlt, so spricht doch der Umstand gegen die Begründung ausschließlich auf jene Zweckmäßigkeitserwägung, daß man dann auch demjenigen, der nach vollbrachter Tat die Folge derselben freiwillig wieder gutmacht, z. B. dem Diebe, der freiwillig gestohlene Sachen dem Bestohlenen zurückgibt, oder Demjenigen, der den wahrnehmbaren oder Anderen fühlbaren Schaden abwendet oder wieder gutmacht, Straflosigkeit zugestehen, also der sog. tätigen Reue eine sehr umfassende Wirkung einräumen müßte,<sup>106a)</sup> was nach dem positiven Rechte nicht der Fall ist. Ja, es ist gesagt worden, das geplante Verbrechen werde um so eher

<sup>103)</sup> Vgl. Deutschland betreffend schon bayerisches GB. von 1813 Art. 58. Rückständig blieb nur das sächsische CGB. v. 1838 Art. 28; das sächsische StGB. von 1854 Art. 44 erkannte Straflosigkeit des (nicht beendigten) Versuchs an.

<sup>104)</sup> In der englisch-nordamerikanischen Jurisprudenz scheint die Straflosigkeit des Versuchs bei freiwilligem Rücktritt zweifelhaft. Während *Bishop* 1 § 732 sie verneint, erkennt sie *Wharton* 1 § 187 an. Tatsächlich werden wohl verhältnismäßig wenige Fälle zur Aburteilung gelangen, da eine Staatsanwaltschaft, welche durch das sog. Legalitätsprinzip zur Verfolgung verpflichtet wäre, nicht existiert, und an der Verfolgung freiwillig aufgegebenen Versuchshandlungen, die einen Schaden nicht angestiftet haben, kein erhebliches Interesse besteht.

<sup>105)</sup> Derselbe ist prinzipiell als der Gerechtigkeit widersprechend bezeichnet von *John*, Strafgesetz f. d. Nordd. Bund S. 223. — *Schütze*, § 43 zu Anm. 38, meint, man könne nur von einem Billigkeitsgrunde, eigentlich einem Begnadigungsgrunde, sprechen. *Baumgarten* S. 468. Doch werden diese Ansichten anderweit wohl kaum vertreten.

<sup>105a)</sup> Verwandt mit der Frage des straflosen Rücktritts vom Versuche ist die Frage der straflos machenden Kraft der sog. tätigen Reue. Da, wo der Gesetzgeber vollendetes Delikt schon dann annimmt, wenn ein wahrnehmbarer Schaden noch nicht eingetreten ist, wird der Gesetzgeber sich die Frage nach Bedeutung einer tätigen Reue vorzulegen haben. Allerdings kommt dabei die Natur der einzelnen Delikte sehr wesentlich in Betracht; eine allgemeine Lehre von der tätigen Reue wird daher sich nicht aufstellen lassen.

<sup>106)</sup> So *Feuerbach*, Bibliothek f. peinl. Rechtswissenschaften II. 3, S. 102; *Rossi*, aber auch z. B. *Hältscher* 1 S. 361, der neben Gründen der Kriminalpolitik auch Gründe der Billigkeit für maßgebend erachtet. Daß die von *Hepp*, Versuche S. 316, vertretene bloße Strafmilderung Wirkung nicht haben werde, ist von *Bauer*, Abhandl. 1 S. 358, dargelegt worden.

<sup>106a)</sup> Vgl. *Geyer* in *Holtendorff's* Rechtsenzyklopädie S. 935 und *Schütze* § 43 Anm. 37.

unternommen (versucht) werden, wenn strafloses Aufgeben noch offen stehe.<sup>107)</sup> Der Grund ist aber ein wirklicher Rechtsgrund, freilich nicht sowohl der bis jetzt dafür geltend gemachte Grund, daß der Handelnde seinen Willen (der doch einmal in die Außenwelt als Tat getreten ist) mit Wirkung für die Vergangenheit wieder aufheben könne,<sup>108)</sup> da, was einmal geschehen ist, nicht ungeschehen gemacht werden kann. Auch kann, ohne der unbefangenen Beurteilung mancher Fälle Zwang anzutun, nicht behauptet werden, daß der Zurücktretende von Anfang an oder bei seiner bisherigen Tätigkeit nur einen schwachen oder ungenügend starken Willen gehabt habe.<sup>108a)</sup> Vielmehr ist der Grund die in dem Aufgeben des Versuchs liegende Beseitigung der psychologischen Schlußfolgerung, daß der Wille nunmehr bis zur Vollendung ausharren werde.<sup>109)</sup> Freilich könnte man einwenden, man wisse doch nie, ob nicht auch derjenige, der auf äußere Hindernisse stößt, ebenfalls zu solcher individuellen Widerlegung der Schlußfolgerung Anlaß gegeben hätte, falls er nicht jenen Hindernissen begegnet wäre; man müsse also gerechterweise auch im letzteren Falle Straflosigkeit gewähren, und das wäre Beseitigung des strafbaren Versuchs überhaupt. Allein gerade diese letztere Schlußfolgerung beweist die Hinfalligkeit des Einwandes. Wir sind genötigt zur Annahme jener dem Handelnden nachteiligen Präsumtion, ohne welche die Strafe des Versuchs nicht aufrecht zu erhalten wäre. Aber wir setzen sie außer Anwendung, falls sie der Handelnde tatsächlich widerlegt. Das ist zwar nicht absolute, nicht göttliche Gerechtigkeit; aber es ist Gerechtigkeit, soweit sie möglich ist, bei welcher allerdings, wie bei allen menschlichen Dingen, auch ein — auf möglichst enge Grenzen zu beschränkender — Zufall immer eine gewisse Macht ausüben kann.

<sup>107)</sup> *John a. a. O.*

<sup>108)</sup> Sog. Annullationstheorie *Zachariae* 2 S. 240—272, welche namentlich nach dem von *Zachariä* angenommenen objektiven Standpunkte angreifbar ist. Vgl. dagegen z. B. *Bauer*, Abhandl. 1, S. 356. — Dieser Theorie verwandt ist *Ludens* (Abhandl. 1 S. 420) Theorie, der zufolge der Wille, das Delikt zu begehen, bei der gesamten Handlung vorhanden sein müsse; er fehle aber im Augenblicke des Verbrechen der Handlung. Aber das Abbrechen der Handlung ist nicht mehr Handlung; also ist der Wille vorhanden, solange die Handlung dauert. So *Hersog* S. 153.

<sup>108a)</sup> Ein Grund, den *Zachariae* neben seiner Annullationstheorie geltend gemacht hat (Infirmitätstheorie).

<sup>109)</sup> *Hersog* S. 196 ff. Der Zurücktretende widerlegt die sonst Platz greifende Präsumtion des Ausharrens.

Die CCC., der *Code pénal* und das preußische StGB. § 31 behandeln die Hinderung des Handelnden an der Vollendung — also den Mangel des freiwilligen Rücktritts — auch formell als Voraussetzung der Strafbarkeit. Das StGB. dagegen<sup>110)</sup> gibt die Definition des Versuchs in § 43 und bestimmt in § 46 besonders über den straflosen Rücktritt. Daraus darf indes nicht auf eine materielle Änderung in dem Sinne gefolgert werden, daß im Gegensatz zur CCC., zum *Code pénal* und zum preußischen StGB. der Rücktritt ein vom Angeklagten zu beweisender Strafaufhebungsgrund geworden sei. Vielmehr ist diese Änderung nur deshalb erfolgt, weil die Voraussetzung der Strafbarkeit des Versuchs, daß die Fortsetzung der Handlung nur durch vom Willen des Handelnden unabhängige Umstände verhindert war, bei der Fragestellung im schwurgerichtlichen Verfahren Schwierigkeiten machte.<sup>111)</sup> Es darf auch heute niemand wegen Versuchs verurteilt werden, von dem nicht gewiß ist, daß er den Versuch nicht freiwillig aufgegeben habe; nur ist eine darauf sich beziehende besondere Feststellung nur dann unumgänglich erforderlich, wenn sie besonders beantragt oder freiwilliger Rücktritt ausdrücklich behauptet ist.

**§ 282.** Wann aber kann begründeterweise behauptet werden, daß jemand freiwillig ein begonnenes verbrecherisches Unternehmen aufgegeben habe?<sup>112)</sup>

Die Antwort kann nur lauten: wenn der Handelnde die Sachlage für die Ausführung seiner Pläne nicht erheblich ungünstiger gestaltet (oder sich gestaltend) erachtet, als er sie

<sup>110)</sup> Von früheren deutschen Gesetzbüchern behandeln das bayerische von 1813 Art. 57, 58, das altenburgische Art. 25, 28, das württembergische Art. 62 ff. und Art. 73, das braunschweigische §§ 36, 69, das hannoversche Art. 32, 34, 31, das hessische Art. 63, 69, das badische §§ 106, 115, das nassauische Art. 60, 65, das sächsische von 1855 Art. 46, 45 den freiwilligen Rücktritt in besonderen Bestimmungen, während das württembergische Gesetz vom 13. August 1849 Art. 10 und das bayerische GB. von 1861 Art. 47 die französische, in Wahrheit ursprünglich deutsche Fassung, ebenso wie das preußische GB. wieder annahm.

<sup>111)</sup> Vgl. die genaue Nachweisung *Hersogs* S. 201 ff. Anders *Olshausen* § 46 Anm. 27 und RG. II. 17./6. 81, E. 4 Nr. 106, bes. S. 293. Dies Urteil sagt sogar wörtlich: Straflosigkeit trete nur ein, wenn der Richter Umstände für erwiesen (für vollständig erwiesen?) erachte, aus denen das freiwillige Aufgeben der beabsichtigten Tat sich ergebe. (Das hessische StGB. Art. 69 legte freilich mit den Worten „wenn der Täter nachweist“, dem Täter die Beweislast in aller Form auf.)

<sup>112)</sup> Die besondere Ausdrucksweise der einzelnen Gesetze bleibt hier einstweilen unberücksichtigt.

sich vorgestellt hat, und gleichwohl sein Unternehmen nicht fortsetzt. Es ist klar, daß es dabei nicht auf die wirkliche, sondern auf die Sachlage ankommt, wie sie in der Vorstellung des Handelnden erscheint; eine dem Handelnden unbekannte Wirklichkeit kann auf seinen Willen Einfluß nicht ausüben, andererseits schließen auch eingebildete Hindernisse Freiheit des Entschlusses aus, z. B. plötzlich erregte unbegründete Furcht, daß ein Wächter herankomme. Und zur Sachlage gehören auch die eigenen Kräfte und die Kräfte, über die der Handelnde verfügt. Erscheint die zur Ausführung erforderliche Anstrengung erheblich größer, als der Handelnde sich gedacht hat, und gibt er deshalb das Unternehmen auf, so handelt er nicht freiwillig.

Man könnte einwenden, daß dann, wer ein verbrecherisches Unternehmen beginnt, sich die Hindernisse nur möglichst groß oder stark vorzustellen brauche, um sich unbestimmt weit Straflosigkeit zu sichern. Selbstverständlich können aber willkürliche Angaben des Schuldigen nicht maßgebend sein, und man darf behaupten, daß die vorausgesehenen (vorgestellten) Hindernisse nicht außer Verhältnis stehen können mit den Kräften und Mitteln: ohne die Vorstellung der Verhältnismäßigkeit der Mittel und Kräfte einerseits und der Stärke der zu überwindenden Hindernisse andererseits würde der Entschluß zur Ausführung bei einem zurechnungsfähigen Menschen gar nicht zustande kommen. Freilich sind individuelle Kühnheit, Geschicklichkeit und Erfahrung des Handelnden mit in Betracht zu ziehen. Ethische Motive, z. B. Mitleid mit dem Opfer des Verbrechens, Grauen oder Ekel an der Ausführung, allgemeine Furcht vor der etwaigen späteren Bestrafung,<sup>112a)</sup> schließen aber einen freiwilligen Rücktritt nicht aus; denn ohne Motive handelt eine zurechnungsfähige Person überhaupt nicht, und besonders edle Motive sind nicht zu fordern; sonst würde das Motiv der Furcht vor Strafe die Freiwilligkeit hier ausschließen, während dies vom Standpunkte des Gesetzgebers doch für völlig verkehrt zu erachten wäre, da der Gesetzgeber gerade dieser Furcht eine möglichst weitreichende Wirkung wünschen muß.

Mit der wirksam werdenden Furcht vor Bestrafung im Allgemeinen ist aber nicht zu verwechseln die erregte Be-

<sup>112a)</sup> Anders die durch unerwartete Umstände erregte Furcht, entdeckt zu werden.

fürchtung sofortiger oder baldiger Entdeckung, welche den Handelnden auch um den Genuß des Vorteils des Verbrechens bringen oder diesem Genuße einen sofortigen oder alsbaldigen höchst bitteren, den Genuß jedenfalls kompensierenden Nachgeschmack geben würde.

Man hat also festzustellen, wie reflektierte sich in der Vorstellung des Handelnden die Wirklichkeit — und zu dieser gehört auch die Persönlichkeit des Handelnden mit ihren individuellen Eigenschaften — einmal zur Zeit des Beginnes der Tätigkeit und sodann zu der Zeit, wo die Tätigkeit abgebrochen wurde, und nach Maßgabe dieser doppelten Feststellung ist die Freiwilligkeit oder Unfreiwilligkeit des Entschlusses zu beurteilen. Diese richterliche Aufgabe ist nicht leicht. Man wird daher begreifen, daß über einzelne Fälle leicht gestritten werden kann und verschiedene Meinungen bestehen.

Völlig verkehrt wäre es, wie bemerkt, die Frage objektiv dahin zu stellen, ob der Handelnde wirklich verhindert worden ist. Es ist aber auch verkehrt, die Frage danach zu beantworten, ob die nach der Meinung (Vorstellung) des Handelnden vorhandene Sachlage auf einen Durchschnittsmenschen den Eindruck eines voraussichtlich nicht zu überwindenden Hindernisses machen mußte.<sup>113)</sup> Es handelt sich hier nicht um Beurteilung einer Schuld, bei welcher allerdings ein objektiver Maßstab nicht entbehrt werden kann, vielmehr um Feststellung einer reinen, wenn auch im Innern des Handelnden sich vollziehenden (psychischen) Tatsache, und eine durchschnittliche Deliktsenergie, wie *Herzog* meint, gibt es nicht, vielmehr nur eine individuelle, wenngleich auf letztere aus demjenigen, was man häufig beobachtet, Schlüsse zu ziehen, nicht selten richtig sein wird.

Hiernach wird man die schlagende Präzision in dem Ausdrucke der Carolina Art. 178 bewundern, den diese der Genialität *Schwarzenbergs* (*Bambergenis* Art. 204) verdankt: „so jemandt an volnbringung derselben missetat durch andre mittel wider seinen willen verhindert würde.“

Der Gegensatz des „wider seinen willen“ ist durch seinen — d. h. selbstverständlich anders gewordenen — Willen

<sup>113)</sup> So freilich *Herzog* S. 244. der, wenn dies nötig wäre, der Präsumtionstheorie damit einen vernichtenden Stoß beigebracht haben würde.

verhindert, und da der Inhalt des Willens von der denselben füllenden Vorstellung abhängt, die Änderung aber Vergleichung zweier Willenszustände voraussetzt, so bestimmt CCC. 178 genau dasjenige, was man als rationell bezeichnen darf.

§ 283. Wenn nun StGB. § 46, insoweit ebenso wie das niederländische GB. Art. 45, und das italienische Art. 61, der Ausdrucksweise des *Code pénal* Art. 2 folgend, den Gegensatz des freien Willens (freien Entschlusses) in der Hinderung durch Umstände erblickt, welche von dem freien Willen des Handelnden unabhängig sind, so ist der Ausdruck jedenfalls minder klar.<sup>114)</sup> Einerseits wird es schwer sein, Umstände, die von dem Willen des Handelnden abhängig sind, richtig oder im einzelnen Falle einigermaßen zweifelsfrei von denjenigen zu scheiden, die dies nicht sind, und andererseits folgt aus dem Wortlaut die unbillige Entscheidung, daß, wenn die Vollendung auch ungeachtet des freiwilligen Innehaltens weiterer Tätigkeit ausgeblieben wäre, dem Täter in solchem vielleicht gerade besonders leichten Falle des Versuchs die Änderung des Entschlusses nichts helfen würde. Die letztere Konsequenz läßt sich allerdings nach dem Wortlaut vielleicht vermeiden, wenn das Wort „Ausführung“ im Sinne von Fortsetzung der Tätigkeit verstanden wird. Aber die Unklarheit bleibt und hat *Herzog* zu einer der gesamten geschichtlichen Entwicklung widerstreitenden objektiven Auslegung geführt, nach welcher, wie *Herzog* sich ausdrückt, nicht der Reflex der Außenwelt auf die Innenwelt des Täters, sondern die objektive Außenwelt selbst in Betracht kommen soll.<sup>114a)</sup>

<sup>114)</sup> Deutlicher ist hier das österreichische StGB. § 8 (hier dem GB. von 1787 § 91 sich anschließend), da es den Versuch nur bestraft, wenn „die Vollbringung des Verbrechens nur wegen Unvermögens, wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses oder durch Zufall unterblieben ist“, da ein solcher Sachverhalt allerdings die Annahme ausschließt, es beruhe das Ausbleiben der Vollendung auf dem freien Willen des Handelnden . . . — (Ähnlich auch hannoversches GB. Art. 34, 3). Ebenso deutlich, wenngleich weitläufig, das bayerische GB. von 1813 Art. 58. — wenn der Handelnde an der Vollbringung nicht durch äußere Hindernisse, durch Unvermögenheit oder Zufall verhindert wurde, sondern freiwillig aus Gewissensregung, Mitleid oder auch Furcht vor Strafe von dem Unternehmen abgestanden ist. — Eine Art Kombination dieser Fassung mit der französischen s. im hess. GB. Art. 69. Deutlich und einfach braunschweigisches CBG: „der Täter, welcher von der begonnenen Ausführung aus freiem Antriebe völlig absteht.“

<sup>114a)</sup> Wie reimt sich dies mit der von *Herzog* so stark betonten inneren Übereinstimmung des freiwilligen Aufgebens des Versuchs mit der tätigen Reue?

§ 284. Tatsächlich hat übrigens die wörtliche Fassung <sup>114b)</sup> der verschiedenen Gesetze auf die wirkliche Entscheidung kaum erheblichen Einfluß ausgeübt. In Frankreich verlangt man und hält für genügend einen «*Acte volontaire*» (und streitet wohl nur, ob dieser *Acte* auch eine wirkliche Reue (*Repentir*) bezeigen müsse)<sup>115)</sup> und ähnlich ist es in Italien;<sup>116)</sup> und solche freie Entscheidung wird dann säuberlich mit den gesetzlichen Worten bekleidet. In Deutschland dürfte es kaum anders sein.<sup>117)</sup> Man weiß dabei meistens nicht, was unter freiwillig oder freiem Willen hier verstanden werden muß, wie schon daraus hervorgeht, daß man häufig erklärt, auf die Motive des Willens komme es (überhaupt) nicht an, als wenn ein Wille einer zu-rechnungsfähigen Person ohne Motive gedacht werden könnte, und als wenn die Wahrnehmung der Hindernisse nicht auch ein Motiv bildete.

§ 285. Dem oben aufgestellten Prinzipie entspricht es, Freiwilligkeit des Rücktritts nicht anzunehmen, wenn das zunächst angewendete Mittel, das der Täter für ausreichend erachtet,

<sup>114b)</sup> Der Wortlaut des StGB. ist übrigens mit der im Text vertretenen Ansicht sehr wohl vereinbar. Vom Willen des Täters abhängige Umstände sind solche, die er behufs Erreichung seines Zweckes in seinen Dienst gestellt hat, d. h. die gesamte Sachlage, die er für Ausführung seines Unternehmens günstig erachtete, unter der er die Ausführung unternahm; in gewissem Grade förderlich muß die Sachlage jeder ansehen, der etwas unternimmt. Vom Willen unabhängig sind später hervortretende Umstände, die sich dem auf das Unternehmen gerichteten Willen nicht zu fügen, also der Ausführung ungünstig scheinen.

<sup>115)</sup> Vgl. *Garraud* 1 n. 201.

<sup>116)</sup> *Impallomeni* 1 n. 140 sagt einfach: *la desistenza* (das Abstehen vom Versuche) sei immer *volontaria*, wenn sie nicht unabhängig vom Willen erfolge (?) und dann soll das „volontariamente“ Abstehen nicht ein „spontaneamente“ erfordern.

<sup>117)</sup> *Meves*, GS. 24 S. 163, sagt z. B.: „Gleichgültig bleibt es, ob der Täter vor der Schwierigkeit (*sic!*), Gefährlichkeit der noch zu begehenden Handlung oder vor der vor seinem geistigen Auge imponierenden Strafbarkeit der Tat zurückschreckt, oder . . . aus sonstigen nur seinem geistigen Auge erkennbaren Gründen.“ Danach wäre der Wille, der einem unerwarteten, unüberwindbar erscheinenden Hindernisse nachgäbe, noch ein straflos machender Wille. Dagegen geht *Schwarse* in *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 305 wieder zu weit, wenn er, ohne auf den Umstand Rücksicht zu nehmen, ob die Sachlage sich nachher anders zeigt, als der Täter früher angenommen hatte, unter Abweisung jeder Berücksichtigung der Motive bemerkt: jeder als Hindernis vom Täter betrachtete Umstand schließe die Annahme freiwilligen Rücktritts aus. *Olshausen* § 46 Anm. 11a aber ist der Ansicht, es sei gerade der Beweggrund von wesentlicher Bedeutung. — *Liszt* § 48 II führt aus, die Freiwilligkeit werde am besten bestimmt durch ihren Gegensatz: die tatsächliche Hinderung an der Vollendung (zustimmend *Baumgarten* S. 460). Aber gewisse Hindernisse werden meist vorhanden sein, und eine absolute Hinderung als Gegensatz und Grenze der Freiwilligkeit aufzustellen würde unrichtig sein. *Merkel* S. 130 verlangt relativ freien Entschluß. Damit dürfte kaum etwas Deutliches gesagt sein.

sich als nicht ausreichend erweist.<sup>118)</sup> Aber es darf, was von dem letzteren Satze zutreffend ausgehende Entscheidungen<sup>119)</sup> des RG. m. E. nicht genügend berücksichtigen, der Täter auch nicht in der Lage gewesen sein, die Anwendung desselben Mittels zu wiederholen oder, ohne das Unternehmen aufgeben zu müssen, sich ein anderes Mittel zu verschaffen. Dies stellt sich bei verschiedenen Deliktsarten verschieden. Der Dieb hat häufig nicht Zeit, sich andere Mittel zu besorgen; aber die Frau, die Abortivmittel anwendet, wird dazu leichter imstande sein. Sollte diese Beschränkung nicht gelten, so würde, wer von vornherein sich mehrfache Mittel besorgt, bei Erfolglosigkeit dieser Mittel in besserer Lage sein, als derjenige, der, weniger umsichtig, sich einstweilen mit einem Mittel begnügt; dies hieße den stärkeren, weil besonders genau prämeditierten, Dolus privilegieren. Eine wenn auch starke Unannehmlichkeit, z. B. widerlicher Geschmack eines Abortivmittels, das ausgespien wurde, ist überhaupt kein Hindernis, also auch kein unerwartetes; das Aufgeben des Versuchs in solchem Falle muß daher Straflösigkeit begründen.<sup>120)</sup> Das unvermutete Erscheinen eines Unbeteiligten,<sup>121)</sup> auch wenn etwa grundlos dieser als die Ausführung hindernd oder entdeckend vom Täter angesehen wird, schließt ebenso Freiwilligkeit aus wie Kenntnis einer Denunziation wegen einer Veranstaltung (im konkreten Falle einer eingereichten unrichtigen Rechnung), welche zur demnächstigen Vollendung dienen soll (im konkreten Falle eines Betrugs).<sup>122)</sup> Aber auch die Wahrnehmung oder Vorstellung, daß die Handlung deshalb nicht zum Ende geführt werden könne, weil an dem Objekt die Handlung unmöglich ist (Versuch am untauglichen Objekte).<sup>123)</sup> Es kann ebenfalls von freiwilligem Rücktritt dem oben Dargelegten zufolge die Rede nicht sein, wenn der Täter (Dieb) bemerkt, das zu erlangende Objekt entspreche seinen Erwartungen nicht (die in der erbrochenen Kiste gefundenen

<sup>118)</sup> So auch RG. III. 13./1. 87 E. 15. Nr. 88 S. 281.

<sup>119)</sup> III. 4./6. 81. Rs. 3 S. 375; III. 7./6. 82 R. 4 S. 543.

<sup>120)</sup> Im Ergebnisse übereinstimmend RG. IV. 19./1. 02. E. 35 Nr. 39 S. 102.

<sup>121)</sup> RG. IV. 8./7. 89 E. 16 Nr. 52 S. 182.

<sup>122)</sup> RG. II. 12./11. 86 E. 15. Nr. 13. S. 44.

<sup>123)</sup> RG. II. 17./6. 81 E. 4 Nr. 106 bes. S. 294. Im konkreten Falle hatte die Angeklagte mit Erwürgen des Kindes aufgehört, weil sie annahm, das Kind sei schon tot.



Gegenstände erschienen dem Diebe nicht wertvoll genug).<sup>124)</sup> Es kann darauf nicht ankommen, ob das gefundene Objekt die Tat rechtlich ermöglichte. Vielmehr ist die Tatsache entscheidend, ob dem Handelnden die Umstände zur Erreichung seines konkreten (individuellen) Zweckes ungünstiger erscheinen als früher, da Willensänderung hier auch eine psychische Tatsache bezeichnet.

§ 286. Kann aber von einem Abstehen vom Versuche gesprochen werden, wenn das Vorhaben nur zeitweilig aufgegeben ist?<sup>124a)</sup>

Geht man, wie es richtig ist, davon aus, daß das, was man im gewöhnlichen Leben Entschluß nennt, an sich rechtlich noch keine Bedeutung hat, so muß das einstweilige Aufgeben des Versuchs dem definitiven Aufgeben gleichstehen.<sup>125)</sup> Ob der Vorbehalt, demnächst fortzufahren, zur Ausführung gelangt, ist hiernach ungewiß. Aber man muß beachten, daß der Aufschub nicht veranlaßt sein darf durch unvorhergesehene Hindernisse; in Fällen, wo unvorhergesehene Hindernisse von dem Schuldigen als vorhanden angenommen werden, ist entweder der Rücktritt ein unfreiwilliger oder ein Rücktritt nicht, auch nicht ein zeitweiliger, vorhanden. Außerdem kommt es an auf die Natur des Deliktes und die Art seiner Ausführung. Da, wo dies zeitweilige Innehalten bei der Ausführung natürlich oder zweckmäßig erscheinen kann, ist nicht einmal von einem Aufschub, geschweige einem Aufgeben des Vorhabens zu reden. Würde der Täter alsbald wieder eine Tätigkeit vornehmen, welche an das, was bereits geschehen ist, anknüpft, oder welche die für das Unternehmen geschaffene günstige Sachlage besser sichern soll, so würde dies ein Beweis sein, daß das Innehalten nur ein zeitweiliges war, sollte auch die spätere Tätigkeit an sich betrachtet nur den Charakter der Vorbereitung tragen (z. B.

<sup>124)</sup> Anders RG. 13./6. 93 E. 24 Nr. 75. S. 222, weil auch hier Freiwilligkeit vorliege. Verurteilung würde nach den Gründen des Urteils gerechtfertigt gewesen sein, wenn die Kiste leer gewesen wäre. Ein natürliches Rechtsbewusstsein wird diesen Unterschied schwerlich anerkennen.

<sup>124a)</sup> Eine ausdrückliche gesetzliche, aber unrichtig gefaßte Unterscheidung der beiden Fälle fand sich im bayerischen GB. v. 1813 Art. 58.

<sup>125)</sup> Übereinstimmend *Schwarze* in *Holtendorfs* Hdb. 2 S. 306; *Baumgarten* S. 462; *Hersog* S. 240; *Olshausen* § 46 Anm. 12.

A. A.: *Hugo Meyer* S. 216. — Aber die von den Autoren gemachten dialektischen Unterscheidungen haben praktisch keinen Wert.

der Verbrecher verbessert die zur Ausführung bestimmten Werkzeuge oder beschafft sich noch andere).

§ 287. Hat der Schuldige sein Unternehmen so weit gebracht, daß er der Ansicht ist, die Vollendung werde eintreten, ohne daß weitere Tätigkeit von ihm erforderlich sei (beendigter Versuch) im subjektiven Sinne, so ist klar, daß einfache Untätigkeit nicht mehr als Rücktritt vom Versuche betrachtet werden kann. Es bedarf hier einer positiven Tätigkeit; wenn ein glücklicher Zufall die Vollendung hindert, würde in jenem Falle Straflosigkeit auch derjenige in Anspruch nehmen können, bei dem die Änderung des Entschlusses nicht im mindesten eingetreten wäre. Wenn A darauf rechnet, daß B den ihm hingestellten Gifttrank trinken oder dem gelegten Selbstschuß zum Opfer fallen werde, oder daß die gelegte Bombe zu rechter Zeit ihren Dienst verrichten werde, so wird jeder es als leere Entschuldigung betrachten, wenn A sich auf Sinnesänderung berufen würde, während er nichts tat, um der getroffenen Veranstaltung die Wahrscheinlichkeit ihrer mörderischen Wirkung zu nehmen. Das Erfordernis einer positiven gegen den Eintritt der Vollendung gerichteten Tätigkeit ist daher selbstverständlich. Aber bei Vornahme einer solchen Tätigkeit entspricht die Straflosigkeit auch dem Wortlaut eines Gesetzes, welches als strafbar den Versuch nur dann betrachtet, wenn die Vollendung gegen den Willen des Handelnden ausgeblieben ist.

Die französisch - italienische Jurisprudenz bezeichnet den Fall, daß der Handelnde nichts mehr zu tun braucht (seiner Meinung nach nichts mehr zu tun braucht), um die Vollendung eintreten zu lassen, wenn diese letztere gleichwohl ausbleibt als *Délit manqué*, *Delitto mancato*, deutsch: fehlgeschlagenes Verbrechen. Man hat nun nicht selten allgemein gelehrt,<sup>126)</sup> daß beim *Délit manqué* ein strafloser Rücktritt noch möglich sei, und im Wortlaut des italienischen StGB. (welches den einfachen Versuch und das *Delitto mancato* in zwei getrennten Artikeln — 61 und 62 — behandelt und nur in dem ersteren dieser Artikel die vom Willen der Täter unabhängigen Umstände als Erfordernis der Strafbarkeit erwähnt) findet diese

<sup>126)</sup> Vgl. *Alimena* 2 S. 424.

Ansicht auch eine Stütze.<sup>127)</sup> Aber wenn einmal das Prinzip gelten soll, welches dieser Straflosigkeit zugrunde liegt, warum soll es nicht gelten, wenn derjenige, der jemanden in den Fluß gestoßen hat, reuevoll nachspringt und den Hinabgestoßenen rettet, oder der Schuldige demjenigen, der das Gift zu trinken im Begriff steht, das Glas aus der Hand reißt, oder den verleumderischen Brief von der Post zurückverlangt, bevor er den Adressaten erreicht?

Andererseits möchte man doch einem Attentate nicht deshalb Straflosigkeit zugestehen, weil der Schuldige, mit einem oder mit zwei Schüssen fehlend, in seinem Revolver noch drei andere Schüsse bereit hat und nunmehr sein Vorhaben aufgibt.

Man wird daher zu unterscheiden haben.<sup>128)</sup> Ist die Ausführung so weit gediehen oder so gestaltet, daß eine dazwischen tretende Gegenwirkung des Handelnden aller Berechnung nach ausgeschlossen oder im höchsten Grade unwahrscheinlich ist, so hat der Täter mit seiner Tat abgeschlossen oder, wie *Herzog* (S. 240) sich ausdrückt, die Tat aus der Hand gegeben. Tritt nun die Vollendung nicht ein, so bleibt sie in Wahrheit nur infolge eines vom Willen des Handelnden unabhängigen Umstandes aus. Z. B. derjenige, der getroffen werden sollte, machte eine schnelle und unerwartete Bewegung. Schießt der Schuldige nun nicht nochmals, so wiederholt er nur den Versuch nicht. *Zachariae* (2. S. 256)<sup>128a)</sup> ist allerdings allgemein der Ansicht, daß nach Gründen des Rechts und der Politik derjenige straflos zu lassen sei, in dessen Macht es noch stehe, den Erfolg herbeizuführen, der aber aus Reue oder Furcht vor

<sup>127)</sup> *Tuossi* 1 S. 166, 167. Dagegen aber *Impallomeni* 1 n. 141. — Auch in Deutschland hat diese auf einer Begriffsverwirrung beruhende Ansicht, welche durch die Entstehungsgeschichte des Art. 2 des *Code pénal* veranlaßt — da man *Tentative manqué* mit *Délit manqué* verwechselt hat —, Anhänger gefunden, so insbes. *Bauer*, Abhandl. 1 S. 360; *Luden*, Hdb. 1. S. 428 (das Geschehene könne nicht ungeschehen gemacht werden — aber solange die Vollendung nicht eingetreten ist, ist im Sinne des Strafrechts noch nichts Definitives geschehen; *Köstlin*, N. Revision S. 395 ff., System 1 S. 239; *Geib*. 2 S. 313. Im französischen Rechte, welches den Versuch prinzipiell in der Strafbarkeit dem vollendeten Verbrechen gleichstellt, war diese Verirrung eher begreiflich. Aber auch einige deutsche Gesetzbücher haben sich zu dem verkehrten Satze bewegen lassen, daß bei beendigtem Versuche überhaupt kein wirksamer (straflos machender) Rücktritt anzuerkennen sei, so die GB. für Hannover Art. 34, 3 vgl. mit Art. 36, Hessen Art. 69, Sachsen (1855) Art. 42, 1. (hier Strafmilderung).

<sup>128)</sup> In diesem Sinne auch *Pessina* 1 S. 102.

<sup>128a)</sup> Vgl. auch *GArch.* 5 S. 592.

Strafe eine weitere Anstrengung unterlasse. Mir scheint die Straflosigkeit in solchen Fällen aber keineswegs unbedenklich, und noch weniger will es mir einleuchten, den Täter, wie *H. Meyer* (§ 31 zu Anm. 59) will, allemal straflos zu lassen, wenn die Ausführung von vornherein auf mehrfache Wiederholung der Handlung (auf Ausprobieren) berechnet war; demnach wären diejenigen, die besonders umsichtig bei Ausführung eines Verbrechens verfahren, allemal straffrei, insbesondere aber die gewöhnlichen Revolverattentäter, solange sie die letzte im Revolver befindliche Patrone nicht abgefeuert haben, vorausgesetzt, daß sie nicht sofort verhaftet werden.<sup>129)</sup>

Überall entscheidet aber über die Fortdauer der Möglichkeit, noch aus freiem Willen zurückzutreten, der Eintritt der Vollendung nach dem gesetzlichen Tatbestande des Delikts, nicht der Zeitpunkt, an welchem der von dem Handelnden erstrebte Zweck erreicht wird, wenn nicht beides in denselben Zeitpunkt fällt. Nach der Vollendung kann nur von tätiger Reue die Rede sein.

**§ 288.** Das StGB. § 46, 2 hat die Möglichkeit eines straflosen Rücktritts durch Anwendung des zur Vollendung gehörigen Erfolges anerkannt, und man ist allgemein richtigerweise darüber einverstanden, daß die Abwendung des Erfolges auch durch eine andere Person geschehen kann, deren der Täter sich bedient, und zwar auch dann, wenn diese Person weiß, warum es sich handelt, wenn sie also sich zur Abwendung des Erfolges<sup>130)</sup> entschlossen hat.

Leider hat aber das StGB. die Straflosigkeit eines freiwilligen Rücktritts an ein Erfordernis geknüpft, welches nicht immer für zutreffend erachtet werden kann und in der objektiven Form, in welcher es aufgestellt ist, dem Grundprinzipie widerspricht, auf welchem die Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts überhaupt beruht.<sup>131)</sup> Dies Erfordernis ist, daß die Abwendung des Erfolges nur dann straflos macht, wenn sie erfolgt, solange die Handlung noch nicht entdeckt ist. Daraus ist eine Reihe von Kontroversen entstanden, bei

<sup>129)</sup> Vgl. auch *Crivellari* 4 S. 66.

<sup>130)</sup> Vgl. z. B. *Berner* S. 152; *Hälschner* 1 S. 362; *Hersog* S. 246; *Olshausen* § 46 Anm. 18; auch RG. I. 3./5. 80 E. 1 Nr. 175 bes. S. 376; II. 12./11. 86 E. 15 Nr. 13 S. 44.

<sup>131)</sup> So auch *Geyer*, Grundr. 1 S. 134; *Berner*, Gutachten S. 144.

denen man die Wahl hat, entweder den Wortlaut des Gesetzes zu vergewaltigen oder gegen den gesunden Menschenverstand zu sündigen.

Gewiß, wer aus Furcht, jetzt schon als Urheber eines strafbaren Unternehmens entdeckt zu sein, tätig wird, handelt meist nicht freiwillig, wenn er den Erfolg noch abwendet: die Entdeckung wird ihn in den bei weitem meisten Fällen um die aus der Vollendung erhofften Vorteile oder Annehmlichkeiten bringen. Immer trifft dies aber nicht zu; z. B. nicht bei dem Leidenschaftlichen, der die Strafe absolut nicht fürchtet und nach begangener Tat dem Gerichte sich zu stellen beabsichtigt, oder bei dem, der mit dem geplanten Morde sofortigen Selbstmord verbinden will. Warum in solchen Fällen — man denke z. B., daß A den B durch seinen Hund zerfleischen lassen will, er hetzt den Hund auf B, ruft ihn aber im letzten Augenblick wieder zurück, oder daß A den B in den Fluß stößt und sich selbst sofort erschießen will — der Rücktritt nicht straflos sein soll, ist rationell absolut nicht zu begründen. Es trifft jener Grund auch nicht zu, wenn der Schuldige annimmt, der durch das Verbrechen Bedrohte (z. B. durch die Erpressung Bedrohte) habe genügende Gründe, ihn, den Drohenden, nicht anzuzeigen. Der Begriff der Entdeckung paßt überhaupt nicht auf solche Fälle, die in offener Weise gegen eine zu verletzende Person begangen werden; tritt der Handelnde zurück, so tritt er weder vor noch nach einer Entdeckung seiner Tat zurück. Man kann demnach ebensogut bei freiwilligem Rücktritt sich nach dem Gesetz ebensogut für wie gegen die Straflosigkeit entscheiden; nach dem Grundsatz „*in dubio benignius*“ aber wird die erstere Ansicht vorzuziehen sein.<sup>132)</sup>

<sup>132)</sup> Für Straflosigkeit: *Herzog* S. 250 mit der m. E. nicht zutreffenden Begründung, daß die Kenntnis des Verletzten bei offen vorgenommenen Verbrechen nicht als Entdeckung anzusehen sei, daß aber dann die Tat doch von Dritten entdeckt werden könne. Aber der Bedrohte würde doch meist derjenige sein, dessen Kenntnis des Unternehmens am meisten zu fürchten ist. Ebenso *Schwarze* 46 Anm. 1; *H. Meyer* § 31 zu Anm. 27; *v. Lissé* § 43 III. und *Finger* 1 S. 322 unterscheiden, Kenntnis seitens des Angegriffenen soll Straflosigkeit nicht ausschließen, soweit diese Kenntnis zu den Begriffsmerkmalen des Verbrechens gehört (wie bei der Erpressung), oder wenn der Täter selbst, um den Erfolg abzuwenden, dem Angegriffenen von der Tat Kenntnis gegeben habe. Dem läßt sich entgegenen, daß für den Fall, daß der Täter eine Sachlage geschaffen hat, in welcher er nur durch eigene Kundgebung den Erfolg abwenden kann, der Täter sich diese Sachlage selbst zuschreiben hat, die

Eine Entdeckung im Sinne des Gesetzes liegt aber nicht in der Kenntnis der Tat durch Mitschuldige, überhaupt nicht in der Kenntnis von Personen, die die Tat nicht mißbilligen, oder wenigstens von denen anzunehmen ist, daß sie den Täter der Strafverfolgung nicht preisgeben werden, also liegt Entdeckung nicht vor, wenn nahe Angehörige, welche das Zeugnis verweigern können, auf die Spur der Tat gelangen,<sup>132a)</sup> sie müßten denn das Gegenteil erklärt haben, und in Konsequenz dessen, was oben bezüglich der Benachrichtigung des Bedrohten selbst gesagt ist, muß auch angenommen werden, daß der Handelnde straflos bleibt, wenn er Dritte zur Abwendung des Erfolgs benutzt, und diese dadurch Kenntnis von der Straftat erhalten.<sup>133)</sup> Die einfache Kenntnis der äußeren Tatumstände, mit welcher die Vermutung nicht verbunden ist, daß diese Umstände mit der geplanten Begehung eines Verbrechens in Verbindung stehen, kann nicht als Entdeckung gelten.<sup>134)</sup> Eine allgemeine Mutmaßung, die sich nicht auf genügende Gründe stützt, kann ebenfalls nicht ausreichen.<sup>135)</sup> Man bewegt sich also gewissermaßen auf einem recht unsicheren Boden, wenn nach Maßgabe des Entdecktseins die Straflosigkeit bestimmt werden soll, und direkt im Widerspruch mit dem Prinzip, daß rechtzeitige Sinnesänderung und bzw. Abwendung des Erfolges Straflosigkeit herbeiführen soll, steht es, wenn die herrschende Meinung nach dem Wortlaut des Gesetzes annimmt, daß Straflosigkeit auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Täter den Erfolg abwendet, ohne von der inzwischen eingetretenen Entdeckung etwas zu wissen, und daß andererseits die irrige Meinung des Täters, die Tat sei entdeckt, die Straflosigkeit nicht ausschließen soll.<sup>136)</sup>

Konstruktion dieser Ausnahme also keineswegs eine Forderung der Gerechtigkeit ist. Konsequent die Straflosigkeit verneinen in allen hierher gehörigen Fällen *Baumgarten* S. 464, *Rüdorf-Stenglein* § 46 Anm. 9, *Oppenhoff-Delius* § 46 Anm. 15, *Rubio* § 46 Nr. 5, RG. II. 12./3. 80 E. I Nr. 149 bes. S. 309, I. 24./9. 94 E. 26 Nr. 33 S. 77.

<sup>132a)</sup> *H. Meyer* § 31 Anm. 67; *Oppenhoff-Delius* § 46. Anm. 14; *Liszt* a. a. O.; *Baumgarten* S. 464; *Frank* § 46 III. 2a; *Olshausen* § 46 Anm. 21; RG. I. 3./5. 80 E. I Nr. 175 bes. S. 377.

<sup>133)</sup> Im Ergebnis übereinstimmend: *H. Meyer, Merkel* S. 135, *Olshausen, Frank* a. a. O.

<sup>134)</sup> So *H. Meyer, Baumgarten, Olshausen* a. a. O. RG. III. 8./12. 80, E. 3 Nr. 37 bes. S. 94. (Dies Urteil macht allerdings von diesem Satze wohl eine zu weit gehende Anwendung.)

<sup>135)</sup> RG. III. 11./1. 82 Rs. 4 S. 34 und *Olshausen* Anm. 25.

<sup>136)</sup> Vgl. *H. Meyer* § 31 zu Anm. 64; *Olshausen* Anm. 26; *Frank* § 46 III. 2 d.

Mit Recht haben sich daher *Berner* (Gutachten S. 160) und *Herszog* (S. 248) energisch gegen die genannte Bestimmung des StGB. erklärt, welche die Straflosigkeit des Rücktritts bei dem sog. beendigten Versuch von dem Umstande abhängig macht, daß die Tat zur Zeit des Rücktritts noch nicht entdeckt war.<sup>137)</sup> Der deutsche Juristentag selbst hat sich über das Erfordernis der noch nicht erfolgten Entdeckung nicht ausdrücklich ausgesprochen; da es aber in dem betreffenden Beschlusse nicht erwähnt ist, darf man annehmen, daß er sich stillschweigend im Sinne der Verwerfung erklärt habe.<sup>137a)</sup>

§ 289. Der freiwillige Rücktritt bewirkt indes, wie auch StGB. § 46 mit den einschränkenden Worten „Der Versuch als solcher bleibt straflos“ anzeigt, nur insoweit Straflosigkeit, als nicht in der Handlung schon ein vollendetes anderes Delikt enthalten ist, mag nun ein wirklicher Konkurrenzfall vorliegen — sog. qualifizierter Versuch im eigentlichen Sinne — oder mag das, was der Handelnde verwirklicht hat, eine notwendige Vorstufe<sup>138)</sup> des bis dahin beabsichtigten weiteren Erfolgs sein; die weiterreichende verbrecherische Absicht kann, auch wenn sie aufgegeben wurde, nicht ein Grund der Straflosigkeit für die realisierte, weniger schlimme Tat sein. Körperverletzung ist notwendige Vorstufe der Tötung. Wer bereits verwundet hat, um zu töten, bleibt wegen der Körperverletzung verantwortlich, obschon er die Absicht der Tötung noch rechtzeitig aufgibt. Unrichtig ist daher der von *Luden*, Handb. 1 S. 422, erhobene Einwand, daß in solchen Fällen ein auf das geringere Verbrechen gerichteter Dolus nicht vorliege, daher eine Bestrafung wegen des letzteren nicht eintreten könne, wogegen wegen beendeten Versuchs zu strafen sei. Falls das geringere Delikt notwendige Vorstufe des schweren ist, will der Schuldige auch das letztere,<sup>139)</sup> nur daß das Gesetz (in Übereinstimmung

<sup>137)</sup> Durch die Rücksicht auf ein angebliches durch die Entdeckung entstehendes öffentliches Ärgernis kann, wie *Berner* ausgeführt hat, die Bestimmung auch nicht gerechtfertigt werden.

<sup>137a)</sup> Vgl. Verhandl. d. XIII. d. Juristentags 2 S. 258.

<sup>138)</sup> Der Ausdruck qualifizierter Versuch stammt von *Feuerbach* (Revision 2 S. 266). Er sollte aber — insofern ist *Hepp*, Versuche § 308, 365 ff., und anderen Recht zu geben — nur Anwendung finden auf den ersten der beiden Fälle, und auf den zweiten in der Beschränkung auf Straflosigkeit des Versuchs wegen freiwilligen Rücktritts.

<sup>139)</sup> Hier ist von besonderer Bedeutung die richtige Begrenzung des *Dolus eventualis*. Wer den Erfolg will, will das als solches erkannte Mittel (den Vor-

mit der Auffassung des Lebens) diesen Dolus nicht beachtet, wenn das schwerere Delikt, sei es als vollendetes, sei es als nur versuchtes, der Bestrafung zugrunde gelegt wird. Daß in solchen Fällen immer wegen beendigten Versuches gestraft werden könne, ist unrichtig. Wer in diebischer Absicht rechtswidrig in ein Zimmer eindringt, kann zweifellos noch den Diebstahl freiwillig aufgeben, aber wegen Hausfriedensbruch bestraft werden. Das war schon die Meinung der römischen Juristen (vgl. L. 21 § 7 D. 47, 2). Sie ist mit Recht seit den Zeiten der Postglossatoren die herrschende geblieben,<sup>140)</sup> und mit Rücksicht auf diese Tradition, welche von der Konsequenz der neuen Lehre von der Gesetzeskonkurrenz noch nichts wußte, ist auch

erfolg) nicht eventuell, sondern stets direkt (vgl. oben S. 349). Ohne Körperverletzung aber keine Tötung; folglich ist die Körperverletzung stets direkt gewollt; freilich geht sie, falls der weitere Erfolg, die Tötung, eintritt, in dem letzteren nach unserer juristischen Auffassung auf und wird nicht weiter beachtet. *Frank* § 46 IV hält die auf Körperverletzung gerichtete Absicht im Falle einer beabsichtigten Tötung für eine eventuelle, die aber nicht immer vorhanden zu sein brauche, und kommt so zu dem folgenden Ergebnisse: „Daher ist beim Rücktritt vom Mordversuche Bestrafung wegen Körperverletzung nur dann möglich, wenn der Dolus wenigstens eventuell auf Körperverletzung gerichtet war.“ Wann trafe dies wohl zu? Der *Dolus eventualis* muß hier wieder aus der Verlegenheit helfen!

*Frank* scheint übrigens, wie vielleicht auch andere, durch den eigenartigen Fall des StGB. § 216 (vgl. unten) irre geführt zu sein. Vom Standpunkte der individuellen Befriedigung aus kann jemand sagen, ich will prinzipaliter Tötung und ev. Körperverletzung, aber der wirkliche auf die Tat gerichtete Wille läßt diese Auffassung nicht zu. Wenn ich von Paris über Calais nach London reisen will, kann ich nicht sagen, ich will nur eventuell nach Calais mich begeben. (Gegen *Frank* vgl. auch *Finger* 1 S. 323 Anm.)

<sup>140)</sup> Vgl. schon *Baldus* ad L. 5. C. de episc. n. 16 (und dazu *Seeger*, Lehre v. Versuche i. d. W. d. Mittelalters S. 22); *Menochius* c. 360 n. 12, 13; *Zachariae* 1 S. 261 und 2 S. 293; *Köstlin*, System S. 239 Anm. 1; *Geib* 2 S. 314; *H. Meyer* S. 218; *Schwarse* § 46 Anm. 5; *Baumgarten* S. 457; *Schlecht*, Zeitschr. 19 S. 963; *Finger* 1 S. 323. — Unrichtig hat freilich *Bauer*, Abhandl. 1 S. 397 (und Hannover GB. Art. 241 Abs. 2), allgemein, wenn der Tötungsversuch bereits zu einer Körperverletzung geführt hat, Konkurrenz von Körperverletzung und Tötung angenommen. Vgl. allerdings z. B. auch das bei *Temme*, Arch. f. Entscheidungen 1 S. 278 mitgeteilte Urteil des OAG. München aus dem Jahre 1849.

Die Gesetzgebung betreffend, so sind im Sinne des Textes zu vergleichen: die (offiziellen) Anmerkungen zum bayerischen GB. v. 1813 1 S. 181; die Gesetzbücher für Altenburg Art. 28, Württemberg 73, Braunschweig § 69, 1, Hannover Art. 34, Hessen Art. 70 Abs. 2, Baden § 117, Nassau Art. 66 Abs. 2, Thüringen Art. 26, Sachsen Art. 44. Die Ausdrucksweise dieser Gesetze gestattet kaum einen Zweifel darüber, daß die Handlung, bei Wegfall der Strafe auf Grund der Versuchsbestimmung, nunmehr so beurteilt werden soll, als wäre bei ihr von Versuch überhaupt nicht zu reden gewesen. Vgl. z. B. auch *Breidenbach* 1 S. 149, *Hocheder* 1 S. 207. Die französische Jurisprudenz straft ebenfalls immer wegen der im Versuche der Tötung enthaltenen Körperverletzung, wenn der Schuldige den Tötungsversuch freiwillig aufgegeben hat. *Garraud* 1 n. 201 a. E.



nicht anzunehmen, daß das StGB. mit dem allerdings nicht sehr geschickten Ausdruck „der Versuch als solcher bleibt straflos“ sich dieser Tradition nicht habe anschließen wollen.<sup>140a)</sup> Allerdings liegt nun, wenn der Versuch ein strafbarer ist, Gesetzeskonkurrenz, nicht aber Idealkonkurrenz vor. Dies gilt indes nicht, wenn die Strafbestimmung über Versuch, weil dieser wegen freiwilligen Rücktritts straffrei ist, gar nicht anwendbar ist. Die hier bekämpfte Ansicht beruht also auf einer unrichtigen Anwendung der Lehre von der Gesetzeskonkurrenz. Man gelangt auf diesem Irrwege<sup>140b)</sup> zur Straflosigkeit an sich schlimmer Verbrechen, die vollständig alle legislativen Erfordernisse eines Verbrechens an sich tragen,<sup>141)</sup> lediglich aus dem Grunde, daß der Handelnde anfangs noch eine weitergehende Absicht hatte, man wollte denn, was aber oft bedenklich erscheint, in solchen Fällen fehlgeschlagenes Verbrechen und deshalb Unmöglichkeit freiwilligen Abstehens annehmen.

§ 290. Man darf aber an der richtigen Ansicht durch den ganz eigentümlichen Fall des Versuchs einer Tötung auf ernstliches Verlangen des StGB. § 216 sich nicht irre machen lassen. Das StGB. behandelt diesen Fall als eine ganz erheblich milder zu strafende Tötung, weil hier der Dolus, der Vorsatz des Täters, gewissermaßen als ein mehr entschuldbarer, fast als ein *Dolus bonus*, wie man früher sich ausdrückte, anzusehen ist. Wer einen entsetzlich leidenden Todkranken oder auf dem Schlachtfelde liegenden Verwundeten auf dessen Verlangen tötet oder an seiner Geliebten, die mit ihm in den Tod gehen will, die todbringende Handlung vornimmt, hat zwar formell denselben Vorsatz wie derjenige, der jemanden ohne dessen Zustimmung

<sup>140a)</sup> Vgl. auch OT. Berlin 24./1. 779 GArch. 25 S. 50.

<sup>140b)</sup> Man bedenke auch folgendes. Nach der neuen Theorie könnte jemand sich Straflosigkeit für eine erhebliche Körperverletzung dadurch sichern, daß er in tödlicher Absicht verletzt, aber den Tod des Verletzten rechtzeitig abwendet.

<sup>141)</sup> So freilich nur beiläufig die Entscheidungsgründe RG. IV. 29./10. 86 E. 15 Nr. 4 bes. S. 14. Siehe dagegen aber die Anm. 139 erwähnten Urteile: *Luden*, Handbuch 1 S. 420; *Liszt* § 48 Anm. 5; *Olshausen* § 46, 3. Man bemüht sich dann natürlich eine Idealkonkurrenz herauszufinden, welche die Bestrafung rechtfertigt, und das zitierte reichsgerichtliche Urteil hat wirklich herausgefunden, daß Diebstahl mit Einbruch nicht notwendig eine Sachbeschädigung voraussetze. Das dürfte aber nicht in allen derartigen Fällen gelingen. Wer in der Absicht, das Verbrechen des § 177 zu begehen, bereits Gewalt angewendet hat, wird nach der — dieser Entscheidung zugrunde gelegten Ansicht — meistens nicht bestraft werden können, auch nicht wegen tätlicher Beleidigung oder Mißhandlung.

tötet. Aber jener erste Vorsatz ist moralisch und innerlich anders geartet und erfährt darum moralisch und jetzt auch rechtlich eine erheblich andere Beurteilung. Muß man daher auch sagen: derjenige, der jemanden ohne dessen ernstliches Verlangen töten wolle, habe implicite auch den zur Körperverletzung erforderlichen Vorsatz, so ist doch dieser letzte Vorsatz demjenigen nicht beizumessen, der nur auf ernstliches Verlangen des anderen diesen zu töten sich entschließt; er würde davor zurückschauern, wenn er erwarten dürfte, die Qualen des anderen nur noch zu vermehren, die Geliebte nur zu verletzen oder gar dauernd zu einem verkrüppelten Wesen zu gestalten. Daher können die sonst geltenden Grundsätze über Körperverletzung auf den besonderen Fall der versuchten Tötung auf ernstliches Verlangen, nachdem jetzt § 216 die vollendete Tötung auf ernstliches Verlangen so besonders rechtlich beurteilt, nicht mehr angewendet werden, und daher ist den über diesen Fall ergangenen<sup>142)</sup> reichsgerichtlichen Entscheidungen nicht beizustimmen, Entscheidungen, welche auch dadurch nicht einleuchtender werden, daß nebenher darauf hingewiesen wird, es könne das Gericht dem Schuldigen nach StGB. § 228 mildernde Umstände zuerkennen; denn diese Zuerkennung ist nur fakultativ, und wenn der Gesetzgeber, wie RG. richtig annimmt, den Fall des § 216 als besonders geartetes Delikt und nicht als gewöhnliche Tötung mit einem Milderungsgrunde behandelte, so mußte er auch, wenn er für den Fall der aus dem Versuche des Deliktes resultierenden Körperverletzung eine Bestrafung wollte, darüber eine besondere Bestimmung treffen. Da diese fehlt, haben wir es mit einer Lücke im Gesetze zu tun, falls wir die Tat für strafwürdig erachten, und diese Lücke auszufüllen, sind wir nach StGB. § 2 nicht berechtigt.<sup>143)</sup>

<sup>142)</sup> I. 29./11. 80 E. 2 Nr. 182 S. 442; I. 9./11. 93 E. 24 Nr. 130 S. 369 und ver. Strafsenate E. 28 Nr. 69 S. 200ff.

<sup>143)</sup> Die Theorie hat sich überwiegend gegen die Ansicht des RG. erklärt, freilich aus verschiedenen Gründen, so *Binding* 1 S. 721 und *Lehrb.* 1 S. 35. *Geyer* 2 S. 7 weil eventuell der Versuch mit Körperverletzung strenger bestraft werden würde, als die vollendete Tötung. *Hälschner* 2 S. 58 Anm., der aber in erster Linie das Delikt § 216 nicht als *Crimen sui generis*, sondern als Tötung unter einem Milderungsgrunde auffaßt und deshalb den Versuch nach StGB. § 43 für strafbar erachtet. Die meisten (so *Zimmermann*, *GArch.* 29 S. 441; *Kronacker*, *GS.* 35 S. 221; *Ortmann*, *GS.* 35 S. 275, *Baumgarten* 354; *Breithaupt*, *Volentii*

§ 291. Auf Grund der vorstehenden Ausführungen würde meiner Ansicht nach folgende Gesetzesformel über den Rücktritt vom Versuch sich empfehlen:

Strafe wegen Versuchs<sup>143a)</sup> findet nicht statt, wenn der Handelnde die Vollendung herbeizuführen unterläßt oder sie abwendet, ohne dazu veranlaßt<sup>143b)</sup> zu sein durch wirkliche oder seiner Meinung nach vorhandene Umstände, geeignet, die Vollendung zu hindern oder die Vorteile der strafbaren Handlung wieder zu beseitigen oder die Strafverfolgung zu erleichtern.

§ 292. Zweifellos ist, daß unser positives Recht nur einen dolosen Versuch kennt, d. h. nur dann eine Handlung als Versuch bestraft,<sup>144)</sup> wenn der Handelnde den Vorsatz hatte, die Vollendung zu bewirken. Aber nicht unbestritten ist, ob der Begriff des Versuchs die Möglichkeit eines fahrlässigen Versuchs ausschließe.<sup>145)</sup> Daß nun schon von einem nur fahrlässigen Versuche in Beziehung auf ein bestimmtes Ziel sprachlich nicht

*non fit injuria*, S. 53; Köhler, Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz S. 99) aus dem oben zu Anm. 139 widerlegten Grunde, *Beling*, Zeitschr. 17 S. 285; *Liszt* § 86 Anm. 4, *Katsenstein*, Zeitschr. 24 S. 556 mit der von *Frank* vertretenen Modifikation durch *Dolus eventualis*. *Schwarze* § 216 Nr. 6 Anm. 4 nur unter Berufung auf das oben zitierte Urteil des OT. Berlin. Der richtige Grund wird übrigens nebenher berührt von *Frank* a. a. O. und *Kohlrausch* Irrtum und Schuldbegriff S. 98, aber durch den folgenden von *Frank* herrührenden, von *Kohlrausch* gebilligten Zusatz wieder unklar gemacht. „Der Mann, der seine von Schmerzen gefoltete Frau töten und ihr so weiteres Leiden ersparen will, will sie eben töten, und er hätte die auf Tötung gerichtete Handlung sicherlich unterlassen, wenn er vorausgesehen hätte, daß sie nur zu einer Körperverletzung führen werde.“ Das würde auch auf diejenigen passen, der eine von ihm beraubte Person töten will, damit er nicht entdeckt werde, aber sie nur verwundet. Wußte er, daß der Tod nicht erfolgen würde und daher die beraubte Person Zeugnis gegen ihn ablegen könne, so würde er die Handlung, welche töten sollte, auch unterlassen haben. Der Grund ist zu allgemein gefaßt und gibt daher zu Irrtümern Anlaß. Für die Ansicht des RG.: *H. Meyer* § 67 zu Anm. 12, 13 und *v. Holtzendorff* in seinem Hdb. 3 S. 447 (mit der irrigen Begründung, daß die Einwilligung nur zur Tötung, nicht zur Körperverletzung gegeben sei). Von den abweichenden Ansichten scheint mir am haltbarsten die von *Weinrich* (Recht 8 S. 198), der kulpöse Körperverletzung annimmt.

<sup>143a)</sup> Damit ist zugleich ausgesprochen, daß die Handlung als vollendetes Delikt strafbar bleiben kann.

<sup>143b)</sup> Durch Umstände, die man nicht wahrgenommen hat, kann man zu einem Tun oder Unterlassen nicht veranlaßt werden. Nicht wahrgenommene, ob schon vorhandene Umstände kommen also nicht in Betracht.

<sup>144)</sup> So schon nach CCC. 178 zweifellos: „solcher böser will, darauf etlich werck als obsteht volgen, ist peinlich zu strafen“. Es dürfte auch schwerlich irgendeine Gesetzgebung einen anderen Standpunkt einnehmen.

<sup>145)</sup> Für diese Möglichkeit *Grolmann* § 147, *Hepp*, Versuche S. 257, Arch. d. Cr., 1836, S. 35—41, und später *H. Meyer* § 31; *v. Buri*, Beilageheft GS. 37 S. 134.

zu reden ist, dürfte klar sein. Man wird nicht sagen, daß jemand, der unachtsam in den Fluß fällt, versucht habe, sich zu ertränken. Abgesehen aber von diesem der Sprache zu entnehmenden Einwande,<sup>146)</sup> ist sachlich folgendes zu bemerken. Es könnte daran gedacht werden, zu strafen: 1. die Fahrlässigkeit, auch wenn ein leicht möglicher schädlicher Erfolg nicht eingetreten ist, und 2. den Versuch, eine gefährvolle Sachlage für eine Person oder Sache herbeizuführen. Schon eine Bestimmung der ersteren Art wäre ein äußerst bedenkliches, praktisch undurchführbares Prinzip (vgl. oben S. 462), noch mehr aber das zweite, bei welchem zweifellos diejenige Handlung, welche untersagt und bestraft werden soll, nur eine Vorstufe oder ein untauglicher Versuch einer Fahrlässigkeit ohne Erfolg sein würde. Die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht und so insbesondere *Buri* täuschen sich über die hier vorliegende praktische Unmöglichkeit hinweg, indem sie den Begriff der „Gefahr“ einschieben. Wer fahrlässig handle, auch ohne einen wirklichen Schaden herbeizuführen, verursache eine „Gefahr“ oder habe doch einen gefährlichen Willen. Diesen in einer Tat vertretenen gefährlichen Willen könne das Recht sehr wohl bestrafen; denn die gesamte Strafbarkeit des Versuchs beruhe auf dessen Gefährlichkeit. Indes das letztere ist eine durchaus unbewiesene, unrichtige Behauptung. Das Recht hat gar nicht in erster Linie die Aufgabe, Gefahren zu beseitigen. Die Beseitigung von Gefahren erfolgt zwar indirekt in gewissem Umfange auch durch das Recht. Aber die prinzipielle Aufgabe des Rechts ist eine andere, und der Begriff der Gefahr ist, wenn nicht besondere Umstände hinzukommen, für das Recht ein unbrauchbarer, sich verflüchtiger. Da immerfort uns Gefahren umgeben, auch solche, die durch andere Menschen herbeigeführt werden, oder bei denen es doch fraglich sein kann, ob dies letztere nicht der Fall sei, Gefahren, die aber wieder beseitigt werden, sei es mit, sei es ohne Eingreifen ihres Urhebers, so kann man sich vorstellen, welche Untersuchungen, welche Bestrafungen durch jenes Prinzip herbeigeführt werden würden. Dagegen beweist die Aufstellung besonderer Delikts- (und insbesondere Übertretungs-) Tatbestände nicht, in denen es ange-

---

<sup>146)</sup> Vgl. *Hälschner* 1 S. 333.

messen erscheint, dem gefährlich, aber ohne schädlichen Erfolg Handelnden einen Denkkzettel durch die Strafjustiz zu erteilen. Wenn aber endlich gesagt wird, daß freilich praktische Rücksichten die Strafbarkeit bedenklich erscheinen lassen, so liegt darin eine Verkennung des Wesens des Rechtes, dessen Wesen auch darin besteht, daß es praktisch sein muß. Weder in Frankreich, noch in England, noch in Nordamerika scheint bis jetzt jemand auf die Idee gekommen zu sein, einen fahrlässigen Versuch für möglich zu halten oder allgemeine Bestrafung nur gefährlicher Handlungen zu empfehlen.

§ 293. Daß die geringere Strafbarkeit des Versuchs im Vergleich zu dem vollendeten Delikte der Tradition des deutschen<sup>147)</sup> Rechtes entspricht, ist bereits bemerkt worden. Sie besteht aber auch nach der jedenfalls ganz überwiegenden Mehrzahl der Gesetzgebungen, vielleicht aller Gesetzgebungen, mit Ausnahme der französischen und selbst solcher Gesetzgebungen, welche in vielen anderen Beziehungen der französischen Gesetzgebung gefolgt sind,<sup>148)</sup> und französische Autoritäten ersten Ranges, wie Carnot,<sup>148a)</sup> *Hélie* (1 n. 250), *Ortolan* (1 n. 995 ff.), haben sich sowohl aus prinzipiellen wie aus Zweckmäßigkeitserwägungen ebenfalls für die geringere Strafbarkeit ausgesprochen,<sup>149)</sup> die belgische Gesetzgebung (vgl. *Code p. belge* Art. 52) aber ist (auch beim sog. *Délit manqué*) von

<sup>147)</sup> Aber auch des italienischen Rechts. Vgl. *Carrara, Programma p. generale* 1 § 375.

<sup>148)</sup> Vgl. *van Swinderen* 1 S. 191 ff. Siehe auch niederländisches StGB. Art. 45 und über das englisch-nordamerikanische Recht *van Swinderen* 1 S. 200. *Wharton* 1 § 200. Die Gesetze der schweizerischen Kantone bestrafen — mit Ausnahme von Neuenburg — ebenfalls den Versuch milder, und der *Code pénal de Neuchâtel* von 1891 Art. 53 hat sich nunmehr auch für mildere Bestrafung entschieden. *Stoß*, Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts 1 (1892) S. 222 ff. Die früheren italienischen Gesetzbücher bestrafen gleichfalls den Versuch milder, und man scheint bei Abfassung des gegenwärtig geltenden italienischen StGB. an die Einführung des französischen Prinzips überhaupt nicht gedacht zu haben. Vgl. *Crivellari* 4 S. 1 ff. Übrigens wird selbst nach der französischen Praxis Versuch eines Verbrechens mit einem erschwerenden Umstande (z. B. Diebstahl mit Escalade) nur dann unter Anrechnung dieses Umstandes bestraft «*s'il y a eu complète exécution du fait, dans lequel la loi voit une circonstance aggravante*», *Garraud* 1 n. 216. — Das sehr stark unter dem Einflusse französischen Rechtes ausgearbeitete bayerische StGB. von 1861 Art. 49 hatte allerdings die Strafmilderung selbst bei Verbrechen, denen Todesstrafe angedroht war, nur in das Ermessen der Richter gestellt.

<sup>148a)</sup> *Commentaire du Code pénal* 1 (1823) S. 11, 12 unter Berufung auf die Ansicht sehr erfahrener Gerichtsvorsitzender.

<sup>149)</sup> Von älteren Schriftstellern ist allerdings *Filangieri, Scienza della legislazione* 3 S. 188 für die gleiche Bestrafung des Versuchs anzuführen (freilich

dem nach französischem Rechte geltenden Prinzipie zurückgekommen.<sup>150)</sup>

Endlich sind selbst solche deutsche Autoren, welche, wie *Köstlin*<sup>151)</sup> und *Hälschner* (I, S. 357), in der Theorie des Versuchs vom subjektiven Standpunkte ausgehen, gleichwohl jener überwiegend angenommenen Ansicht.

§ 294. Erst die deutsche Abteilung der Internationalen kriminalistischen Vereinigung hat ohne Bedenken in äußerster Konsequenz eines lediglich subjektiven Standpunktes 1902 auf *H. Seufferts* Vorschlag die prinzipielle Gleichstellung der Strafbarkeit des Versuchs und der Vollendung (und zwar ohne Beschränkung auf das fehlgeschlagene Verbrechen) als richtig empfohlen.<sup>152)</sup> Begründet ist dieser Vorschlag mit dem Hinweis darauf, daß, soviel den Willen oder die verwerfliche Gesinnung des Handelnden betreffe, die Ernstlichkeit des Willens vorausgesetzt, das Ausbleiben des Erfolges bedeutungslos sei, und daß, wie *Seuffert* sich ausdrückte, man nicht, an das zufällige Ausbleiben des Erfolges eine nur geringere Strafe knüpfend, eine „Verbeugung vor dem Zufalle“<sup>153)</sup> zu machen habe. Etwaige im einzelnen Falle bei der prinzipiell gleichen Behandlung des Versuchs und der Vollendung sich zeigende Härten will man durch die Möglichkeit der mildernden Umstände beseitigen.<sup>153\*)</sup>

sind die von ihm benutzten Beispiele sämtlich Fälle des sog. beendigten Versuchs) während *Buccaria, Dei delitti e delle pene* cap. 14 sich dagegen ausspricht.

<sup>150)</sup> *Haus* I n. 474 bemerkt gegen die gleiche Strafbarkeit von *Délit manqué* und vollendetem Verbrechen. „*Frapper de la même peine l'un et l'autre, c'est confondre la responsabilité pénale avec la responsabilité morale; c'est faire abstraction de l'élément matériel du crime et n'avoir égard qu'à la perversité de l'intention; c'est enfreindre les principes qui doivent guider le législateur dans l'appréciation de la gravité des offenses et dans la fixation de la mesure des peines.*“

<sup>151)</sup> Vgl. *Köstlin* I S. 247 und die daselbst angeführten Autoren, besonders scharf *Geib* 2 S. 298, der allerdings nicht der rein subjektiven Theorie folgt.

<sup>152)</sup> Mitteilungen der Internat. Kriminal. Vereinigung 10 S. 508: „Die Strafbarkeit des Versuches ist grundsätzlich dieselbe wie die der Vollendung, vorbehaltlich einer zu begrenzenden richterlichen Ermäßigungsbefugnis.“

<sup>153)</sup> Dagegen *Shakespeare, Othello* II, 1: „Die Bosheit wird durch Tat erst ganz gestaltet.“

<sup>153\*)</sup> Man bedenke, daß ein strenges, Moral und Recht nicht genügend unterscheidendes oder der Idee der Schutzstrafe übertrieben huldigendes Gericht danach in der Lage wäre, einen mit untauglichen Mitteln gegen ein untaugliches Objekt unternommenen Versuch mit der Strafe des vollendeten Verbrechens zu ahnden. (Einer der Redner sprach sich — vgl. a. a. O. 501 — ausdrücklich sogar für Bestrafung des mit abergläubischen Mitteln unternommenen Versuchs aus: ungefährlich könne man abergläubische Menschen nicht nennen.)

Mit dieser prinzipiellen Gleichstellung des Versuchs mit dem vollendeten Delikte steht es nun zunächst in handgreiflichem Widerspruch, daß *Seuffert* und mit ihm die Internat. Krim. Vereinigung den Versuch, wie es doch der Konsequenz nach der Fall sein müßte, keineswegs bei allen Verbrechen und Vergehen — von Übertretungen mag abgesehen werden — vielmehr nur dann bestrafen wollen, wenn das Gesetz dies bei jedem einzelnen Verbrechen (oder Vergehen) bestimmen werde. Wenn der Versuch ebensoviel strafrechtlich bedeuten soll wie das vollendete Delikt, wie ist es möglich, die Bedeutung dieses mit so viel Emphase verkündeten Satzes so willkürlich einzuschränken?

Ferner, wie schon anderweit (von *Berner* auch gegen die Gleichstellung des sog. beendigten Versuchs mit dem vollendeten Verbrechen) geltend gemacht ist, kann das Ausbleiben des Erfolges auch auf mangelnder Kaltblütigkeit des Täters beruhen, und dieser Mangel kann wieder die Folge sein davon, daß das Gewissen sich bei ihm im Augenblicke der Tat oder bei Erreichung seines Planes regte, daß er also doch nicht ein so verhärteter Verbrecher war: hier liegen feinere Umstände, über welche menschliche Justiz sich nur selten klar werden kann. Also auch vom rein subjektiven Standpunkte aus sind Bedenken nicht zu beseitigen. Die Hauptsache aber ist, daß die objektive Bedeutung der Tat, welche im Strafrecht unbedingt Berücksichtigung fordert, nach dieser Theorie übersehen oder doch nur ungenügend und problematisch berücksichtigt wird, wenn, wie vorgeschlagen, dem Richter die Befugnis gegeben wird, nach einem völlig unbestimmten, daher einer äußerst verschiedenen Handhabung unterliegenden Ermessen durch Anerkennung der Existenz mildernder Umstände die Strafe in einzelnen Fällen herabzusetzen. Der Eindruck eines vollendeten Mordes, wenn ein blühendes Leben vernichtet, der Familie der Ernährer, die Mutter wirklich geraubt ist, macht unleugbar einen anderen Eindruck als ein verfehltes Attentat, bei dem etwa der Angegriffene völlig unversehrt oder doch ohne bleibenden Schaden davonkommt. Gerade dem nachteiligen Eindruck der Tat entgegenzuwirken, ist eine, wie schon mehrfach bemerkt wurde, wesentliche Aufgabe des Strafrechts. Bei einer zu starken Bestrafung der resultatlosen Handlung entsteht ein Mißverhältnis,

das Mitleid mit dem Täter erregen kann, und andererseits schwächt man den Eindruck für die Fälle, in denen eine stärkere Strafe nötig ist. Die gleiche Strafbarkeit des Versuchs und der vollendeten Tat ist so in doppelter Richtung fehlerhaft, und nichts kann es dagegen beweisen, daß in manchen Fällen die Abgrenzung von Versuch und Vollendung legislativ oder in der Praxis schwierig ist. Wer solche Schwierigkeiten von Grund auf beseitigen will, muß schließlich zu Aufhebung aller Verbrechenbegriffe und zu einer Bestrafung nach schrankenlosem richterlichem Ermessen gelangen.<sup>154)</sup> Vortrefflich hat schon *Carrara* (*progr. p. generale* I § 353) gesagt, daß das bunte Glas (*il vetro colorato*) der mildernden Umstände, an welches man sich gewöhne, schließlich dazu führe, die wahre Gestalt selbst der einfachsten juristischen Fragen nicht mehr zu sehen und die Lösung derselben lediglich der augenblicklichen Intuition des Richters zu überlassen,<sup>155)</sup> und *Helie* (I n. 250) führt aus, daß die Korrektur der übergroßen Strenge des Gesetzes durch die Zulassung mildernder Umstände verkehrt sei, da diese nur für individuelle Verschiedenheiten einzelner Fälle, nicht aber da passe, wo eine Tat von einer anderen sich wie Versuch und Vollendung schon durch ihren allgemeinen Charakter wesentlich unterscheide.

Auch die neuesten Gesetzgebungsarbeiten bestrafen den Versuch milder als das vollendete Verbrechen.<sup>156)</sup> Die von französischen Juristen endlich noch verteidigte Gleichstellung des sog. beendigten Versuchs mit dem vollendeten Verbrechen ist bereits oben kritisiert worden.

Selbstverständlich muß, wenn der Versuch geringer gestraft wird als das vollendete Verbrechen, dem Richter ein ziemlich

---

<sup>154)</sup> Von Verteidigern der vollen Strafbarkeit des Versuches ist noch geltend gemacht, daß eine strenge, sogleich auf den Beginn des strafbaren Unternehmens gesetzte Strafe besonders geeignet sei, von der Begehung des Verbrechens abzuhalten. Umgekehrt ist für die entgegengesetzte Ansicht angeführt, wenn der Verbrecher wisse, daß er mit jedem weiteren Schritte sich eine schwerere Strafe zuziehe, werde er sich bei jedem weiteren Schritte auch überlegen, ob es geraten sei, dieser größeren Strafe sich auszusetzen. Je nach der Verschiedenheit des Charakters mag das eine oder das andere zutreffen. Es wird besonderes Gewicht auf diese kriminalpolitische Erwägung nicht zu legen sein.

<sup>155)</sup> Damit soll aber hier die Zulässigkeit der Anerkennung mildernder Umstände bei allen Delikten keineswegs bekämpft werden. Man soll nur nicht „träger Weise“ (wie *Dubois* sagte) von der Lösung juristischer Probleme Abstand nehmen, weil man sich auf die mildernden Umstände verläßt.



weites Ermessen je nach der Annäherung des Versuchs an die Vollendung bei Bestimmung der Strafe eingeräumt werden, wobei die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit mit den angewandten Mitteln und nach Lage der Sache die Vollendung zu bewirken (insbes. Tauglichkeit der Mittel), in Betracht zu ziehen ist. Abstrakte Strafgradationen sind dabei durchaus verfehlt. Immer muß aber die Strafe unter dem Maximum der auf das vollendete Delikt gesetzten Strafe sich halten, und eine bestimmte gesetzliche Maximalgrenze, welche nach der für das vollendete Verbrechen bestimmten Maximalstrafe sich richten würde, erscheint zweckmäßig, damit die Praxis nicht allzu sehr einseitigen Theorien preisgegeben werde, wie sie in den erwähnten Beschlüssen der deutschen Gruppe der Internationalen kriminalistischen Vereinigung hervorgetreten sind.

§ 295. Schließlich ist die Frage zu beantworten, ob das Strafgesetz überhaupt noch eine allgemeine Bestimmung über den strafbaren Versuch und in welchem Umfange aufstellen solle, oder ob bei jedem einzelnen Delikte zu erwägen und besonders zu bestimmen sei, ob auch der Versuch der Bestrafung unterliegen solle.<sup>157)</sup>

Die oben angeführte allgemeine Begründung der Versuchslehre spricht für eine allgemeine Bestimmung. Auf eine allgemeine Versuchslehre zu verzichten, würde ein Rückschritt sein und eine Kasuistik mit vermutlich verwunderlichen Inkonssequenzen und inneren Widersprüchen hervorrufen. Aber eine Versuchsbestrafung bei ohnehin schon unbedeutenden Delikten belastet die Strafjustiz in weitgehendem Umfange mit Untersuchungen noch weit unbedeutenderer Taten, und diese Untersuchungen müssen um so schwieriger und trügerischer sein, als der Versuch der Natur der Sache nach meist weniger augenfällige Spuren hinterläßt und die dabei entscheidenden Tatsachen

<sup>156)</sup> Österreichischer Entwurf von 1893 § 50; norwegisches StGB. § 51; russisches StGB. §§ 49, 53; schweizerischer Vorentwurf von 1903 Art. 21 (49), dieser Entwurf allerdings mit der Modifikation, daß mildere Strafe bei beendetem Versuch vom richterlichen Ermessen abhängen soll.

<sup>157)</sup> Schon *Mittermaier*, Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung 2 S. 235 hatte (1843) die Frage aufgeworfen: „Sollte man nicht lieber bei den einzelnen Verbrechen die Handlungen, in welchen ein strafbarer Versuch im neueren Sinne liegt, als eigene Vergehen aufstellen und mit Strafe bedrohen, wie dies die Römer getan haben?“ Aber bei den Römern war Bestrafung nach Analogie zulässig, bei uns nicht, und schließlich gelangten sie damit auch zu einer allgemeinen Bestrafung der Versuchshandlungen.

leichter dem Gedächtnisse der Beteiligten und der Zeugen entweichen. Die Rücksicht auf Sicherheit des Beweises, die Rücksicht, resultatlose oder höchst problematische Untersuchungen zu vermeiden, kann aber auch bei manchen an sich bedeutenderen Delikten den Ausschluß der Bestrafung des Versuchs ratsam erscheinen lassen, und damit hängt es zusammen, daß je weniger das Gesetz bei dem einzelnen Delikte die Bewirkung eines bleibenden oder äußeren Schadens zur Vollendung fordert, um so weniger in der Regel die Bestrafung des Versuchs angezeigt ist.<sup>158)</sup> Bei manchen an sich nicht leichten sog. Formaldelikten mag daher die Bestrafung des Versuchs zweckmäßig ausgeschlossen werden. Diese Prüfung muß — darin ist *Seuffert* (a. a. O. S. 406) beizutreten — bei jedem einzelnen Delikte, nicht nur bei den geringeren vorgenommen werden, und ein Fehler ist es wohl, daß unser StGB. so ganz allgemein bei Verbrechen die Strafbarkeit des Versuchs annimmt. Richtig dagegen ist, daß das StGB. allgemein bei Übertretungen die Strafe des Versuchs ausschließt, wie dies auch nach anderen Gesetzgebungen der Fall ist.<sup>159)</sup>

---

<sup>158)</sup> Dabei wird aber der legislativen Idee zufolge, welche Versuch und Vollendung unterscheidet, die objektive Bedeutung der Tat für maßgebend zu erachten sein, so daß Gründe, nach denen die Strafe höher (z. B. wegen Rückfalls) oder geringer (z. B. wegen jugendlichen Alters) ausfällt, nicht in Betracht kommen dürfen. Nach der Konsequenz der modernen Theorie der Schutzstrafe (wegen Gefährlichkeit bzw. größerer oder geringerer Fähigkeit des Schuldigen, sich bessern zu lassen) müßte man m. E. anders entscheiden.

<sup>159)</sup> Das Verhältnis des Versuchs zur Teilnahme am Verbrechen wird im folgenden Abschnitt in der Lehre von der Teilnahme erörtert werden.



Teilnahme und Begünstigung.



*Feuerbach*, Revision 3. 251 ff. und Kritik des Kleinschrodschen Entw. 2 S. 125 ff. (Bibliothek für peincl. Rechtsw. 2). *Stübel*, Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, 1828. *Bauer*, Abhandlungen 1 S. 409-488 (1840). *Kitka*, Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldiger bei einem Verbrechen, Wien 1842. *Berner*, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1845. *Ziegler*, Die Teilnahme an einem Verbrechen, 1845. *Hepp*, Archiv d. Cr., 1846, S. 313—359. 1848, S. 262—308. *Zachariae*, Arch. d. Cr., 1850, S. 265—286, S. 202—224. *Rosshärt*, Arch. d. Cr., 1851, S. 520—553. *Krug*, Abhandlungen aus dem Strafrecht (Bd. 4. des Kommentars z. sächs. StGB.), 1855, S. 73—100 (Beihilfe), S. 101—132 (Anstiftung). *Bar*, Zur Lehre vom Versuch und Teilnahme am Verbrechen, 1859. *v. Buri*, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und von der Begünstigung, 1860. *Glaser*, Ges. kleine Schriften, 1868, S. 109—156 (aus G. S. 1858 und 1864). *v. Buri*, G. S., 1867, S. 278—293. G. Arch. 12 S. 505—514. G. S. 22 S. 1—123, 221—244, 275—288. *Langenbeck*, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1868. *Geyer*, G. Arch. 16 S. 592—611. *Schütze*, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, 1869. *Borchert*, Die strafrechtliche Haftung für Handlungen Dritter, 1888. *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, 1890. *Kohler*, Studien (1890) 1 S. 83—160. *Heins*, Der Rücktritt des Mittäters, Göttinger Diss. 1890. *Mössmer*, Die mittelbare Täterschaft in gleichzeitiger Berücksichtigung des Hypnotismus, 1892. *Siegel*, Verwechslungsfälle bei der Teilnahme, Göttinger Diss. 1895. *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach, 1896. *Haas*, Die Mehrtäterschaft, Freiburger Diss. 1898. *P. Krug*, Die besonderen Umstände der Teilnahme, 1899. *Yamakawa*, Zur Lehre von der Mittäterschaft, Göttinger Diss. 1900. *Freudenthal*, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, 1901. *Löwenheim*, Der Vorsatz des Anstifters, 1901. *Heilborn*, Der Agent provocateur, 1901. *Katsenstein*, Der Agent provocateur, Zeitschr. 21 S. 374—429. *Korn*, Der Vorsatz des Anstifters (Göttinger Diss. 1902.) *Koppmann*, Die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten 1903. *Nagler*, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, 1903. *W. Bauer*, Die akzessorische Natur der Teilnahme, Göttinger Diss. 1904. *Weinberg*, Die Teilnahme an fahrlässigen Handlungen, 1904.

*Villmow*, Raub und Erpressung, Begünstigung und Hehlerei, 1875. *Gretener*, Begünstigung und Hehlerei, 1879. *Rethwisch*, Begünstigung und Hehlerei, 1881. *Waldthausen*, Über Begünstigung, G. Arch. 29 S. 379—410. *Nieland*, Über Zusammentreffen von Begünstigung mit Teilnahme, Göttinger Diss. 1892. *August Frank*, Der subjektive Tatbestand des Delikts der Sachhehlerei, 1899. *Köhler*, Begünstigung und Hehlerei, GS. 61 S. 44—141.

§ 296. Die Strafdrohung des Gesetzes richtet sich zunächst gegen denjenigen, der den Tatbestand des Gesetzes nach der äußeren Erscheinung wie nach der Schuldseite hin vollständig verwirklicht — den Täter, wie der hergebrachte Ausdruck lautet. Daß dabei der Täter sich völlig willensunfähiger Personen zur Erreichung seines Zweckes bedienen kann, ohne daß dies auf

die rechtliche Beurteilung der Tat von Einfluß ist, kann nicht zweifelhaft sein. Willensunfähige Personen spielen hier die Rolle von Naturkräften.<sup>1)</sup>

Es liegt auch kein Anlaß vor, den Fall rechtlich anders zu behandeln, wenn die zur Tatausführung benutzte Person zu unbedingtem Gehorsam gesetzlich verpflichtet ist; diese Person wird insoweit als willenloses Werkzeug des Befehlenden vom Rechte behandelt. Ob es in unserem Rechte solche Verpflichtungen zu unbedingtem Gehorsam gibt, kann hier nicht untersucht werden.

Und die allgemeinen Grundsätze über Kausalzusammenhang müssen Anwendung finden und reichen vollkommen aus auch für diejenigen Fälle, in welchen die Tätigkeit einer willensfähigen Person, ohne daß diese letzte Person dies weiß, zur Ausführung eines Verbrechens benutzt wird (sog. mittelbare Urheberschaft), oder in welchen mehrere Personen, ohne daß eine von der Tätigkeit der anderen Kenntnis hat, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen sich bemühen.

Wie aber steht es, wenn mehrere Personen im Einverständnis miteinander tätig sind, oder wenn eine Person wissentlich in den Dienst einer anderen zur Ausführung eines Verbrechens sich zu stellen veranlaßt wird, oder wissentlich eine andere in der Ausführung eines Verbrechens unterstützt?

Unser gegenwärtiges positives Recht behandelt diese letzteren Fälle, in welchen entweder ein gemeinsamer Vorsatz, den verbrecherischen Erfolg in Erscheinung treten zu lassen, vorhanden ist, oder wenigstens eine Person wissentlich das Vorhaben einer anderen fördert, nach besonderen Grundsätzen als Fälle der Teilnahme im juristischen Sinne.

Es wird sich fragen, ob dies richtig ist, oder ob nicht vielmehr auch hier einfach die über den Kausalzusammenhang im allgemeinen geltenden Grundsätze Anwendung zu finden haben. Wäre die letztere Ansicht richtig, so würde selbstverständlich die besondere Materie der Teilnahme in dem Gesetze

<sup>1)</sup> Vgl. *Merkel*, S. 129, *Lammasch*, Grundr. S. 36. Allerdings wird häufig das Wort „Tat“ im Gegensatz zu Handlung nur auf dasjenige bezogen, was äußerlich durch eine Handlung in Erscheinung tritt. Es ist aber keineswegs sprachlich unrichtig, die Worte Tat und Handlung als gleichbedeutend zu gebrauchen (vgl. *Heyne*, deutsches Wörterbuch), und es fehlt ein aus dem Worte „handeln“ abgeleitetes, dem Worte „Täter“ entsprechendes Wort. Ob und inwiefern es Delikte gibt, die man nur höchst persönlich, also nicht unter Benutzung anderer willenloser Personen, begehen kann, wird unten geprüft werden.

wie in der Theorie verschwinden; das Strafrecht würde nicht unerheblich vereinfacht werden.

Indes so sehr es auch einleuchtet und der Erfahrung entspricht, daß man auf den Willen anderer Personen einen entscheidenden Einfluß ausüben kann, und so sehr man häufig auf einen bestimmten Entschluß eines anderen rechnen mag, so sagt uns doch Erfahrung wie unmittelbares Gefühl, daß die Sicherheit jener Kausalität wie die Sicherheit dieser Berechnung nicht zu vergleichen ist mit der Kausalität willenloser Objekte. Gewißheit, daß der Entschluß zur Tat werden wird, ist bis zum Beginn der letzteren nicht vorhanden, und besonders dann nicht, wenn es sich um verbrecherische Taten handelt, denen starke ethische Motive als regelmäßig gegenwirkend und daher als erst zu überwindend gedacht werden müssen. Das Recht selbst müßte es als eine der Zurechnungslehre widerstrebende Auffassung zurückweisen, zurechnungsfähige Menschen wie willenlose Werkzeuge zu behandeln, die zur Ausführung von Verbrechen benutzt werden können. Hier liegt ein Grund zu abweichender Behandlung vor.

Es ist aber freilich nicht leicht zu bestimmen, wie und worin psychische Einwirkung auf den freien Entschluß eines anderen von dem Rechnen auf physische Kausalität rechtlich zu unterscheiden ist — ein Problem.

Ein anderer Grund ist folgender. Eine reine Kausalitätstheorie vermag nicht zwischen Haupt- und Nebenursachen zu unterscheiden. Vom Standpunkte der reinen Kausalitätstheorie ist jede Kraft, jede Tätigkeit, die überhaupt dazu mitgewirkt hat, daß ein bestimmter Erfolg eingetreten ist, gleichmäßig Ursache, und es kommt dabei auch genau auf den Zeitpunkt des Eintritts des Erfolges an: <sup>1a)</sup> eine Kraft ist deshalb nicht weniger Ursache eines bestimmten Erfolges, weil man etwa behaupten kann, der Erfolg würde, wenn jene Kraft nicht gewirkt hätte, doch sehr bald eingetreten sein.

Indes diese abstrakt logische Betrachtung und Würdigung steht, wenn Verdienst und Schuld bei menschlichen Taten in Frage steht, mit unserem Gefühl nicht im Einklang, und sobald wir nicht an die abstrakte Logik denken, urteilen wir anders: ja, man würde nicht selten denjenigen für närrisch halten, der

<sup>1a)</sup> Vgl. oben S. 196, 195.



bei jener Würdigung der abstrakten Logik und nicht dem unmittelbaren Gefühl folgen zu müssen erklärte. Die Tätigkeit eines Handlangers, der eine Anzahl von Karren Sand zur Fertigstellung eines Bauwerkes herangeschleppt hat, wird nicht in demselben Maße wie die Tätigkeit des Baumeisters oder die des kunstverständigen Steinhauers, der das Bauwerk mit prächtigen Ornamenten versehen hat, als Ursache der Herstellung eines bewundernswürdigen Baues betrachtet werden.

Aber wiederum, so sehr eine differenzierende Würdigung menschlicher Mitwirkung zur Erreichung eines bestimmten Erfolges dem unmittelbaren Gefühle entspricht, so schwierig und bestreitbar ist sie oft in der Anwendung.

Muß man z. B. den Erfolg einer gewonnenen Schlacht hauptsächlich dem Oberfeldherrn zuschreiben, der den Plan entworfen hat, oder einem Unterbefehlshaber, der an einem bestimmten Punkte auf den Feind einen unerwartet erfolgreichen Angriff machte usw.? Und besonders schwierig erscheint die differenzierende Würdigung, wenn es sich um verbrecherische Unternehmen handelt. Denn außerhalb der Sphäre des Verbrechens können manche Arten der Mitwirkung anderer Personen gewissermaßen als selbstverständlich uns zu Gebote stehende betrachtet werden. Fragen wir also danach, wem das Verdienst an einer Handlung, an einem Erfolge zukomme, so zählen solche Mitwirkungen, solche Dienste, namentlich solche, die man fast überall leicht gegen Bezahlung erhält, im Fall der Bezahlung nicht mit. Man wird nicht daran denken, denjenigen als Miturheber eines Baues zu bezeichnen, der Steine gegen Bezahlung dazu geliefert hat. Aber könnte nicht, wer dem Giftmörder wissentlich das Gift geliefert hat, als Mitursache, als Miturheber der Tat bezeichnet werden, wenn etwa der Täter nur mit dem gelieferten, besonders schwer nachzuweisenden Gifte die Tat ausführen wollte? Ein zweites Problem!

An beiden Problemen zeigt sich die Arbeit geschichtlicher Entwicklung. Man umgeht aber beide Probleme, wenn man, rein subjektiv das Verbrechen behandelnd, jeden irgend in Tat hervortretenden Willen ebenso beurteilt wie den, der den Erfolg allein bewirkte;<sup>2)</sup> es wird dann die differenzierende

<sup>2)</sup> Insofern steht die Behandlung der Teilnahme im Zusammenhang mit der Behandlung von Versuch und Vollendung, wie das römische und in gewissem Grade auch das heutige französische Recht zeigt.

Würdigung verschiedenen Anteils an der Tat bedeutungslos und ebenso die Frage kausalen Zusammenhanges und kausaler Berechnung mit Bezug auf den Willen anderer Personen. Diese Umgehung ist durch ihre Einfachheit bestechend; aber sie befriedigt schließlich das Gerechtigkeitsgefühl nicht, und wo nicht das Prozeßverfahren hinderlich ist, macht dies Gefühl wenigstens in ungeordneter Weise sich geltend, wie z. B. in der Zuerkennung mildernder Umstände.

§ 297. Man wird es aber begreiflich finden, daß das römische Strafrecht in Konsequenz seiner subjektiven Auffassung des Verbrechenens prinzipiell uns so gut wie nichts sagt über die Frage, unter welchen Voraussetzungen jemand mitwirkend an einem Verbrechen zu betrachten sei, und daß es zugleich jede dolose Mitwirkung zu einem Verbrechen mit der gleichen und vollen Strafe der Straftat ahndet,<sup>2a)</sup> um so mehr, als die Strafen der *Leges* stets absolut bestimmte waren, und auch, wenn es sich nur um einen Schuldigen handelte, auf die Individualität der Tat und des Täters keine Rücksicht genommen wurde. Gewöhnlich wird in den *Leges* die Anstiftung ebenso wie die Täterschaft ausdrücklich der Strafe unterworfen, *qui facere curavit* L. 3 D. 48, 4 — *qui testamentum amoverit — cujusve dolo malo id factum erit*, L. 1 pr. D. 48, 8 — *qui . . . corruperit corrumpendumve curaverit*, L. 1 § 2 D. 48, 10 usw., oder auch gesagt „*hac lege tenetur, cujus ope consiliove. . . cujus dolo malo id factum erit*“, und die Jurisprudenz trägt kein Bedenken, auch die Beihülfe in allen Fällen solchen Bestimmungen zu unterwerfen.<sup>2b)</sup> Erst in späteren kaiserlichen Verordnungen ist hin und wieder die Strafe der Beihülfe im Vergleich zu der der Täterschaft oder Anstiftung gemildert (L. un. § 3 C. de raptu virg. 9, 13. — L. un. C. de Nili agger. 9, 38).

<sup>2a)</sup> Vgl. *Rein* S. 183 ff., *Geib* S. 325, *Mommsen* S. 98 ff. Die Mitschuldigen heißen bei gleichartigem Zusammenhandeln *socii*, der Führer *princeps sceleris* oder *reus principalis*, der Täter *factor*, *qui fecit* oder *qui suis manibus fecit* oder *peccator*, *reus*, oder er wird nach dem Namen des in Rede stehenden Verbrechenens bezeichnet, z. B. *fur*, *percussor*, *raptor*, *incendarius*; der Gehülfe heißt *minister*; alle Beteiligten werden zusammengefaßt unter den Benennungen *consortes*, *participes*; Teilnehmer im Gegensatz zum Täter sind *socii*, *conscii* — letztere weniger aktiv hervortretende Mittäter. Der Anstifter heißt *auctor*. Aber, wie *Mommsen* bemerkt, alle diese Bezeichnungen ermangeln der scharfen Begrenzung und gehören überwiegend der allgemeinen Redeweise an. In den Gesetzen wird in der einen oder anderen Form auch häufig Anstiftung und Hülfeleistung besonders der Strafbestimmung unterworfen.

<sup>2b)</sup> § 9 J. 4, 18. L. 8, 9, 14 pr. D. 48, 5. L. 50 §§ 1—3 D. 47, 2.

§ 298. Andererseits ist begreiflich, daß das ältere deutsche Recht,<sup>2c)</sup> in welchem die äußere Wirkung der Tat vorzugsweise beachtet wird und Strafe und Schadenersatzpflicht meist noch innig miteinander verflochten sind, nur lückenhafte Bestimmungen über die Teilnahme enthält. Wenn mehrere unmittelbar gemeinschaftlich ein Verbrechen ausführen, so haftet jeder dem Beschädigten auf das ganze Wergeld, die gesamte Buße; aber da Wergeld und Buße nur als ein stark bewerteter Schadenersatz erscheinen, kann die Buße, das Wergeld doch nur einmal verlangt werden.<sup>3)</sup> Es kam aber oft vor, daß Verbrechen von mehreren begangen wurden (Bandenverbrechen, wie *Brunner* sagt), z. B. *Homicidium in contubernio factum*; dem Vornehmen und Angesehenen folgte sein Anhang, wenn Gewalttätigkeiten unternommen wurden. So finden wir auch Bestimmungen über Beihülfe (folleist = Vervollständigung, Hülfe)<sup>4)</sup> in solchen Fällen. Die Grade der Verschuldung, die danach zu zahlenden Bußen werden nach äußerlichen Merkmalen abgestuft; bei der Gefährlichkeit solcher Unternehmungen erhöht sich die von dem hauptsächlich Tätigen zu zahlende Buße. Doch werden die Folger nicht bei allen Verbrechen nach allen Volksrechten bußfällig.<sup>5)</sup> Von vorher geleisteter Beihülfe durch Lieferung von Instrumenten und Belehrung ist, wie leicht erklärlich, keine Rede; die Anstiftung, ursprünglich neben der Tat selbst vermutlich nicht beachtet,<sup>6)</sup> wird nur in besonderen Fällen (*Consilium mortis*) geahndet, häufig mit besonderer Anstiftungsbuße, welche auch gezahlt wird, wenn die Tat nicht zur Ausführung gelangt, und zwar auch von demjenigen, der zur Tötung gedungen ist. Als Täter haftete der Herr, der dem Knecht oder Boten ein Verbrechen zu begehen auftrug. Späterhin macht sich häufig die Abschreckungstendenz und ebenso die Auffassung des Verbrechens nicht als Verletzung bestimmter Rechte, sondern als Bruch des Land- oder Stadtfriedens<sup>7)</sup> dahin

<sup>2c)</sup> Vgl. *Wilda*, Strafr. der Germanen S. 699—636; *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte 2 S. 565—575.

<sup>3)</sup> *Lex Sal.* 43, 1, 2; *Lex Alam.* 44.

<sup>4)</sup> Die Helfer heißen später Folger, in den Volksrechten gelegentlich „*quisi secuti sunt*“.

<sup>5)</sup> Belegstellen bei *Brunner* S. 570ff.

<sup>6)</sup> Subsidiäre Haftung nach *Lex Fris.* 2, 12 und 2, 11; vgl. *Brunner* 2 S. 567.

<sup>7)</sup> Vgl. z. B. Goslar. Statuten (ed. *Götschen*) S. 38; Sächs. Landr. 11, 13

geltend, alle Teilnehmer gleichmäßig mit der vollen Strafe zu belegen,<sup>8)</sup> und die naheliegende Beobachtung, daß indirekt der gewerbsmäßige Hehler beim Diebstahl den letzteren provoziert, führt zu gleicher Bestrafung des Hehlers und des Diebes.

§ 299. Während sodann das kanonische Recht schon in gewissem Maße die römischen Grundsätze der individuellen Beteiligung, und zwar auch der physischen Mitwirkung und Schuld der einzelnen Teilnehmer zu modifizieren suchte,<sup>9)</sup> bemühen sich die Italiener energisch, der verschiedenen Mitwirkung der einzelnen Teilnehmer gerecht zu werden.<sup>10)</sup> Den Anstifter (Mandans) soll nach den meisten sogar strengere Strafe als den Angestifteten (Mandafarius) treffen, weil er zugleich das Verbrechen in dem letzteren hervorruft.

Im allgemeinen soll jeder, der nach vorausgegangener Verabredung an einer Tötung unmittelbar teilnimmt, gleichmäßig von der vollen Strafe getroffen werden, ohne Rücksicht darauf, ob er selbst dem Getöteten eine Wunde beigebracht hat, während bei *ex improviso et in rixa* begangener Tötung (unter Benutzung der einschlagenden Stellen des Digestentitels *ad legem Aquilianam*) genauere Unterscheidungen gemacht werden. Die Tendenz dieser verschiedenen und dialektisch oft verworrenen, durch

---

§ 6. Andere Belegstellen bei *John*, Strafr. in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher S. 228, *Geib* 2 S. 332.

<sup>8)</sup> Vgl. z. B. Freiburg. Stadtr. 1520, Fol. 91 (abgedr. bei *Geib* 2 S. 338.

<sup>9)</sup> Vgl. z. B. c. 6 X. *de homic.* 5, 12; c. 5 in VI<sup>o</sup> *de penis* 5, 9; *Hälschner*, System d. preuß. Strafr. I S. 303.

<sup>10)</sup> Vgl. jetzt namentlich die genaueren Untersuchungen von *Heimberger* S. 1—42. Eine eigentümliche, meines Erachtens wenig zutreffende Kritik der Entstehung der herrschenden Lehre von der Teilnahme und ihrer Ergebnisse gibt *Foinitsky*, Zeitschrift 12 S. 54—86. Er meint, die herrschende Lehre sei nur eine Konsequenz der Lehre vom Komplott und der Bande, während diese letzteren Lehren doch nur eine recht beschränkte Zeit hindurch eine Rolle gespielt haben, und insbesondere die Italiener welchen nach *Bartolus* und *Baldus* die Grundlagen der Lehre von der Teilnahme zu verdanken sind, die Form der Teilnahme durch Komplott gar nicht erwähnen, sie nicht kennen. (vgl. unten). Sodann wird der gesamten bisherigen Doktrin der Vorwurf gemacht, daß sie nur auf „Präsumtionen“ hin urteile, wenn sie eine gemeinschaftliche Schuld der Teilnehmer annehme. Dies tut aber die bisherige Doktrin nicht. Im Gegenteil sucht sie die Schuld der einzelnen Teilnehmer an einem Ereignisse genau zu ermitteln, zu welchem die Teilnehmer mitgewirkt haben. Am Schlusse empfiehlt *Foinitsky* unter anderem den folgenden Artikel, durch den viele Schwierigkeiten gelöst werden sollen: „Wer schuldig ist einer Herbeiführung des Mordvorsatzes (also wohl verallgemeinert: eines Verbrechensvorsatzes) wird bestraft.“ Es wird nicht erforderlich sein, auf diesen Vorschlag, demzufolge auch eine kulpöse Anstiftung bestraft werden würde, genauer einzugehen. Die unten folgenden Ausführungen dürften zur Widerlegung genügen.

die speziell beurteilten Beispiele freilich klarer werdenden Unterscheidungen — *auxilium simplex vel nudum* und andererseits *auxilium causam dans delicto*, *auxilium remotum* und *proximum*, *auxilium non cooperativum* und *cooperativum* — geht unzweifelhaft dahin,<sup>11)</sup> die nur in geringerem Grade mitwirkenden Genossen der vollen Strafe welche den Täter trifft, zu entziehen.<sup>12)</sup>

Auffallend erscheint uns gegenwärtig, daß von einer Definition der Mittäterschaft nicht die Rede ist. Die Erklärung liegt wohl darin, daß das *Auxilium proximum* oder *causam dans* ebenso bestraft wird, wie die Täterschaft oder Mittäterschaft. Es hatte also kein Interesse, beides scharf voneinander zu unterscheiden. Anscheinend betrachteten die Italiener nur diejenigen als Täter oder Mittäter, die, wie wir sagen würden, unmittelbar die Haupt-handlung mit ausgeführt, also bei einem Diebstahl mit zugegriffen, bei einer Tötung tödliche Wunden zugefügt hatten. Unzweifelhaft aber wurde die Teilnahme, auch die Anstiftung, als ein Akzessorium der Tat behandelt. Auxiliator wie Mandans konnten nicht abgeurteilt werden, solange nicht Tat und Täter festgestellt waren: „*Obligor ex delicto propter mandatum, non ex mandato*“, wie schon *Bartolus* sich ausdrückt, und *Gandinus* — *rubr. de homic. n. 7* — behandelt den Satz: „*de ope non tenetur quis nisi crimine consummato*“ offenbar als einen zweifellos feststehenden.

§ 300. Der Art. 203 der Bambergensis<sup>12a)</sup> und der entsprechende, nur redaktionell abweichende Art. 177 der CCC.<sup>13)</sup>

<sup>11)</sup> Die Begründung ermangelt, wie in manchen anderen Fällen bei den mittelalterlichen Italienern, zuweilen nicht der Sonderbarkeit. So wird die geringere, nur die Hälfte der Strafe des Täters betragende Strafe der einfachen *auxilium dantes* bei einem *Homicidium* bei *Gandinus, rubr. de homic. n. 7* damit gerechtfertigt, daß nach L. 34 D. 47, 2, wer zu einem *Furtum manifestum* Hilfe geleistet hat, nicht das Quadruplum, sondern nur das Duplum zahlen müsse!

<sup>12)</sup> Wie sich indes unten zeigen wird, ist die Quintessenz der mittelalterlichen Lehre gar nicht so unrichtig, wenngleich nicht ohne Fehler.

<sup>12a)</sup> Die Bambergensis hat entweder direkt oder, wie *Brunnenmeister*, Die Quellen der Bamberg. S. 26ff., annimmt, durch Vermittlung der Wormser Reformation aus *Gandinus* l. c. geschöpft.

<sup>13)</sup> Die Bambergensis sagt: „so jemandt einem mißtetter zu übung einer mißtat wissenlicher vnd geverdlicher weyß einnicherley hilff vnd beystand thut, vrsach tröstung oder förderung dazu gibt, wie das alles namen haben mag, ist peynlich zu straffen.“ „Aber als vorsteht in einem fall anderst dann in dem andere.“ Die CCC. spricht in vereinfachter Fassung nur von „hilff, beestand oder fürderung was das alles namen hat“, weshalb das besondere „das ursach . . . gibt“ fortgelassen ist, kann rätselhaft erscheinen, (so *Brunnenmeister* a. a. O. und *Heimberger* S. 85). Indes derjenige, „der ursach gibt“, ist augenscheinlich

verweisen einfach in unbestimmter Weise auf Einholung besonderen Rats, d. h. auf die Lehren der Italiener mit dem Bemerkten, daß in einem Falle anders, als in einem anderen, d. h. nach Verschiedenheit der Umstände, gestraft werden soll.<sup>14)</sup> Daß der Anstifter gleiche Strafe wie der Täter erleiden solle, haben *Schwarzenberg* wie die Redaktoren der CCC. zu sagen augenscheinlich nicht für nötig gehalten; war doch der Satz allgemein anerkannt: „*quod quis per alium fecit ipse fecisse videtur*“, und war doch diese Bestrafung des Anstifters (insbesondere desjenigen, der Mordgesellen gedungen hatte) auch in Deutschland unzweifelhaftes Recht. Speziell wird aber in CCC. 107 (Bamberg. 128) die gleiche Bestrafung des Anstifters und des Meineidigen selbst angeordnet.

§ 301. Lange Zeit hindurch bietet die deutsche Wissenschaft nur Wiederholungen aus den Italienern, und die Partikulargesetzgebung<sup>15)</sup> gibt ebenfalls nichts Bemerkenswerthes. Nur *Sam. Pufendorf* (*De jure naturae et gentium*, 1672, 1 c. 5 § 4) und später *Westphal* (*Diss. de consortibus et adjutoribus criminum Halae* 1760 § 12 ff., Criminalrecht 1785 S. 52) gehen neue Wege. *Pufendorf* läßt die bisherigen Einteilungen unberücksichtigt und unterscheidet die Rollen der bei einem Verbrechen Beteiligten einschließlich des Täters nur danach, ob die Tätigkeit der einzelnen *Causa principalis* oder *minus principalis* sei, oder ob andererseits mehrere gleichmäßig als Ursache zu betrachten seien. Der Täter ist z. B. *Causa minus principalis*, wenn er auf Befehl einer Autorität handelt; als gleichwertige Ursachen erscheinen Täter und derjenige, der Auftrag oder *Consilium* erteilt, ebenso aber auch unter Umständen z. B. derjenige, der nur unterstützt, wie der, der dem einsteigenden Diebe die Leiter anlegt, dem Diebe das Hinnehmen dadurch ermöglichte, daß er dem Bestohlenen die Geldtasche aus der Hand schlug;

---

der *Auxiliator causam dans* der Italiener, und dieser brauchte allerdings, wenn doch einmal allgemein auf die gelehrte Jurisprudenz verwiesen werden sollte, nicht besonders genannt zu werden.

<sup>14)</sup> Der ebenfalls inhaltlich aus den Italienern entnommene, viel besprochene und berühmte Art. 148 der CCC. (Bamberg. 174) über eine durch mehrere Personen im Raufhandel geschehene Tötung, wird erst später zu berücksichtigen sein.

<sup>15)</sup> Auch bei *Berlich* und *Carpsov* findet sich für die Ausbildung der allgemeinen Lehre von der Teilnahme Erhebliches nicht.

als *Causa minus principalis* erscheint derjenige, der durch Rat und Aufmunterung vor der Tat irgend etwas dazu beigetragen hat, daß das Verbrechen unternommen wurde (*ad facinus suscipiendum aliquod adtulerit*).

*Westphal* dagegen unterscheidet, hiermit, wie *Heimberger* (S. 157) treffend hervorhebt, die heutige subjektive Theorie begründend, die Teilnehmer danach, ob sie das Verbrechen als eigenes begehen wollen (*proprio nomine*), oder anderer Personen wegen an der Begehung teil nehmen. Da der Mandans (Anstifter) *proprio nomine* handelt, so ist er Auctor. Aber derjenige, welcher das Verbrechen ausführt, wird ebenso von der vollen Strafe des Verbrechens getroffen, wie diejenigen, welche als *Consortes* das Verbrechen gemeinschaftlich ausführen. Die *Auxilia* und *consilia*, meint *Westphal* übrigens, seien niemals so geartet, daß ohne sie das Verbrechen überhaupt hätte ausgeführt werden können; ein *Auxilium proxime accedens* in jenem Sinne möchte er deshalb nicht anerkennen. Weniger originell und klar ist *Boehmer* (dessen spätere Ansicht in den *Meditationes ad CCC. 177* sich findet) mit der Auffassung des Anstifters als *Causa Moralis*, des Täters als desjenigen, der unmittelbar physisch das Verbrechen ausführt. Die Auffassung der „*Concurrentes*“ ist unklar. Bemerkenswert aber ist *Boehmers* Ausführung über die „*Conspiratio*“ (das Komplott): jeden der „*Conspirantes*“, der an der Ausführung teilnimmt, soll die ordentliche Strafe treffen.

§ 302. *Pufendorfs* Auffassung ist für die Lehre von *Kress* und späterer, zu denen *Kemmerich*, *Engau* und der ältere *Meister* gehören, von Einfluß gewesen. Aber da sie eine klare Auffassung des Begriffes nicht besitzen, so ist das, was sie in der Kürze geben, ohne Wert. Die Gesetzgebung macht im *Codex Juris Bavaricus* (I § 6, 7) keine Fortschritte; entsprechend der bei den Italienern vorkommenden Auffassung, aber unter Erweiterung des Begriffes des *Auxilium proximum* oder *causam dans*, wird als Hauptdelinquent mit der vollen Strafe belegt, wer, sei es durch Facta oder durch Worte unmittelbar bei der Tat Beistand leistet, während die *Theresiana* Tathandlungen und andererseits „Zutat und Mitwirkung“ formell unterscheidend, unter dem Täter denjenigen versteht, der unmittelbar bei der Tat Hand angelegt, aber auch gewisse Mitwirker (Hülfe-

leistende) der vollen Strafe des Täters unterwirft.<sup>16)</sup> Denselben Standpunkt nimmt ferner das preuß. allgem. Landrecht II, 20 §§ 64 ff. ein; nur heißen die unmittelbar an der Ausführung Teilnehmenden Urheber; der Gehülfe erleidet nur dann nicht die volle Strafe des Täters, wenn von ihm vor (nicht bei) der Tat nur Rat erteilt oder vor der Tat eine für die Ausführung der Tat nicht notwendige Hülfe geleistet ist. Daneben befindet sich eine besonders scharfe Bestrafung derjenigen, die zur gemeinschaftlichen Begehung eines Verbrechens sich verbunden haben,<sup>17)</sup> also eine Sonderbestimmung über die Bestrafung des sog. Komplottes, welche wohl auf *Böhmers* Einfluß zurückzuführen ist, und deren Verhältnis zu den übrigen Bestimmungen über Teilnahme zweifelhaft erscheinen kann.

Aber da man nach wie vor sich nicht klar ist über den Kausalbegriff,<sup>18)</sup> ist man sich auch nicht klar darüber, ob man die Tätigkeit einer oder mehrerer Personen, wenn noch andere Personen beteiligt sind, als alleinige Ursache bezeichnen dürfe, und verwechselt die Ursache einer Erscheinung, wie sie eingetreten ist, mit der Vorstellung der Ursache einer gleichwertigen Erscheinung, die aber nicht eingetreten ist, vielmehr nur höchst wahrscheinlich war, wenn die wirkliche Erscheinung nicht eingetreten wäre.<sup>19)</sup>

Der Begriff der Ursache macht als Ferment in der Lehre von der Teilnahme seit *Pufendorf* sich bemerklich. So gelangt die zunächst folgende Periode zu einer wenig erfreulichen Verwirrung,<sup>20)</sup> bei welcher es oft schwer ist, auch nur mit an-

<sup>16)</sup> Das Gesetzbuch Josephs II. (§ 7) unterscheidet sich von der Theresiana, soweit es die allgemeinen Bestimmungen über Teilnahme betrifft, nur redaktionell.

<sup>17)</sup> Ausnahmsweise mildere Bestimmung über Komplottanten, welche den Mord nicht wirklich ausgeführt haben, wenn derjenige bekannt ist, der ihn ausgeführt hat, in §§ 841—849 wohl um vielfache Todesstrafe wegen desselben Mordes einigermaßen zu vermeiden.

<sup>18)</sup> Daß die Lehre von der Teilnahme die Kausalitätslehre als Voraussetzung fordert, habe ich ebenfalls in der Lehre vom Kausalzusammenhange hervorgehoben, und darin hat mir sowohl mein Gegner *Burzi*, Über Kausalität S. 122, wie *Birkmeyer*, Teilnahme S. 5, beigestimmt. Freilich kommt es darauf an, wie man die Kausalität auffaßt.

<sup>19)</sup> Man vgl. noch später *Grolmann*, Grundsätze §§ 32 ff., selbst in der Ausgabe von 1825. Die Teilnehmer im Gegensatze zu dem Auctor, bzw. den Coactores sollen danach nicht in „ursachlicher Beziehung zu der Rechtsverletzung stehen“. Durch „Vertrag“ (Komplott) soll jemand dann aber auch ohne Teilnahme an der Ausführung Coactor werden können.

<sup>20)</sup> Man wird es daher begreiflich finden, daß das österreichische Gesetzbuch von 1803 noch mehr als die früheren Gesetze zu unbestimmten und zum



nähernder Sicherheit die Meinung der einzelnen Autoren festzustellen; doch macht sich mehr oder minder die Tendenz geltend, denjenigen, der das Delikt unmittelbar vollständig zur Ausführung bringt, oder diejenigen, welche dies zusammen tun, als Mittelpunkt aufzufassen, neben welchem die Handlungen der übrigen als Nebenhandlungen, jedoch nicht immer mit geringerer Strafbarkeit erscheinen.<sup>21)</sup>

§ 303. *Feuerbach* ist in der Auffassung der verschiedenen Arten der Teilnahme nicht völlig beständig geblieben.<sup>22)</sup>

Nachdem er anfangs<sup>23)</sup> nebenbei auch betont hatte, daß der Auctor im eigenen unmittelbaren Interesse die Begehung des Verbrechens wolle, hat er zuletzt das Erfordernis des eigenen Interesses für den Urheber nicht mehr erwähnt, den Urheber dagegen als diejenige Person bezeichnet, in deren Willen und Handlung die hinreichende Ursache enthalten sei, sei es unmittelbar (physischer Urheber), sei es mittelbar durch absichtliche Bestimmung eines anderen zur Begehung des Verbrechens (intellektueller Urheber). Die Tätigkeit des Gehülfen sodann ist nach *Feuerbach* eine Nebenursache, welche zwar für sich betrachtet, das Verbrechen nicht hervorbringt, aber durch absichtliche Förderung der Wirksamkeit des Urhebers zu der Entstehung des Verbrechens mit beiträgt. Die Tätigkeit des Gehülfen, welche positive und negative, intellektuelle und physische, spezielle und allgemeine sein kann, soll dabei — was gewiß nicht immer zutrifft — nur in der Wegräumung von Hindernissen bestehen. Wäre ohne solche Wegräumung das Verbrechen entweder überhaupt oder unter den besonderen Umständen unmöglich gewesen, so ist der Gehülfe Hauptgehülfe oder mittelbarer Urheber. Es können aber mehrere Personen Miturheber in der Art sein, daß schon die Handlung jedes einzelnen für sich das Dasein des Verbrechens vollständig be-

---

Teil recht willkürlichen Vorschriften wie zum richterlichen Ermessen seine Zuflucht genommen hat, Vorschriften, die alles in allem genommen, nur Verschlechterungen darstellen, durch die Redaktion von 1852 aber nicht unerheblich korrigiert sind.

<sup>21)</sup> So *Koch* (*Institutiones juris criminal.* § 41), ferner *G. J. F. Meister* (*Principia jur. crim.* 1789) Auctor oder *delinquens principalis*: „*qui delictum facto suo ipse exsequitur.*“

<sup>22)</sup> Vgl. *Heimberger* S. 238—247, dessen Auffassung der *Feuerbachschen* Theorie ich indes nicht völlig beitrete.

<sup>23)</sup> Revision d. Grunds. d. peinl. R. 2 S. 244.

gründet; und Komplottanten gelten als gegenseitige intellektuelle Urheber, d. h. sie sind sämtlich ohne weiteres, auch wenn sie bei der Ausführung nicht mitwirken, als Urheber für das Ganze verantwortlich.

Der Ansicht *Feuerbachs* folgt zunächst die Gesetzgebung der einzelnen Staaten, anfangs mit sehr ins einzelne gehenden, begreiflicher Weise Widersprüche enthaltenden Bestimmungen.<sup>24)</sup> Auch der Hauptgehülfe,<sup>24a)</sup> d. h. derjenige, ohne dessen Hülfe die Tat nicht möglich gewesen wäre, mag die Hülfe vor oder bei der Tat geleistet sein; erleidet — was allerdings nicht unbestritten ist — die Strafe des Urhebers. Die Eingehung des Komplottes wird dabei als Versuch des Verbrechens behandelt, dem Komplottanten aber, nur wenn er das Komplott der Obrigkeit anzeigt — nicht auch, wenn er nur die Ausführung verhindert — im Sinne des echten Polizeistaates Strafflosigkeit zugesichert. Etwas vereinfacht und verbessert findet sich die *Feuerbachs*che Lehre noch in dem GB. des Großherzogtums Hessen Art. 71—86, 93, während das hannoversche Art. 52—73 sich bereits von der Aufstellung der Kategorie des gleich dem Urheber zu strafenden Hauptgehülfen emanzipiert.<sup>25) 26)</sup> Die besonderen Bestimmungen über das Komplott gehen dagegen mit der einen oder der anderen Modifikation auf spätere Gesetzbücher über. Einfacher unterschied das thüringische GB. Art. 31 bis 35 gleiche und ungleiche Teilnahme, die erstere, welche die volle Strafe begründet, ist Mitwirkung irgend welcher Art (unmittelbar bei der Ausführung), die letztere Verabredung ohne Teilnahme an der Ausführung und Beihülfe vor der Tat.

<sup>24)</sup> So bayer. GB. 1813 Art. 45 ff., Art. 73 ff., oldenb. GB. 1814, Art. 67 ff., württemberg. GB. Art. 74—88.

<sup>24a)</sup> Die Terminologie schwankt. Im XVIII. Jahrhundert sprach man hier von *Concursus proximus* wie von *Concursus principalis*. Für die gleiche Bestrafung der Hauptgehülfen: *Kleinschrod* I §§ 197, 198; *Stübel*, Tatbestand § 50.; *Tittmann* I § 105. — Anders *Feuerbach*, Revision 2 S. 262 (der hier dialektisch positive und negative Ursache unterscheidet), und gegen gleiche Bestrafung auch *Martin*, Lehrb. § 82. Im Lehrbuch § 44 bezeichnet *Feuerbach* übrigens den Hauptgehülfen, d. h. denjenigen, ohne dessen Hülfe das Verbrechen unmöglich gewesen wäre, geradezu als (indirekten mittelbaren) Urheber.

<sup>25)</sup> Auch im badischen GB. § 139 kommt noch der Hauptgehülfe vor, aber nur, wenn er an der Haupthandlung teilgenommen habe; desgleichen selbst noch im königl. sächsischen StGB. 1855 Art. 54, hier jedoch nicht mit Unterwerfung unter die volle Strafe des Täters.

<sup>26)</sup> Eigentümliche, zum Teil recht willkürliche Bestimmungen im braunschw. GB. §§ 43—53.

Besondere Bestimmungen über Komplott fehlen hier schon. Selbstverständlich trifft den Anstifter die volle Strafe.

§ 304. Die Tendenz, die Bestimmungen über die Teilnahme zu vereinfachen, erhielt eine besondere Förderung durch den Einfluß des französischen, in den Rheinlanden festgehaltenen Rechtes. Schon im älteren französischen Rechte galt gesetzlich<sup>26a)</sup> nach den *Etablissements Louis IX.* die gleiche Bestrafung aller Teilnehmer, und die Gesetzgebung der Revolutionszeit und der *Code pénal* Art. 59, 60 behielten sie bei; später hat die Zulassung mildernder Umstände selbstverständlich die praktische Anwendung dieser Bestimmung erheblich modifiziert. Diesem Prinzip schloß sich im wesentlichen das württembergische Gesetz vom 13. August 1849 an, nur daß an Stelle der Zuerkennung mildernder Umstände für Teilnehmer, die nicht Anstifter oder Komplottanten waren, ein im Ermessen des Gerichts stehendes richterliches Milderungsrecht gesetzt wurde.<sup>26b)</sup> Das preußische StGB. § 34, 35 schlug unter Weglassung aller Bestimmungen über Komplott einen Mittelweg ein; prinzipiell wurde gleiche Strafbarkeit aller Teilnehmer angenommen, aber bei Beihilfe jeder Art die Feststellung ermöglicht, daß die Teilnahme keine wesentliche war, in welchem Falle statt Todes- und lebenslänglicher Zuchthausstrafe auf zeitige Zuchthausstrafe erkannt wurde, und bei gleichzeitiger Feststellung mildernde Umstände ein weiteres Herabgehen der Strafe stattfand.

Das StGB. ist zu dem früheren gemeinrechtlichen Prinzip der Unterscheidung und ungleicher (möglicherweise im einzelnen Falle sehr viel milderer) Bestrafung der Beihilfe von der Täterschaft zurückgekehrt. Von einem Hauptgehülften ist so wenig die Rede wie vom Komplott, nur wird, wenn mehrere gemeinschaftlich eine strafbare Handlung ausführen, jeder von ihnen als Täter von der vollen Strafe getroffen. Die Anstiftung wird

<sup>26a)</sup> *Hélie* n. 272. Vgl. auch *Pandectes françaises, v. Complicité* n. 8. Die Jurisprudenz milderte aber diese Härte, und *Foussé* 1 S. 22 ff. betrachtet im wesentlichen die Lehre der Italiener als maßgebend. Auch das österreichische Recht behandelt seit der Theresiana Täter und Teilnehmer prinzipiell gleich, macht aber bei absolut bestimmten Strafgesetzen mehrfach Ausnahmen zugunsten von Teilnehmern, und bei den relativ bestimmten Strafsätzen hat überhaupt der Richter das Recht, die Strafe verhältnismäßig recht niedrig anzusetzen. Vgl. Österreich. GB. §§ 5, 137, 159. *Glaser*, Ges. kl. Schriften 1 S. 150.

<sup>26b)</sup> Noch näher stand dem französischen Rechte das bayerische StGB. v. 1861 (Art. 52—55). Es unterschied wie das französische Recht Täter und Teilnehmer, bestrafte aber Täter und Teilnehmer gleich, und gab nur dem Gerichte

als Bestimmung eines anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung bezeichnet; nicht aber ist der Anstifter im Gesetze als Urheber des begangenen Verbrechens bezeichnet; die Definition der Beihilfe, abgesehen von der Hervorhebung des Momentes der Wissentlichkeit, also der Beschränkung auf dolose Beihilfe, und der beiden Arten der Beihilfe, intellektueller und physischer Beihilfe, „Rat oder Tat“, ist eine Tautologie: Gehülfe ist, wer dem Täter Hülfe geleistet hat.

§ 305. Die erste in der Lehre von der Teilnahme zu beantwortende Hauptfrage ist wohl die folgende: finden die gewöhnlichen Grundsätze über Kausalität auf jeden Teilnehmer Anwendung, so daß für jeden Teilnehmer die Tat zu beurteilen wäre, als hätte er selbst sie unmittelbar begangen, wenn auch etwa mit geringerer Verantwortlichkeit oder Strafbarkeit, falls er nur als Gehülfe gehandelt hat? Oder aber ist die Tat auch für den nicht an der unmittelbaren Ausführung Beteiligten so aufzufassen, wie sie sich für den unmittelbar ausführenden darstellt? Mit anderen Worten ist jede Teilnahme juristisch nur als Akzessorium der Haupttat aufzufassen?<sup>26 c)</sup>

Dabei scheiden aber diejenigen Fälle selbstverständlich aus, in denen wir dem Teilnehmer die Rolle eines Mittäters zuschreiben müssen, d. h. die Fälle, in denen der einzelne Teilnehmer in der Art auch körperlich tätig ist, daß er, die Tätigkeit der übrigen einfach als mitwirkenden Faktor der eigenen betrachtend, die Erreichung des Erfolges durch eigene Tätigkeit anstrebt, mögen ihm möglicherweise auch andere Teilnehmer dabei zuvor kommen. Es handelt sich also um eine in der Ausführung entweder gar nicht hervortretende Teilnahme (Anstiftung oder vorangehende intellektuelle Beihilfe) oder um eine Mitwirkung bei der Ausführung, bei welcher der Tätigkeit des Teilnehmers nicht jene mit der Tätigkeit Anderer für die

---

„die Befugnis“. die Strafe der Teilnehmer — den Anstifter ausgenommen — in bestimmter Weise herabzusetzen. Vgl. *Hocheder* 1 S. 227.

<sup>26 c)</sup> Die S. 577 angeführte, ziemlich umfangreiche und mit anerkanntem Fleiße ausgearbeitete Dissertation von *Bauer* sucht in ähnlicher Weise und mit derselben Sicherheit der Behauptungen, aber auch mit demselben Erfolge wie *L. Cohn* in der Lehre vom Versuche getan hat, die völlige Haltlosigkeit der Lehre vom akzessorischen Charakter der Teilnahme nachzuweisen. Diese Lehre wird als „ungebetener Gast“ im deutschen StGB. bezeichnet, während zugleich die Frage, ob die Bestimmungen des StGB. sich theoretisch rechtfertigen lassen, mit einem „runden Nein“ beantwortet wird (1) (S. 63).

Erreichung des Zieles konkurrierende Bedeutung zukommt (Beihilfe, insbes. durch körperliche Mitwirkung geleistete Beihilfe). Hier muß, die Anstiftung betreffend, von der Annahme ausgegangen werden, daß 1. man auf den Willen einer anderen Person einwirken kann, daß aber 2. die Verantwortlichkeit dessen, auf den geistig eingewirkt wird, trotz dieser Einwirkung, die für den Handelnden nur ein Motiv darstellt, bestehen bleibt.

Nun kann es einem Zweifel nicht unterliegen, daß das ältere deutsche Recht als das Wesentliche die unmittelbare Ausführung betrachtete, um welche sich die übrigen Teilnahmehandlungen gruppieren, von der sie Licht und Bedeutung empfangen. Es ergibt sich dies schon daraus, daß Bestrafung der Anstiftung nicht immer eintrat, und daß häufig die Anstiftung nur eine geringere Buße nach sich zog. Es entspricht einer Stufe naiver Rechtsbildung, sich an den unmittelbaren Eindruck der Tat vorherrschend zu halten; der Eindruck aber ist durch die unmittelbare Ausführung gegeben. Auch die italienische Jurisprudenz des Mittelalters hat diesen Standpunkt von Anfang an eingenommen und stets festgehalten; sie erklärte zwar: „*Quod quis per alium fecit, ipse fecisse videtur*“; aber indem sie noch eine besondere Untersuchung für erforderlich hielt,<sup>26d)</sup> ob ein Statut, welches eine bestimmte Handlung bestrafte, auch auf den Mandans anzuwenden sei, erklärte sie (wie *Heimberger* S. 31 gegen *Liszt* hervorgehoben hat) schon mit der Aufwerfung dieser Frage, daß ihrer Ansicht nach der Anstifter nicht dem unmittelbar Handelnden gleichstehe, wie wenn er ein mechanisches Mittel bei Begehung einer Handlung,<sup>26e)</sup> zur Herbeiführung eines Erfolges anwende. Es ist

<sup>26d)</sup> Vgl. z. B. *Clarus* V. § fin. qu. 89 n. 2.

<sup>26e)</sup> Mit Schärfe ist merkwürdigerweise die Anstiftung als Mandatum von der Täterschaft bereits unterschieden von *Bartolus* ad § *Servus meus* (L. 17 § 2) *De injur.* 47, 10. Der Mandans begeht nicht „ipse“ das Verbrechen, wenn der Mandator eine zurechnungsfähige und nicht zu unbedingtem Gehorsam verpflichtete Person ist. „Aber *quando instrumentum agit de necessitate . . . tunc qui fecit mediante instrumento vere fecit*“, d. h. er ist Täter. Die scharfe Gegenüberstellung von Anstiftung und dem, was wir jetzt mittelbare Täterschaft nennen, ist der Kern- und Probepunkt der Theorie des akzessorischen Charakters von Anstiftung und Beihilfe. Vgl. auch *Bartolus* zu L. 11 (§ 3 *Si mandato meo*): „*Quaero utrum oritur obligatio qua tenetur mandans, an ex mandato an ex delicto postea subsecuto . . . obligor ex delicto propter mandatum, non ex mandato.*“ Übereinstimmend *Aretinus*, Rubr. *Et Sempronium* n. 18; *Hippolitus de Marsilis, Practica* § *constante* n. 65: „*Auxiliator ad*

ein solcher Wechsel der Anschauung auch gar nicht wahrscheinlich, und wäre die Ansicht möglich gewesen, daß die Verurteilung des *Mandans* stets die Feststellung der Tat des Mandatarius voraussetze,<sup>26f)</sup> wenn letzterer einfach als Instrument in der Hand des ersteren erschienen wäre? Unterwarf man aber den Anstifter der vollen Strafe des Gesetzes, so ließ sich das, wie *Carpzow* sagt, auch so ausdrücken: „*utique occidit*“ und unter dem Einfluß der Theorie *Pufendorfs* (der von *Causa* und *Concausa* redete), ist man erst im XVIII Jahrhundert dazu gelangt, beide, Anstifter und Täter als *Auctores* zu bezeichnen, so *Westphal* (S. 12) und nach ihm *Boehmer* (Med. in CCC art. 177 § 3),<sup>26g)</sup> bis dann regelmäßig<sup>26h)</sup> der Anstifter als intellektueller, der Täter als physischer Urheber erschien.<sup>26i)</sup>

§ 306. Ein Wechsel in der Grundanschauung über das Wesen der Teilnahme war damit in keiner Weise gegeben; nach wie vor galt selbst die Anstiftung als Akzessorium der Tat des Täters. Nicht die Bezeichnung des Anstifters als intellektueller Urheber, des Täters als physischer Urheber ist maßgebend; vielmehr sind es die einzelnen Sätze, welche über die Strafbarkeit des Anstiftens aufgestellt werden, und hier wird fortwährend die Unterscheidung von dem, was wir jetzt mittelbare Täterschaft nennen, aufrecht erhalten, überhaupt die Abhängigkeit der Strafbarkeit des Anstifters und Gehilfen von der Straftat des Täters. Jene Bezeichnung läßt sich mit dieser Auffassung auch sehr wohl insofern vereinigen, als die letzte Ursache der Tat des Täters in der Anstiftung erblickt werden konnte, und beide, Anstifter und Täter, in gleicher Weise von der vollen Strafe des Deliktes getroffen werden sollten.<sup>26k)</sup> Es ist daher unrichtig, wenn *Liszt* die Auffassung, es habe der

*delictum non puniatur non secuto delicto.*“ Die Tat des Auxiliator, sagt *Hippolitus* ferner, müsse auch festgestellt sein; sonst sei Untersuchung gegen den Auxiliator unzulässig.

<sup>26f)</sup> In England war nach *Common law* ein Strafverfahren gegen einen Teilnehmer nur zulässig, nachdem vorher ein Täter (*Principal*) verurteilt war. Durch die sog. *Accessories Act* v. 1861 (24 et 25 Vict. c. 94) § 2 ist dies aber geändert. *Archbold-Stephenson* S. 16.

<sup>26g)</sup> Vgl. auch *Kleinschrod*, Grundlagen 1 S. 200.

<sup>26h)</sup> Vgl. schon *Meister*, *Principia* § 42; *Tittmann* (1806), Handb. 1 § 164; *Grolmann* § 33.

<sup>26i)</sup> Über diese in Wahrheit bedeutungslose Entwicklung des (überflüssigen) Urheberbegriffs vgl. *Schütze*, Notw. Teiln. S. 18.

<sup>26k)</sup> Die Dissertation von *Bauer* (S. 26ff.) bemüht sich gar, die gesamte Lehre von der akzessorischen Eigenschaft der Beihilfe und Anstiftung auf eine

Anstifter das Verbrechen selbst begangen, als die bis ins XIX. Jahrhundert allein herrschende bezeichnet, und unzutreffend daher auch die Annahme, es sei die gegenteilige Auffassung nur dadurch veranlaßt, daß man Willensfreiheit des Angestifteten angenommen habe;<sup>261)</sup> denn bei letzterer Annahme mußte man, wie *Liszt* meint, den Kausalzusammenhang unterbrechen lassen, und dann wäre man zu der praktisch unmöglichen Folgerung gelangt, den so außerhalb des Kausalzusammenhanges stehenden Anstifter straflos lassen zu müssen. Im Gegenteil hat man, eine Anzahl neuerer Autoritäten ausgenommen, keinen Widerspruch darin gefunden, den Täter als frei und doch unter dem Einflusse des Anstifters handelnd zu betrachten; der völlig konsequente Determinismus hat erst in neuester Zeit sich in der Strafrechtswissenschaft stärker geltend gemacht.<sup>27)</sup> Der Vorwurf ist vielmehr umzudrehen, nach der Konsequenz des strengen Determinismus muß gerade die ganze Lehre von der Anstiftung zusammenbrechen. Der Wille des Angestifteten ist danach das notwendige Produkt der Handlung des Anstifters. Bestraft man ihn, so kann das nur aus Zweckmäßigkeitgründen geschehen. Setzt man aber über diese Konsequenz des Determinismus sich hinweg, so lautet der einfache Satz der Kausalitätstheorie: „Jeder, der in der Absicht, damit die Begehung eines Verbrechens zu ermöglichen, irgend etwas getan hat, ist

---

erst nach dem *Code pénal* entstandene irrige Interpretation des letzteren zurückzuführen. *Hälschner* soll in seinem System des preuß. Strafr. 1 S. 340, weil er von intellektuellem Urheber spricht, früher die akzessorische Eigenschaft der Teilnahme nicht vertreten, also (vgl. Deutsches Strafr. 1 S. 367) später stillschweigend seine Meinung geändert haben. — Vgl. für die akzessorische Natur der Teilnahme *Berner*, Teilnahme, bes. S. 308, *Geib* 2 § 106 S. 247, *Schütze* §§ 46, 47, *H. Meyer* § 43 Nr. 5 § 35, *Oppenhoff-Delius* § 48 Anm. 9, 18, und ausdrücklich neuerdings *Finger* 1 S. 343. — *Bauer*, S. 20, unternimmt auch (m. E. vergeblich) nachzuweisen, daß *Köstlin* trotz seiner ausdrücklichen Erklärung (System 1 S. 283) doch in Wahrheit die akzessorische Natur der Teilnahme (insbes. der Beihilfe) seinen Ausführungen nicht zugrunde lege. Aber über einzelne schwierige Fälle (deren Erörterung unten folgen wird) kann man verschiedener Meinung sein, ohne deshalb im Prinzip zu dissentieren, so in der Frage, ob Anstiftung an sich schon Versuch des Verbrechens sei. Vgl. *H. Meyer* § 34 zu Anm. 18.

<sup>261)</sup> So insbesondere *Liszt* § 29 u. 49 III, 1 und *H. Seuffert*, Strafgesetzbuch d. Gegenw. 1 S. 23. Ich kann aber nicht finden, daß die von *Liszt* § 49 für seine prinzipielle Auffassung der Teilnahme und insbesondere der Anstiftung aufgeführten Autoren wirklich dieser Ansicht sind. Bei *Hälschner* z. B. (vgl. System 1 S. 367) möchte ich bestimmt das Gegenteil annehmen.

<sup>27)</sup> So ist *Binding* (Grundriß 1 § 67), obschon ein energischer Verteidiger der Willensfreiheit, gleichwohl Anhänger der Konstruktion der Verantwortlichkeit von Anstifter und Täter aus dem Gesichtspunkte der Urheberschaft.

in gleicher Weise Ursache wie der Täter, also in gleicher Weise strafbar.“ Und wenn die Volksansicht jetzt noch zwischen Täter und Gehülfen unterscheidet, und letzterem oft nur eine minimale Schuld beimißt, so muß man sie ebenso wie andere irrige Volksanschauungen nach und nach möglichst bekämpfen. Allerdings haben die besonderen Beziehungen, in denen einzelne Teilnehmer stehen können, sei es auf Grund der Angehörigkeit zu einem besonderen Kreise, sei es, weil eine besondere Beziehung zu dem Objekte besteht, der Konstruktion der Teilnahme als Akzessorium der Haupttat Schwierigkeiten bereitet. Sie sind aber zu überwinden, und zwar ohne Verletzung des Gerechtigkeitsgefühls. Dagegen führt, wie sich bei Erörterungen einzelner Fragen zeigen wird, die Konstruktion der Teilnahme auf Grund der Auffassung der Selbständigkeit aller Teilnehmehandlungen, auf Grund der reinen Kausalitätstheorie (der *Buri-Lisztschen* Kausalitätstheorie) zu den bedenklichsten Konsequenzen.<sup>27a)</sup>

§ 307. Aber abgesehen von der geschichtlichen Entwicklung und abgesehen davon, daß die Auffassung von der Teilnahme als akzessorischer Schuld auch das englisch-nordamerikanische Recht<sup>27b)</sup> wie die französische Jurisprudenz beherrscht, ist die Beurteilung des Verbrechens nach der Gestalt, in der es durch die Tat der unmittelbar ausführenden Person ins Leben tritt, die prinzipiell richtige.<sup>28)</sup> In dieser Gestalt macht es den hauptsächlichsten, weil unmittelbaren Eindruck, gegen welchen die Strafe die erforderliche Reaktion darstellt; die versteckten Beziehungen zu anderen nicht unmittelbar beteiligten Personen treten meist erst später, zuweilen gar nicht hervor. Dagegen läßt sich nicht einwenden,<sup>29)</sup> damit werde eine unseren gegenwärtigen Rechtsanschauungen widersprechende, an längst vergangene Kulturperioden erinnernde Haftung für fremde

<sup>27a)</sup> *Garraud* 2 n. 652: «*S'il est nécessaire* (dies ist unbestrittene Voraussetzung) *de rattacher les actes de complicité à une infraction principale...*» Es wird dann ausgeführt, daß, wenn eine strafbare Tat eines Täters überhaupt nicht vorhanden sei, auch von einer Straftat eines Komplizen nicht zu reden sei.

<sup>27b)</sup> Hier ist sogar die technisch-legale Bezeichnung beweisend: alle Teilnehmer im Gegensatz zu denjenigen, welche die Tat unmittelbar oder durch willenlose Personen ausführen (*Principals*) heißen „*Accessories*“. — Diese Auffassung wird konsequent selbst für das Prozeßrecht festgehalten. Vgl. *Archbold-Stephenson* S. 12 ff.; bei *Wharton* 1 §§ 200 ff. den Abschnitt „*Accessoryship*“; *Bishop* 1 §§ 660 ff.

<sup>28)</sup> Dafür besonders auch *Schütze*, Notwendige Teilnahme S. 256 ff.

<sup>29)</sup> So *Kohler*, Studien 1 S. 106.



Schuld angenommen. Der Teilnehmer wird nicht etwa als Glied einer Familie ohne weiteres für die Tat des Täters verantwortlich; er macht vielmehr durch seinen Willen seine Schuld von der des Täters abhängig. Es wird sich zeigen, daß die gegenteilige Ansicht<sup>30)</sup> in ihren Konsequenzen sowohl unzweifelhaften Sätzen des geltenden Rechts wie den Anforderungen der praktischen Jurisprudenz mehrfach widerspricht.

Unrichtig ist es ferner, die Konstruktion der Schuld des Teilnehmers nach Maßgabe der Tat des Täters auf die (irrig) Annahme absoluter Willensfreiheit zurückzuführen, eine Annahme, die zur Leugnung der intellektuellen Urheberchaft und zu der weiteren Annahme zwingt, daß der Angestiftete eine neue Kausalitätsreihe eröffne.<sup>30a)</sup> Es ist oben in der Lehre vom Kausalzusammenhange davon ausgegangen, daß abstrakt, betrachtet, Bedingung und Ursache identisch seien, daß jedoch das Recht notgedrungen den, tatsächlich betrachtet, vorhandenen Kausalzusammenhang in sehr vielen Fällen als nicht vorhanden, gewissermaßen als abgeschnitten ansehe, oft nur eine oder einzelne der vielfachen Bedingungen beachte, und diese bezeichne man dann als Ursache oder Ursachen. Jemand, dessen Tätigkeit nicht als Ursache in diesem Sinne bezeichnet werden könne, sei auch nicht verantwortlich zu machen für einen etwa durch seine Handlung mit herbeigeführten Erfolg. Es ist dabei aber hervorgehoben, daß selbst die eingreifende freie Handlung eines anderen dann den Kausalzusammenhang auch in rechtlichem Sinne jedenfalls bestehen lasse, wenn auf diese Handlung von dem erst oder gleichzeitig Handelnden gerechnet wurde.

§ 308. Diese Sätze ergeben, wenn mehrere Personen für einen Erfolg so tätig waren, daß das Eintreten dieses Erfolges durch jede der verschiedenen Tätigkeiten bedingt war, den Satz: jede dieser Personen ist auch im rechtlichen Sinne

<sup>30)</sup> Wie *Kohler* S. 111 sagt: „er (der Anstifter) soll gestraft werden wie einer, welcher die betreffende Handlung realiter selbst begeht“.

<sup>30a)</sup> So *Liszt* § 29 IV. § 49 I. Das StGB. beruht vielmehr auch hier, wie unser gesamtes bisheriges Strafrecht, auf dem sog. relativen Indeterminismus. Das von einem Teilnehmer dem anderen gelieferte Motiv zum Handeln macht das Handeln des anderen nicht zu einem unfreien, und gleichwohl besteht psychischer Kausalzusammenhang. Von dieser Auffassung wird sich das praktische Leben, dem auch das Strafrecht angehört, alles Doktrinarismus ungeachtet, nicht abdrängen lassen.

Ursache des Erfolges; es ist dabei gleichgültig, ob die einzelne Person längere oder kürzere Zeit oder unmittelbar vor Eintritt des Erfolges tätig war, ob sie viel oder wenig leistete, und ob man sagen kann, das Ereignis wäre, auch wenn die einzelne Person nicht eingriff, doch sehr bald, vielleicht nur eine Minute später, oder es wäre anders zu derselben Zeit eingetreten, etwa mit einer Modifikation, die uns gänzlich bedeutungslos erscheint. Denn nur auf das wirkliche Ereignis, also darauf kommt es bei dem wirklichen Kausalzusammenhange an: ist das Ereignis, so wie es eintrat, und zu dem Zeitpunkte, zu welchem es eintrat, durch die eingreifende Tätigkeit bedingt worden? Nicht die Hypothese ist entscheidend, daß ein anderes uns vielleicht gleichwertiges Ereignis auch ohne jene Tätigkeit eingetreten wäre. Nur nach dem in Betracht kommenden Ereignisse darf die Tätigkeit nicht stattgefunden haben; denn für das, was schon fertig ist, kann nichts mehr Ursache, so wenig wie Bedingung werden.

Die rein logische Kausalitätstheorie kann also auf Grund der objektiven Mitwirkung der einzelnen Teilnehmer zu einer Unterscheidung von Beihilfe und Täterschaft nicht gelangen.<sup>30b)</sup> Erachtet man aber gleichwohl diese Unterscheidung für richtig oder für positiv gegeben, so bleibt scheinbar nur übrig, das unterscheidende Merkmal in der Verschiedenheit des Dolus der Teilnehmer zu finden.

§ 309. So entsteht die sog. subjektive Theorie,<sup>30c)</sup> als deren Hauptvertreter *Buri* zu betrachten ist, der sie in zahlreichen Schriften und Aufsätzen zu begründen und zu verteidigen unternommen hat, und der, wenngleich nicht

<sup>30b)</sup> Daher gelangte *Stübel*, Teilnahme (bes. S. 67 ff.), indem er richtig ausführte, daß man zureichende Ursachen und unzureichende (Tätigkeit eines Gehülften) nicht unterscheiden könne, zur völligen (schon von *v. Schirach*, Arch. d. Cr. 1819 S. 416 ff., für das gemeine Recht vertretenen) Gleichstellung von Beihilfe (auch der vor der Tat geleisteten) mit der Täterschaft.

<sup>30c)</sup> Eigentümlich ist, daß *Liszt*, der genau von *Buris* Kausalitätsbegriff ausgeht, doch § 49 III. 2 von den „Irrwegen“ der rein subjektiven Theorie spricht. Sollen diese Irrwege vermieden werden, so bleibt nach *Lisssts* Kausalitätstheorie nur übrig, sämtliche an der Herbeiführung eines Erfolges (sämtliche an einem Verbrechen) beteiligte Personen gleichmäßig als Ursachen, d. h. als Urheber zu bezeichnen. Das tut nun *Liszt* aber nicht, wie die angeführte Bemerkung über die Irrwege der subjektiven Theorie zu beweisen scheint, und bei den die Einzelheiten betreffenden Ausführungen bleibt es oft zweifelhaft, inwiefern *Liszt* sich der Auffassung des StGB. nur gezwungen akkomodiert.

immer völlig konsequent, der Praxis des Reichsgerichts gefolgt ist.<sup>30d)</sup>

*Buri* hat, wie er vielfach ausgeführt hat, insofern Recht, als er jeden, der durch seine Tätigkeit irgend einen Beitrag geleistet hat, auch nur einen minimalen, als Ursache betrachtet, und *Birkmeyer* hat ihn trotz Aufwandes von großem Scharfsinn insoweit zu widerlegen nicht vermocht.

Denn unterscheidet auch in anderer Hinsicht, wie oben ausgeführt wurde, das Recht Bedingungen und Ursache — was allerdings ja keineswegs allgemein anerkannt und speziell von *Buri* am lebhaftesten bestritten ist —, so betrachtet es doch jeden, den es für ein Ereignis verantwortlich macht, als Ursache oder als eine der Ursachen dieses Ereignisses.

§ 310. *Birkmeyer* (S. 102 ff.) freilich geht von der, wie oben gezeigt worden, im philosophischen und abstrakten Sinne unhaltbaren Theorie der überwiegenden Ursache aus und gelangt so zu der eigentümlichen Annahme, es könne jemand an einem Ereignisse (z. B. an dem Tode eines Menschen)<sup>30e)</sup> einen Teil verursachen, endlich aber da, wo gänzlich ungleiche Tätigkeiten und ungleiche Wirksamkeiten vorliegen, zu einem Operieren mit Zahlen, so daß durch Addition und Subtraktion berechnet werden soll, wer bei Ausführung eines Verbrechens Mittäter oder nur Gehülfe sei.<sup>31)</sup>

<sup>30d)</sup> Vgl. die genauen Nachweisungen über diese Praxis bei *Birkmeyer* S. 137 ff. Besonders prägnant z. B. RG. VI 16./10. 85. E. 9 Nr. 24 bes. § 77: „Der Unterschied (von Beihilfe und Mittäterschaft) beruht nur in dem subjektiven Momente, daß der Gehülfe die fremde Tat unterstützen, der Mittäter dieselbe als seine eigene will.“ RG. III 18./3. 86. E. 14 Nr. 10 bes. S. 29: „Vielmehr gehört zur Mittäterschaft ein solches Maß der Tätigkeit, welches ohne jenen *Dolus auctoris* auch bloß die Mitwirkung eines Gehülfen sein konnte, wie umgekehrt der Gehülfe, ohne Mittäter zu werden, selbst ein einzelnes Tatbestandsmerkmal, nur nicht die ganze Tat ausführen kann.“

<sup>30e)</sup> Gegen *Birkmeyer* vgl. *Löffler* in *Grünh uts Zeitschr.* 19 S. 514.; *Buri* GS. 45 S. 1 ff.; *Bierling*, *Juristische Grundbegriffe* 3 S. 150. Die Theorie der überwiegenden Bedingung oder Ursache ist aber, wie unten sich ergeben wird, in einem anderen Sinne richtig.

Wenn ich *Birkmeyers* eigene Theorie für mißlungen erklären muß, so hindert mich dies ebensowenig, wie es bei *Löffler* (a. a. O. S. 519) der Fall gewesen ist, den Wert der Arbeit *Birkmeyers*, insbesondere seine genauen kritischen Ausführungen über die Praxis unseres höchsten Gerichtshofes, anzuerkennen.

<sup>31)</sup> Das Leuchten bei einem Diebstahle kann doch nicht etwa mit 2, das Aufbrechen eines Schrankes dabei mit 4 und etwa das Hinnehmen ebenfalls mit 4 oder 6 bezeichnet und danach herausgerechnet werden, daß, wer geleuchtet hat, nur eine Bedingung für den Erfolg gesetzt habe, während zwei andere Beteiligte, da ihre Tätigkeit 4+4 oder 4+6 darstellt, die Ursache (überwiegende Bedingung) geliefert haben, folglich Mittäter seien. So verfährt aber *Birkmeyer*

Aber angenommen auch, daß man einen Teil eines verbrecherischen Erfolges verursachen könne, was unrichtig ist, da das Verbrechen als solches unteilbar ist,<sup>31a)</sup> so vernichtet *Birkmeyer* S. 126 seine gesamte Beweisführung. Obschon er Schuld und Kausalität sonst streng unterscheidet, glaubt er den folgenden Sprung über einen Abgrund ohne Gefahr für seine Theorie unternehmen zu können.<sup>31b)</sup>

„Soll nun der einzelne Teilnehmer wegen des Gesamterfolges gestraft werden, obwohl er nur einen Teil desselben verursacht hat, so ist dies nicht anders denkbar, als daß unser Gesetzbuch voraussetzt, daß er durch seine Verschuldung hinsichtlich des Gesamterfolges ergänze, was ihm an Verursachung desselben abgeht. Seine Schuld

S. 102. Ein in München verübter, von *Birkmeyer* als Beweisgrund für die Richtigkeit seiner Ansicht angeführter Diebstahl hat anscheinend zur Aufstellung dieser Ansicht verhängnisvolle Beihilfe geleistet. Mehrere Personen transportieren in diebischer Absicht ein Piano, das keiner von ihnen allein zu heben vermag, mit gemeinschaftlichen Kräften aus einer Wohnung. Aber gerade dieses Beispiel, bei welchem *Birkmeyer* sehr richtig Mittäterschaft annimmt, ist geeignet, jene Zahlentheorie der überwiegenden Bedingung — wenn man etwas anderes darin sehen will, als ein ungenaues und leicht irreführendes Bild — zu widerlegen. Nehmen wir an, daß Piano wiege 250 kg; A und B von denen jeder 100 kg fort-schaffen kann, vermögen es nicht zu transportieren. Jetzt kommt der weit weniger starke C, der nur 50 kg transportieren kann, und nun wird das Piano fortgeschafft. Nach *Birkmeyer* wäre C, da  $A + B = 200$  darstellt, C aber nur 50, C nicht Mittäter. Um vollständig im Sinne *Birkmeyers* zu argumentieren, kann man allerdings den Fall auch folgendermaßen konstruieren.  $A + B$  können zwar das Piano in dem Zimmer selbst, wo es sich befindet, forttransportieren. Um aber den Ausgang an dem Hause zu gewinnen, muß man das Piano über zwei nach oben führende Stufen schaffen. A und B heben das Piano (Tätigkeit des Hebens  $A + B$  gleichstehend 250 kg); durch Mitwirkung des C, der nur 50 kg heben kann, wird das Piano über die Stufen geschafft und der Diebstahl ermöglicht. Nach *Birkmeyer* wäre C auch hier nicht Mittäter, vielmehr nur Gehülfe! Vgl. gegen ein solches Rechnen mit ungleichartigen Mitwirkungen, die man ganz willkürlich durch Zahlen darstellt, *Haupt*, Zeitschr. 15 S. 208, *Löffler* in *Grünhuts* Zeitschr. 18 S. 511 und *Yamakawa* S. 12.

*Haupt*, S. 213, meint die Lösung der Frage dadurch gewonnen zu haben, daß er Ursache (Täterschaft) und Förderung der Verbrechensverwirklichung unterscheidet. Da das, was fördern soll, doch auch mitwirken muß, so kommt dies wieder auf überwiegend und nicht überwiegend hinaus. Wer den Dolch zum Morde beschaffe, meint *Haupt*, leiste ursächliche, wer den Dolch noch schärfer mache, nur förderliche Beihilfe. Vom Standpunkte freier moralischer Würdigung mag das oft zutreffen; nach der Kausalität der Wirklichkeit hat nur der geschärfte Dolch getötet.

<sup>31a)</sup> Wenn drei Personen zusammen 3000 Mark stehlen, so begeht nicht jede einen Diebstahl von nur 1000 Mark, auch dann nicht, wenn sie die Beute so teilen, daß jeder 1000 Mark erhält.

<sup>31b)</sup> Nach *Birkmeyer* setzt der Gehülfe nur eine Bedingung des Erfolges (da Ursache nach *Birkmeyers* Kausaltheorie die überwiegende Bedingung ist, so kann das, was nur Hilfe ist, nie Ursache sein); der Gehülfe soll also verantwortlich gemacht werden für den Erfolg, den er überhaupt nicht verursacht hat,

muß derart sein, daß es gerecht erscheint, ihn wegen des Ganzen zu strafen, obgleich er nur einen Teil verursacht hat.“

*Birkmeyer* schreibt mit anderen Worten dem Gesetze, um seine Theorie zu retten, daß Ursache nur die überwiegende Bedingung sei, die Bestimmung zu: Jemand wird für etwas — d. h. einen Teil eines Ereignisses — verantwortlich gemacht, weil er es verschuldet, aber nicht verursacht hat. Kann man etwas verschulden, was man nicht einmal verursacht hat? Begehe das Strafrecht, indem es einen solchen Satz aufstellte, nicht die denkbar größte Ungerechtigkeit?

§ 311. Aber wenn im abstrakten Sinne überwiegende Bedingungen nicht existieren, und der Vorsatz jedes Teilnehmers auf die Verwirklichung des Tatbestandes des Deliktes gerichtet sein muß — da es doch eine kulpose Teilnahme an einem Verbrechen im juristischen Sinne nicht gibt — wie kann der Vorsatz des Gehülfen vom Vorsatz eines Täters unterschieden werden?

Man hat in verschiedenen Versionen<sup>31c)</sup> gesagt, der Täter oder Urheber handle in eigener, der Gehülfe im Dienste fremder Absicht, der erstere wolle die Tat als eigene, der letztere als die eines anderen.<sup>31d)</sup> Aber jeder Teilnehmer handelt im Grunde in eigener Absicht; niemand kann das eigene Tun als ein fremdes ansehen. Ebenso unrichtig ist es zu sagen, der Täter verfolge eigene, der Gehülfe fremde Interessen oder Zwecke;<sup>31e)</sup> denn jeder verfolgt bei jeder Handlung seine eigenen Zwecke, handelt aus eigenen Motiven, und daran ändert es nichts, daß damit auch den Interessen anderer gedient sein soll, daß etwa die moralische Würdigung der Handlung im letzteren Falle sich modifiziert. Diese Auffassung ist aber auch deshalb unzutreffend, weil es sogar möglich ist, daß jemand — wenn

---

der Mittäter aber für den gesamten Erfolg, obschon er ihn nur zu einem Teile verursacht. So ausdrücklich S. 125.

<sup>31c)</sup> Z. B. auch in der Version, der Beihülfeleistende sei nicht unmittelbar bei dem Verbrechen interessiert. So *Leonhard* 1 S. 239. Aber wie ist mittelbares und unmittelbares Interesse zu unterscheiden? Und könnte nicht jemand, sich schlaue zurückhaltend und deshalb nur eine untergeordnete Hilfe leistend, an der Ausführung der Tat ein viel größeres Interesse haben, als der Täter?

<sup>31d)</sup> Vgl. z. B. *Köstlin*, N. Rev. S. 470, System 1 S. 93; *Langenbeck* S. 181.

<sup>31e)</sup> Vgl. z. B. *Geib* 2 S. 318; *Schwarze*, Kommentar S. 144; *Buri*, Teilnahme S. 5.

überhaupt eigenes und fremdes Interesse bei einer Handlung unterschieden werden soll — als alleinstehender Täter im fremden Interesse ein Verbrechen begeht. Z. B. X macht sich der Untreue lediglich im Interesse des Y schuldig, oder er verleumdet den M, damit nicht dieser, sondern der R eine bestimmte Anstellung erhalte.<sup>31f)</sup> So ist man schließlich<sup>32)</sup> dabei angelangt, zu sagen, der Gehülfe ordne sein Tun dem des Urhebers unter, d. h. er wolle nur Hülfe leisten, mit anderen Worten, es komme nur auf eine nicht weiter zu motivierende formelle Absicht<sup>32a)</sup> oder etwa von dem Handelnden willkürlich angenommene Absicht an.

Eine willkürliche Absicht: „ich will ohne Rücksicht auf das, was ich wirklich tue, Mittäter oder andererseits Gehülfe sein“, kann aber gewiß rationellerweise nicht in Betracht kommen; sollte eine solche rein formelle Absicht entscheiden, so käme das in Wahrheit darauf hinaus, diejenige rechtliche Beurteilung, welche der Teilnehmer seiner Teilnahme angedeihen läßt, und welche bei einem nicht juristisch ausgebildeten Verbrecher in der Regel fehlen wird, auch für den Richter als maßgebend zu behandeln: wer bei Ausübung eines Diebstahls Wache stehen will, denkt in der Regel doch nur an diese äußere, wie er wohl weiß, verbotene Handlung, auch etwa daran, daß das, was er tut, wohl nicht ganz so schlimm sei wie das Einbrechen oder Wegnehmen selbst, aber er sagt sich gewiß nur selten: „ich

<sup>31f)</sup> Diese verschiedenen Auffassungen gehen aber oft bei demselben Autor ineinander über. Sie sind treffend widerlegt von *Hülschner* 1 S. 371 ff. Übrigens hat *Buri* selbst (vgl. Kausalität S. 127) eingeräumt, daß der Gehülfe ein eigenes Interesse an der Herbeiführung des Erfolges haben könne. Gegen *Buri* insbesondere auch *Birkmeyer* S. 37.

<sup>32)</sup> *Glaser* GS. 1864 S. 42 ff. (auch in den ges. kl. Schriften 1 S. 109 ff.), wollte dem Gehülfen nur einen unbestimmten Vorsatz zuschreiben, während bei dem Täter bestimmter Vorsatz erforderlich sei. Der Erfolg, so meinte *Glaser*, sei dem Gehülfen an sich gleichgültig und werde vom Gehülfen nicht bestimmt erwartet. Letzteres ist offenbar unrichtig, und andererseits braucht selbst der Täter den Erfolg nicht bestimmt zu erwarten. (Vgl. oben S. 309.) Gegen *Glaser*, vgl. insbes. *Hülschner* 1 S. 373.

<sup>32a)</sup> So *Buri*, Teilnahme S. 5. Übrigens schillert diese formelle Absicht bei *Buri* in verschiedenen Farben. Es ist die Rede von Unselbständigkeit der Absicht des Gehülfen (GArch. 24 S. 91, Zeitschr. 2 S. 254, 1882), von Unterordnung des Willens der Gehülfen unter den Willen der Täter (GS. 19, 1867, S. 279, 280), und GArch. 17, 1869, S. 236 bezeichnete *Buri* das Wollen der Gehülfen als ein eventuelles. Damit konnte *Buri* auf den richtigen Weg gelangen, wenn die von ihm geteilte gewöhnlich (unrichtige) Auffassung des *Dolus eventualis* nicht hinderlich gewesen wäre. Dieser Auffassung zufolge aber konnte *Geyer*, GArch. 16 S. 596, mit Recht einwenden, auch der Täter könne mit eventuellem Dolus handeln.

will durch Wachestehen nur Beihülfe leisten“ Die Vorstellung, sofern sie auf Beachtung Anspruch machen soll, muß also in dem wirklichen Tun des Teilnehmers und der Bedeutung dieses Tuns für den Erfolg begründet sein; die Absicht kann nur das Spiegelbild der Wirklichkeit sein.

§ 312. Mittels dieser Erwägung gelangt man zu der z. B. von *Berner*<sup>32b)</sup> und *Hälschner* S. 347 vertretenen sog. mittleren Ansicht, welche objektive Tätigkeit und formelle Absicht (gleichmäßig?) bei der Entscheidung, ob Beihülfe oder Täterschaft (Mittäterschaft) berücksichtigen will.<sup>33)</sup> Wie aber, wenn Absicht des Teilnehmers und objektive Möglichkeit disharmonieren? Für solche Fälle versagt die sog. mittlere Theorie, und *Berner* und *Hälschner* lassen es völlig im Unklaren, wie man sich die Anwendung dieser mittleren Theorie denken soll. Denn was soll es heißen, wenn *Berner* sagt, es komme an auf „die von der Absicht durchdrungene Ursächlichkeit, d. h. auf den Charakter der Handlung“, oder wenn *Hälschner* gar Tätigkeit und Handlung unterscheidet und für erstere den objektiven Sachverhalt, für letztere die Absicht als maßgebend ansieht — als wenn, wer wissentlich irgend einen Beitrag zur Ausführung eines Verbrechens, zur Erreichung eines Erfolges leistet, nicht auch von vornherein sich die Wirksamkeit dieses Tuns vorstellte, und als ob andererseits für die Art dieser Wirksamkeit lediglich seine Absicht maßgebend wäre?<sup>34)</sup>

§ 313. Wir kommen also, sofern wir Beihülfe und Urheberchaft oder Mittäterschaft unterscheiden wollen, auf *Birkmeyers* Unterscheidung zurück; jedoch nicht in dem Sinne, daß wir eine Teilkausalität annehmen, vielmehr in dem Sinne *Pufendorfs* einer freien moralischen<sup>34a)</sup> Würdigung des Beitrages, den

<sup>32b)</sup> Lehrb. § 85 (18. Aufl.), früher Teilnahme, hat *Berner* den rein subjektiven Standpunkt vertreten.

<sup>33)</sup> Diese mittlere Theorie ist mit Recht von *v. Buri* (GArch. 12 S. 506ff.) bekämpft worden.

<sup>34)</sup> Treffend *Merkel* S. 144: Ein zurechnungsfähiger Mensch betrachtet im allgemeinen seine Taten und nur diese als die seinigen . . . weil und insoweit als sie die seinigen sind, und es ist kein Grund vorhanden, weshalb das Recht dieses Verhältnis umkehren und betreffende Taten als die Taten eines bestimmten Individuums betrachten sollte, weil dieses und insoweit dieses die Taten als die seinigen ansieht.

<sup>34a)</sup> So schon *Kress* ad CCC. 127 (S. 646 der von mir benutzten Ausgabe Hanoverae 1760). *Finger* 1 S. 355 nimmt die verschiedene soziale Bedeutung der Tätigkeit als Unterscheidungsmerkmal an. Mir scheint aber der Ausdruck

jeder der Teilnehmer zu dem schließlichen Erfolge geleistet hat. Und hier ist das hypothetische Wahrscheinlichkeitsurteil, es wäre im wesentlichen oder unmittelbar nachher doch zu einem gleich zu achtenden Erfolge gekommen, auch wenn A oder B nicht mitgewirkt hätten, und umgekehrt, es wäre nicht dazu gekommen, von Bedeutung, wie dies denn auch der wahre Sinn der alten Unterscheidung des Haupt- und Nebengehülften ist, die abstrakt und rein logisch unhaltbar, doch der Bewertung menschlicher Handlungen im Leben entspricht. Diese recht freie Beurteilung hat aber gleichwohl zwei bestimmte Grenzen, eine nach der objektiven, eine nach der subjektiven Seite.

§ 314. Mit der Handlungsweise eines nur als minderwirkende Kraft zu bewertenden Gehülften ist es absolut unvereinbar, daß er diejenige Tätigkeit vornehme, welche die noch im Werdefluß befindliche Ausführung zu der fertigen Gestalt des vollendeten Verbrechens kristallisieren läßt, daß er, wie man es ausgedrückt hat, die Haupthandlung vornehme, z. B. bei einem von mehreren ausgeführten Morde den tödlichen Stoß ausführe, dem Angegriffenen den Hals zuschneure, bis der Tod eintritt.<sup>34b)</sup> Wer so tätig ist, macht die Bedeutung seiner Tätigkeit vollständig unabhängig von der Tätigkeit anderer; er hat deren Tätigkeit nur als Voraussetzung der Wirksamkeit der seinigen benutzt. Ebenso ist niemand nur Gehülfe, der die Absicht hat, allein und ohne Verständigung mit anderen das Verbrechen ins Werk zu setzen, mag er sie auch — ohne daß sie es wissen — als Mittel für seinen Zweck benutzen. Insoweit schließt die rein formelle Absicht, Urheber sein zu wollen, die Beurteilung des Tuns als Beihilfe aus. Der Fall wird selten vorkommen; seine Konstruktion bietet

„sozial“, seiner gegenwärtigen Allbeliebtheit ungeachtet, doch weniger passend. Außerdem würdigt und charakterisiert *Finger* den Vorsatz einerseits des Gehülften und andererseits des Täters und Mittäters nicht genügend.

<sup>34b)</sup> Vgl. *Wächter*, Vorlesungen § 244; *H. Meyer* § 35 zu Anm. 11. Vgl. (verklausuliert und vielfach unklar, wenngleich wohl schließlich einverstanden) *Hülschner* I S. 377 ff. Die Ausnahmen, welche *Heffter* § 84, *Berner*, Teilnahme S. 215, *Köstlin* I S. 294 machen, obwohl im Hauptpunkte richtig entscheidend, können nicht anerkannt werden. Sie beruhen auf unrichtiger Auffassung des Dolus bei einzelnen Delikten, insbesondere des Dolus beim Diebstahl. Es kann jemand stehlen in der Absicht, sofort mit der Wegnahme der Sache letztere der Verfügungsgewalt eines anderen zu unterwerfen. Vgl. *Bar*, Versuch und Teilnahme S. 67, *H. Meyer* a. a. O.



aber die Unterlage, wie sich zeigen wird, für die Beurteilung des Verhältnisses des sog. mittelbaren Täters.<sup>34c)</sup>

Dagegen ist jemand, der nicht unmittelbar an der Ausführung sich beteiligt, also nur eine Vorbereitungs-handlung vornimmt, wäre sie auch von größter Bedeutung für die Ausführung, ja könnte man sich ohne jene Handlung die Ausführung nicht denken — z. B. der A, der ein erfahrener Chemiker ist, liefert wissentlich dem B ein nicht leicht zu erlangendes Gift, damit B den C vergifte, und zwar ein Gift, dessen Spuren sehr schwer nachweisbar sind, und ohne welches B die Tat nicht wagen würde —, stets nur Gehülfe; denn jene Handlung des A erhält reell wie nach der Absicht des A erst Bedeutung für die Verbrechenstat, wenn B sie zur Ausführung benutzt. Darauf beruht es, wenn die frühere Jurisprudenz so großes Gewicht legte auf die Unterscheidung zwischen der Beihilfe vor und unmittelbar bei der Tat (*Concursus remotus* und *Conc. proximus*) und letztere meist in der Bestrafung der Täterschaft gleichstellte.<sup>35)</sup>

Darauf beruht es auch, daß das StGB. § 47 zur Mit-täterschaft unbedingt Teilnahme an der Ausführung selbst fordert. Die Gerechtigkeit aber verlangt, wenn einmal überhaupt eine verschiedene Würdigung der Mitwirkung ein-treten soll, daß sie dann auch dem bei der Ausführung Mit-wirkenden nicht versagt werde, daß ein seiner Absicht nach und auch tatsächlich nur in untergeordneter Weise Mitwirkender auch nur als Gehülfe gestraft werde. Dies hat die frühere Jurisprudenz häufig übersehen, wenn sie jede Mitwirkung bei der Tat in der Strafbarkeit als *Auxilium proximum* gleich der Täterschaft bestrafte. Der Dolus des Gehülfen ist hier zwar

---

34c) Wenn aber A den X nur festhält, damit B den tödlichen Stoß auf X führen könne, bleibt er immer noch Gehülfe, falls er nicht die Absicht hat, wenn B nicht den Mut fände oder gehindert werden sollte, selbst zuzustoßen oder etwa den X auf andere Weise (z. B. durch Erwürgen) zu töten. A ist aber in diesem Falle Hauptgehülfe im Sinne der früheren (richtigen) Theorie des alten gemeinen Rechts. Nach dem StGB. genügt man dem Gerechtigkeitsgefühl, indem man — eigentlich unrichtigerweise — den A, auch wenn er durchaus nicht gesonnen war, selbst die unmittelbare tödende Tätigkeit vorzunehmen, als Mittäter darstellt.

35) So schon *Baldus ad. lib. 9C. de crimine peculatus L. un. Aretinus Rubr. Dicto maleficio semper assistit* n. 17. Andere zahlreiche Beläge aus der italienischen Jurisprudenz des Mittelalters bei *Heimberger* S. 18—22. Aus späterer Zeit vgl. *Kress ad CCC. 127.*

nicht mehr bedingt, aber wohl noch beschränkt. Daher ist es unrichtig, jede Mitwirkung bei der Ausführung als Mittäterschaft zu betrachten, eine Ansicht, die denn auch nur vereinzelt vertreten<sup>36)</sup> und vom RG. mit Bestimmtheit abgelehnt ist. Unrichtig ist es aber auch, bei der Ausführung nur solche Handlungen noch als Beihilfehandlungen gelten zu lassen, welche, wären sie mit Urheberdolus vorgenommen, nur Vorbereitungshandlungen sein würden; denn es gibt kein absolut und *in abstracto* durchschlagendes Grenzmerkmal zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen.<sup>36a)</sup> Unrichtig ist endlich auch die Meinung, daß bei sog. zusammengesetzten Verbrechen die Vornahme irgend einer der mehreren das zusammengesetzte Verbrechen ausmachenden Handlungen<sup>36b)</sup> den Gehülfen als Mittäter erscheinen lasse. Die Analogie der Abgrenzung des Versuchs gegen die Vorbereitung paßt überhaupt nicht, wenn die Handlung unbestreitbar sich schon im Stadium der Ausführung befindet und darin Mittäter- und Urheberhandlungen unterschieden werden sollen. Der Handelnde ist also nur Gehülfe, wenn er, obschon unmittelbar an der Ausführung teilnehmend, das Maß, was der Gehülfe nach jener freien moralischen Beurteilung leisten darf, nicht überschreitet.

<sup>36)</sup> Von *Fuchs* GArch. 29 S. 174.

<sup>36a)</sup> In diesem Sinne *Finger* 1 S. 355. — Gegen die abstrakte Unterscheidung von Tatbestandshandlungen und Handlungen (eine Unterscheidung, auf welche z. B. auch *Tjaben*, GArch. 42 S. 218ff. bes. S. 224, die Unterscheidung von Beihilfe und Mittäterschaft in einer, wie er glaubt, objektive und subjektive Theorie vereinigen Weise gründet), die dies nicht sind, bei Feststellung der Mittäterschaft, vgl. die treffenden Ausführungen *Buris*, GArch. 12 S. 508 und 24 S. 91: „Wer dem Diebe leuchtet, während er den Schrank ausleert, würde als Urheber des Diebstahls zu bestrafen sein, nicht aber, wenn er unmittelbar zuvor das Licht auf den Tisch gestellt und angezündet hat. — Wer die Aufmerksamkeit eines Marktverkäufers ablenkt, damit ein anderer von dem zum Verkauf ausgestellten Waren etwas stehlen könne, ist Mittäter des Diebstahls.“ So richtig OAG. Dresden 19./10. 74., *Stengleins* Zeitschr. 5 S. 10, *Kohler* 1 S. 94 ff. Wenn A und B dem X so die Brieftasche stehlen, daß A den X im Menschengedrange zur Seite drängt, damit B bequem in die Tasche des X fassen könne, würde A nach der im Text bekämpften Theorie nur Beihilfe leisten, wenn B den Griff in die Tasche des X vornimmt; denn zur Seite drängen gehört nicht zum Tatbestande des Diebstahls. Die Praxis ist den bezeichneten Irrweg öfter gegangen. Vgl. z. B. Urteil des bayerischen K. H. 13./12. 73. *Stengleins* Zeitschr. 3 S. 195 (wegen Mittäterschaft an einer Körperverletzung mehrere Personen nicht zu bestrafen, welche die Tat verabreden und in der Art gemeinschaftlich ausgeführt haben, daß einer die Mißhandlung verübte, die übrigen den Mißhandelten bedrängten).

<sup>36b)</sup> So freilich *Liszt* § 50 III. 1. Die Unrichtigkeit speziell dieser Ansicht scheint evident. Eine sachlich nicht bedeutende und formelle Änderung des Gesetzes über einzelne Verbrechen würde jemanden aus einem Mittäter zum Gehülfen machen und umgekehrt. Wenn das Gesetz z. B., statt manche Diebstahlsfälle als qualifizierte Arten des Diebstahls besonders zu behandeln, den Richter

§ 315. Es verstößt aber andererseits auch gegen das Prinzip der Bestrafung nach freier moralischer Würdigung der Wirksamkeit der Teilnehmer, eine schwer wiegende Mitwirkung vor der Ausführung lediglich dieses Zeitmomentes wegen geringer als die Täterschaft zu strafen.

Daher war die frühere Jurisprudenz im Rechte, wenn sie den, der *Auxilium causam dans* leistete (den Hauptgehilfen), ebenso strafte wie den Täter. Der Eigenschaft der Handlung als Beihilfe wurde dadurch Rechnung getragen, daß sie erst mit der Tat des Täters strafbar wurde, ohne diese straflos blieb.

Unser StGB. fehlt also hierin durch zu große Milde gegenüber dem Gehilfen in manchen Fällen. Wer zum Verbrechen gehetzt, ohne geradezu angestiftet zu haben,<sup>36c)</sup> und daneben noch dem Täter das Gift, den Sprengstoff, die Waffe geliefert und die erforderliche Gelegenheit zur Ausführung verschafft hat, kann mit der milderen Strafe des Gehilfen abkommen, wenn er fürsorglich von der unmittelbaren Ausführung sich fern gehalten hat. Die frühere noch im italienischen Art. 64 (Schluß) beibehaltene wie in das belgische (Art. 66 Abs. 3) (im Gegensatz zu dem früher in Belgien geltenden französischen Rechte) wieder eingeführte Unterscheidung des Hauptgehilfen, den die volle Strafe des Täters trifft, und andererseits des einfachen Gehilfen, die damit übereinstimmende Unterscheidung des preußischen Gesetzbuches von wesentlicher und unwesentlicher Teilnahme entspricht also der Gerechtigkeit.

Ist aber zu nächst die objektive Bedeutung der entfalteten Mitwirkung für die Entscheidung, ob Beihilfe oder Mittäterschaft, maßgebend, so ist doch die Absicht des Teilnehmers keineswegs bedeutungslos.<sup>36d)</sup> Wenn bestimmt erkennbar, muß die Absicht, die Ausführung nötigenfalls (d. h. wenn

anweisen würde, in den Fällen, in welchen der Dieb besondere Schwierigkeiten zu überwinden hatte, die Strafe zu erhöhen, so wäre sachlich nichts geändert, aber wer den Geldschrank erbrochen hätte, ohne selbst das Geld zu nehmen, wäre aus einem Mittäter Gehilfe geworden.

<sup>36c)</sup> Vgl. in dieser Beziehung den von *Henke* 1 S. 288 (§ 45) treffend konstruierten Fall. *Henke* möchte daher eine vollkommene und andererseits eine unvollkommene Teilnahme unterscheiden und erstere mit der vollen Strafe des Täters belegen.

<sup>36d)</sup> In diesem Sinne annähernd *Frank* § 47 II; es fehlt aber ebenso wie bei *Liszt* § 50 III. 2 an einer genügenden Charakterisierung des Vorsatzes des Gehilfen, wengleich die auf *A. Horns* Ausführungen GS. 54 S. 321 ff. sich stützende Bemerkung, psychisch vermittelte Kausalität gehöre nicht der Täterschaft, sondern der Beihilfe an, auf die richtige Lösung hindeutet.

nicht ein anderer rechtzeitig diese Tätigkeit auf sich nimmt) bis zur Vollendung zu übernehmen, auch die geringfügigste Mitwirkung bei der Ausführung zur Mittäterschaft erheben, während freilich eine umfassende oder tatsächlich schwerwiegende Mitwirkung nicht dadurch zur Beihilfe herabgesetzt wird, daß der Teilnehmer sich vornimmt oder richtiger sich einbildet, nur Gehülfe zu sein oder geblieben zu sein.

Es ist also zutreffend weder die sog. objektive noch die subjektive Theorie; aber ebensowenig ist es eine unklare Kombination beider Theorien in dem Sinne, daß eine sog. formelle Absicht (richtiger subjektive Beurteilung der Absicht) und daneben eine gewisse Berücksichtigung der objektiven Bedeutung oder der Zugehörigkeit der Handlung zum eigentlichen Tatbestande des Deliktes entscheide. Vielmehr verhält es sich so: der Gehülfe will das Verbrechen nur, falls ein anderer die Vollendung übernimmt; der Anstifter will das Verbrechen nur, falls ein anderer (der Angestiftete) die gesamte Tatausführung übernimmt. Wird dieser andere in dem einen wie in dem anderen Falle nicht gefunden, so ist ein wirklicher Wille zur Begehung des Verbrechens nicht vorhanden. Dagegen macht die Absicht, eventuell materiell zu tun, was des Täters ist, bei Teilnahme an der Ausführung stets zum Mittäter; die Absicht, Gehülfe zu bleiben, kommt andererseits nicht in Betracht, wenn die objektive Tätigkeit evident die eines Täters ist; die Absicht aber ist, wenn nicht aus vorheriger Verabredung der Teilnehmer, vorwiegend aus der Art und Weise der Tätigkeit (ihrer Bedeutung für die Vollendung nach der Vorstellung des Teilnehmers) zu erschließen. Will dagegen der bei der Ausführung Mitwirkende in keinem Falle diejenige Tätigkeit übernehmen, welche die Vollendung des Delikts bedeutet, macht er also die strafrechtliche Bedeutung der eigenen Tätigkeit von der eines Täters abhängig, hat er den erforderlichen Dolus nur für den Fall des Eintritts der Tätigkeit dieses anderen, hat er mit anderen Worten insoweit nur einen eventuellen Dolus, so bleibt er, obschon mitausführend so lange Gehülfe, als er nicht eine diesem nur eventuellen Dolus widersprechende Tätigkeit vornimmt.<sup>36c)</sup> Kann der bei der Ausführung Mit-

<sup>36c)</sup> *Glaser* (vgl. oben Anm. 31) war also auf dem richtigen Wege, wenn er den Dolus des Gehülfen als einen eventuellen bezeichnete und bemerkenswert

wirkende jene die Vollendung bezeichnende Tätigkeit nicht ausführen, so kann er auch nie Mittäter sein; so kann eine Frau nie Mittäterin bei einer Notzucht sein, sollte sie auch Gewalt gegen die Vergewaltigte anwenden. Die entgegengesetzte, freilich von *Liszt* z. B. (§ 50. III. 1) vertretene Ansicht gründet sich rein dialektisch darauf, daß die Gewaltanwendung ein Teil der Tatbestandshandlung der Notzucht sei, wird aber einer natürlichen Anschauung schwerlich entsprechen und ist m. E. nur ein Notbehelf,<sup>36f)</sup> da allerdigs der Gehülfe — hier die helfende Frau — als Gehülfe in gleichem Maße strafbar erscheinen kann wie der Täter, diese gleiche Strafbarkeit aber bei uns deshalb für den Gehülfen nicht zu erreichen ist, weil wir den Hauptgehülfen als einen in der Strafbarkeit dem Täter gleichstehenden Gehülfen nach unserem StGB. nicht mehr von dem einfachen Gehülfen unterscheiden können. (Übrigens könnte die helfende Frau zugleich Anstifterin sein.)

§ 316. Worin aber unterscheidet sich positiv die Absicht, Beihülfe zu leisten, von der Absicht, Täter oder Mittäter zu sein? Diese Frage ist erforderlich deshalb, weil, wie bemerkt, gewöhnlich der Handelnde nicht unter Anwendung von

---

ist, daß *Buri* verschiedentlich den Dolus des Gehülfen ebenfalls als einen *Dolus eventualis* charakterisiert (GS. 1867 S. 279, 280, GArch. 19 S. 236, Zeitschr. 1 S. 253, 254). Es ist aber von *Buri* diese Auffassung nicht scharf genug durchgeführt und zugleich, was wichtig ist, von *Buri* nicht beachtet, daß die wirkliche Tätigkeit der Auffassung des Willens als eines nur eventuellen widerstreiten kann.

<sup>36f)</sup> Diese Auffassung des Dolus des Gehülfen, welche übrigens in eidenter Weise vorliegt, wenn die Tätigkeit des Gehülfen eine der Ausführung vorhergehende ist, steht nicht im Widerspruch mit meinen (S. 322 ff.) gegebenen gegen die Annahme eines *Dolus eventualis* gerichteten Ausführungen. Der *Dolus eventualis*, den ich bekämpfe, soll abhängig sein von dem eigenen Tun desjenigen, dem der Dolus zugeschrieben wird; während der Dolus des Gehülfen als abhängig bezeichnet wird von der freien und zielbewußten Tätigkeit eines anderen. *Buri* gegenüber, welcher ein Anhänger der gewöhnlichen Theorie des *Dolus eventualis* ist, nicht aber meinen Ausführungen gegenüber, ist also der Einwand *Geyers* (GArch. 16 S. 596) zutreffend, daß auch der Urheber oder Täter mit *Dolus eventualis* handeln könne, also der *Dolus eventualis* ein Unterscheidungsmerkmal für den Gehülfen nicht sei. Ich kann meiner Ansicht nach nicht mit dem eventuellen Dolus der Körperverletzung einen Hund zum Scherz auf einen Menschen hetzen (wenn ich z. B. diesen Scherz mit dem gutartigen Tiere schon oft, ohne Schaden zu verursachen, ausgeführt habe). Es liegt aber wirklicher eventueller Dolus vor, wenn ich mein Gewehr dem A leibe, damit dieser, wenn er will, den Hund des X totschieße, der meine Nachtruhe stört. Das Faktum der Hingabe des Gewehres und der darauf gerichtete Wille sind unbedingt, können nicht bedingt sein; aber die strafrechtliche Bedeutung dieser Hingabe ist durch meinen Willen von Willen und Handlung des A abhängig gemacht.

juristischen Kategorien von Urheberschaft und Beihilfe, vielmehr unter Anwendung von Vorstellungen des gewöhnlichen Lebens denkt; sie kann nur dahin beantwortet werden, daß, während der Täter oder Mittäter direkt auf das Ziel Absicht und Tätigkeit richtet, der Gehülfe die Erreichung des Zieles von dem Willen des Täters dieses Ziel zu erreichen, abhängig macht. Diese Abhängigkeit der Absicht aber gibt derjenige notwendig auf, der selbst die Haupthandlung, d. h. diejenige Handlung vornimmt, durch welche das Verbrechen vollendet wird.<sup>36g)</sup>

Verkennt man Charakter des Vorsatzes des Gehülfen, der die Bedeutung der eigenen Handlung von der eventuellen Vornahme der Handlung eines anderen abhängig macht,<sup>36h)</sup> so wird man unwillkürlich dahin gedrängt, eine jede Mitwirkung bei der Ausführung als Mittäterschaft zu behandeln,<sup>37)</sup> und dies ist um so bedenklicher, weil es in vielen Fällen äußerst zweifelhaft ist, ob eine Tätigkeit Mitwirkung bei der Ausführung ist, z. B.

<sup>36g)</sup> Wer bei einem Morde Gehülfe sein wollte, aber schließlich in bewußter Weise den tödenden Stoß führt, hört auf Gehülfe zu sein und wird zum Täter. Bemerkenswert bestimmte der *Codex Juris Bavar.* (1752) XII. § 7: „Wer in ipso acto delicti mit fürgesetztem oder vereinigttem Willen und Mut Hülfe und Beistand leistet, wird für einen Haupt-Delinquenten mitgehalten, einfolglich mit der Ordinarstrafe angesehen, es mag gleich der Wille *per Verba* oder *Facta* zu erkennen gegeben sein.“ Der im Texte hervorgehobene Satz hat eine eigentlich nur scheinbare Ausnahme zu erleiden, wenn die Vollendung eine besondere Absicht erfordert welche demjenigen fehlt, der die freilich letzte physisch wirksame Handlung vornimmt. Darauf beruht es, daß RG. II. 10./6. 84 Rs. 6 S. 416 bei dem Diebstahl eines Hundes nicht denjenigen, der den Hund von der Kette löste, als Täter betrachtete, sondern den früheren Eigentümer, der sodann den Hund an sich lockte. Dem ersteren fehlte die Aneignungsabsicht; also war das Lösen des Hundes noch nicht Aneignung, die zur Vollendung des Diebstahls erforderlich ist, und die Aneignung erfolgte in diesem Falle nicht schon durch das Lösen der Kette, sondern durch eine spätere besondere Handlung, das Anlocken. Dies war juristisch die wichtigste, entscheidende Handlung. Etwas abweichend erklärt die Entscheidung *Olshausen* § 49, Anm. 16.

<sup>36h)</sup> In Entscheidungen des RG. findet sich statt dessen vielfach das Erfordernis einer auf gemeinschaftliche Ausführung gerichteten Willenseinigung, möge dieselbe vorher oder bei der Ausführung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt sein. Vgl. z. B. III. 9./10. 80 Rs. 2 S. 308, III. 11./1. 83 E. 8 Nr. 14 bes. S. 43 und andere von *Birkmeyer* S. 248, 249 zusammengestellte Urteile, welche zum Teil auch von dem Erfordernis eines gemeinschaftlichen Dolus reden, wie IV. 7./5. 86 E. 14 Nr. 31 bes. S. 120. Dies ist unklare Tautologie. Wer, sei es als Gehülfe, sei es als Mittäter an einem Verbrechen teilnehmen will, muß das, was die anderen tun, auch seiner Tätigkeit hinzurechnen. Teilnehmer handeln immer mit gemeinschaftlichem Einverständnis, gemeinschaftlichem Dolus. Täter und Gehülfe sind danach also nicht unterscheidbar. Mir scheint das Erfordernis nur ein Verlegenheitsmittel, um nach einem unbestimmten Gefühl in manchen Fällen zu große Strenge zu vermeiden.

<sup>37)</sup> So RG. III. 2./5. 80 E. 2 Nr. 61 bes. S. 163.

Wachestehen,<sup>37a)</sup> Fernhalten von Personen, welche die Ausführung stören könnten,<sup>38)</sup> Signalgeben usw. Man gelangt dann beinahe zu denselben Ergebnissen, welche dem gesetzlichen Texte des italienischen Gesetzbuches Art. 63 Abs. 1 entsprechen, der ohne weitere Voraussetzung jeden, der unmittelbar an der Ausführung einer Straftat mithilft,<sup>38a)</sup> der vollen Strafe des Täters unterwirft, eine Bestimmung, die bei den Beratungen über die Entwürfe des Gesetzbuches von dem berühmten italienischen Juristen und Minister *Mancini* als der Gerechtigkeit angemessen nicht erachtet wurde.

§ 317. Den vorstehend gegebenen Ausführungen<sup>39)</sup> würden folgende gesetzliche Bestimmungen entsprechen.

1.) Von der Strafe des Täters (oder von der Strafe, welche das Gesetz für die einzelnen Straftaten, bzw. für den Versuch derselben bestimmt) wird getroffen:

als Mittäter, wer mit dem Vorsatze, eintretendenfalles<sup>39a)</sup> diejenige Tätigkeit selbst vorzunehmen, welche die strafbare Handlung zur Vollendung bringt, an der Ausführung der strafbaren Handlung sich beteiligt,<sup>40)</sup> aber auch derjenige, welcher in der Absicht, dem Täter Beistand zu leisten, eine Tätigkeit vornimmt, ohne deren Mitwirkung die strafbare Handlung<sup>41)</sup> voraussichtlich nicht begangen sein würde.

2.) Von einer die Strafe des Täters nicht erreichenden und nach richterlichem Ermessen äußersten Falles bis zu einem Vierteile derselben herabzusetzenden Strafe wird getroffen, wer außer den unter 1 bezeichneten Fällen

<sup>37a)</sup> Darüber geht fast noch hinaus RG. III. 7./1. 95 E. 26 Nr. 135 bes. S. 352, 353: auch durch bloße Gegenwart am Orte der Tat könne jemand zur Mittäter werden, indem er den verbrecherischen Willen der ausführenden Personen kräftige. Anders meiner Ansicht nach RG. III. 9./3. 96 E. 28 Nr. 97 S. 304.

<sup>38)</sup> Jeder, der *esecutori* und *cooperatori*, wird von der Strafe des begangenen Verbrechens getroffen.

<sup>38a)</sup> Z. B. Weglocken der zu bestehenden Person RG. III. 3./5. 86 Rs. 8 S. 337.

<sup>39)</sup> *Crivellari* 4 S. 105 ff.

<sup>39a)</sup> Z. B. wenn ein anderer dem nach dieser Bestimmung zu Bestrafenden nicht zuvorkommen würde.

<sup>40)</sup> Die Strafbestimmung paßt so auch auf den noch zu erörternden Fall, daß der Täter zurechnungsunfähig ist, und deshalb von ihm das Delikt im juristischen Sinne nicht begangen werden kann.

<sup>41)</sup> Die Handlung könnte auch im Stadium des Versuchs verbleiben. Dabei ist hier nicht von Vollendung zu reden.

einem anderen bei der von demselben begangenen, vom Gesetze nicht nur mit Übertretungsstrafe bedrohten Handlung mit Rat oder Tat vorsätzlich Hülfe geleistet hat.

Unter den neusten Gesetzgebungsarbeiten hat der österreichische Entwurf von 1893 § 53 keine Bestimmung über Mittäterschaft, welche in Wahrheit, wenn sie nicht mehr als § 47 des deutschen StGB. besagt, überflüssig ist. Dagegen ist der Begriff der Beihilfe anscheinend genauer und umfassender, in Wirklichkeit aber schlechter definiert als im StGB., ein Punkt auf den wir noch zurückkommen werden. Daß die Strafe des Gehülfen die volle Strafe des Täters (unter übrigens gleichen Umständen) nicht erreichen dürfe, ist nicht gesagt, vielmehr bestimmt § 54 nur: „Die Strafe des Anstifters und des Gehülfen richtet sich nach jenem Gesetze, welches auf die Handlung Anwendung findet, an welcher sie wissentlich teilgenommen haben.“ Es ist nicht vorgeschrieben, daß die Beihilfe in jedem Falle unter obigen gleichen Umständen unter der für den Täter anzusetzenden Strafe sich zu halten habe.

Dagegen kann nach dem norwegischen StGB. § 58 die Strafe auch unter dem für den Täter geltenden Strafminimum für einen Teilnehmer (für einen Mitwirkenden) festgesetzt werden, wenn die Mitwirkung entweder im wesentlichen durch Abhängigkeit (des Schuldigen) von einem anderen der Beteiligten veranlaßt<sup>41a)</sup> oder im Verhältnis zu der anderer von geringer Bedeutung gewesen ist.<sup>42)</sup>

<sup>41a)</sup> Es ist nicht erforderlich, diesen Fall besonders hervorzuheben, wenn Beihilfe, abgesehen von dem Falle des Hauptgehülfen, allgemein milder bestraft wird, und der Strafrahmen nach unten hin weit genug reicht. Das norwegische StGB. enthält, wie die Motive (S. 165 der deutschen Übersetzung von *Bittl*) sagen, deshalb keine Bestimmungen über die Strafbarkeit derjenigen, die nicht unmittelbar selbst die Rechtsverletzung ausführen, weil es Erfahrungstatsache sei, von der bisher noch keine Ausnahme nachgewiesen worden, daß die aufgestellten Regeln an vielen handgreiflichen und bedenklichen Fehlern leiden. Es scheint mir aber, daß die Verfasser des Gesetzbuches und der Motive nicht tief genug in die Materie eingedrungen sind, da sie selbst mit unzweifelhaft unrichtig entschiedenen Beispielen operieren. Z. B. wird gegen die Theorie des akzessorischen Charakters der Anstiftung bemerkt, niemand könne, der selbst das Verbrechen nicht begehen könne, das fragliche Verbrechen dadurch begehen, daß er einen Zurechnungsunfähigen dazu verleite. Nur der Ehemann kann nicht Notzucht an der eigenen Ehefrau begehen. Sollte er straflos sein, wenn er aus Bosheit einen Wahnsinnigen auf seine Frau hetzte (etwa weil diese sich der ehelichen Pflicht hartnäckig entzieht)? — Wir werden dergleichen Fälle unten erörtern.

<sup>42)</sup> Vgl. über die die Teilnahme betreffenden Bestimmungen das russische StGB. *Gretener*, GS. 67 S. 71ff. Das GB. hat übrigens noch einen Zusatz,



Der schweizerische Vorentwurf von 1903 Art. 22 Abs. 2 gibt, ohne die Beihilfe zu definieren („Wer dem Täter vorsätzlich Hilfe geleistet hat“) für dieselbe nur ein zum richterlichen Ermessen stehendes Milderungsrecht.

Das russische StGB. Art. 51 bestraft prinzipiell alle Personen, welche an der Ausführung des Verbrechens teilgenommen haben gleich, gestattet aber Strafmilderung für diejenigen Teilnehmer, deren Mitwirkung (*assistance* nach der französischen Übersetzung) von geringer Bedeutung gewesen ist.

Da diese Gesetzbücher die Strafmilderung für diejenigen, deren Mitwirkung bei der Ausführung des Verbrechens von geringer Bedeutung gewesen ist, statt sie zu einer obligatorischen zu machen, vielmehr vom richterlichen Ermessen abhängen lassen, verwischen sie praktisch den Unterschied von Täter und Gehülfen. Der dem Richter gegebene Fingerzeig, die Strafmilderung an die verhältnismäßig geringe Bedeutung der Mitwirkung zu knüpfen, ist genau betrachtet kaum von Erheblichkeit. So lange wir nicht vollständig die Gesinnungsstrafe haben, wird der Schaden, den der Verbrecher wirklich angerichtet hat, bei Bestimmung der Strafe immer ins Gewicht fallen. Es ist also selbstverständlich, daß der Richter, wenn ihm ein Strafmilderungsrecht gegeben wird, die objektive Bedeutung der Mitwirkung der einzelnen Teilnehmer ins Auge fassen wird. Fraglich kann nur erscheinen, ob, wenn noch andere mildernde Umstände im einzelnen Falle vorhanden sind, eine doppelte Strafmilderung stattfinden solle. Bejaht man dies, so ist allerdings noch ein Unterschied bemerkbar gegenüber dem Prinzip völliger Gleichstellung aller Teilnehmer in einem Gesetzbuche, welches dem Richter gestattet, in jedem Falle aus irgend welchem Grunde dem Angeklagten mildernde Umstände zuzuerkennen.

Das englisch-nordamerikanische Recht kann kaum in Wirklichkeit für das Prinzip der gleichen Bestrafung aller Teilnehmer<sup>42a)</sup> angeführt werden. Freilich ist diese gleiche Bestrafung dem Buchstaben nach Prinzip. Aber die Gesetze, welche

dessen Sinn mir nicht völlig klar ist. Er lautet in der französischen Übersetzung: *«Ne sera puni parmi les complices d'un dilt que celui qui l'aura directement commis ou qui aura participé à sa perpétration; l'instigateur et le complice par assistance ne seront punis que dans les cas spécialement indiqués par la loi.»*

<sup>42a)</sup> Nur nicht der Accessories after the fact, der Begünstiger. Vgl. die

zahlreiche einzelne Delikte bestrafen, pflegen besondere Bestimmungen über die Teilnehmer zu enthalten, und wengleich prozessuale Rücksichten bei der Unterscheidung der einzelnen Arten der Teilnahme in Betracht kommen, so hat die stattfindende genaue Unterscheidung der einzelnen Arten der Teilnahme doch bei den meistens sehr weiten Strafraumen Einfluß auf die Bestimmung der Strafe, so daß schließlich das Ergebnis nicht allzu verschieden sein dürfte von dem der deutschen Praxis.

Die französische Praxis endlich bemüht sich, wie *Hélie* (I. n. 303) bemerkt, gegen die in der Gleichstellung aller Teilnehmer liegende »*injustice*« anzukämpfen; sie nimmt an, daß nur die Straftat, nicht das Strafmaß gleich sein müsse, und beseitigen auf Grund gesetzlicher Bestimmungen läßt sich solche Praxis nicht, da aus der gleichen Bestrafung *in abstracto*, keineswegs mit Rücksicht auf persönliche Umstände die gleiche Bestrafung *in concreto* folgt.

§ 318. Es ist zu erwarten, daß das Prinzip der Gleichstellung aller Teilnehmer gemildert durch die in das Ermessen der Richter oder Geschworenen gestellte Zuerkennung mildernder Umstände bei der Abfassung eines neuen deutschen Gesetzbuches zahlreiche Verteidiger finden wird. Entspricht es doch den von der deutschen Gruppe der Internationalen kriminalistischen Vereinigung bereits gefaßten Beschlüssen<sup>42b)</sup> und der auch sonst hervortretenden Tendenz,

Zusammenstellung *Stephen*, Handbuch des englischen Strafrechts und Strafverfahrens übersetzt von *Mühry* (1843) S. 21 ff.

<sup>42b)</sup> Nach dem Referate und den Vorschlägen *Harburgers* (und den früheren Leitsätzen *H. Seufferts*, Mitteilungen d. Intern. krim. Ver. 11 S. 512 ff. u. S. 544, vgl. 8 S. 199).

„1. Wenn zur Verübung einer strafbaren Handlung mehrere Personen vorsätzlich zusammenwirken, so trifft die auf die Handlung angedrohte Strafe jeden Teilnehmer (Täter, Mittäter, Anstifter, Gehülfen).

2. Die Gerichte sind jedoch zu ermächtigen, die Strafe derjenigen Teilnehmer, deren Schuld sich als eine geringere herausstellt, in einem gesetzlich zu bestimmenden Maße herabzusetzen.“

Die Beschlüsse hätten, unbeschadet ihres Inhalts, noch einfacher gefaßt werden können. Die Beschränkung der fakultativen Strafmilderung auf Teilnehmer, „deren Schuld sich als eine geringere herausstellt“, ist überflüssig, weil man Strafmilderung selbstverständlich nur bei geringerer Schuld des Einzelnen anwenden wird. Man könnte also Nr. 2 fortlassen und der Nr. 1 am Schlusse den Zusatz geben: „vorbehaltlich der Ermächtigung des Gerichtes“ usw.

Die Ausführungen *Harburgers* sind übrigens insofern treffend, als die Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihilfe nach dem gegenwärtig geltenden Rechte häufig das Rechtsgefühl verletzt, da dies einen in gleicher Weise wie den Täter zu bestrafenden Hauptgehülfen nicht kennt.

festen und hergebrachten Begriffen durch die Herrschaft eines möglichst unumschränkten richterlichen Ermessens zu ersetzen. Selbstverständlich ist seine Anwendung einfacher als die oft schwierige Feststellung, ob Täterschaft (Mittäterschaft) oder nur Beihilfe im einzelnen Fall vorliege, eine Feststellung, die man als Formalismus bezeichnet.

Indes gegen diesen allerdings bequemen Ausweg<sup>42c)</sup> sind dieselben Einwendungen zu erheben, wie gegen die analoge Gleichstellung der Strafbarkeit von Versuch und Vollendung. Die Kategorien von Anstiftung, Täterschaft (Mittäterschaft) und Beihilfe zwingen doch zu weit genauerer Untersuchung über die Schuld, und allmählich ergibt sich von selbst ein Niederschlag fester Sätze und mindestens leitender Gesichtspunkte, während bei jenem anderen System die augenblickliche Intuition, die nach der Individualität der Richter und Geschworenen eine sehr verschiedene, schwankende sein wird, allein entscheidet. Schon *Beccaria* und *Rossi* (3 S. 18 ff.) haben sich gegen die gleiche Bestrafung aller Teilnehmer erklärt, die ältere französische Jurisprudenz hat, obwohl gesetzlich dieser Grundsatz sanktioniert war, dagegen möglichst opponiert, und in Belgien ist man, wie bemerkt<sup>42d)</sup> davon wieder zurückgekommen und bezeichnet die Rückkehr zu den alten gemeinrechtlichen Grundsätzen als einen Fortschritt. In Italien hat man nicht daran gedacht, diese Grundsätze aufzugeben. Die neuesten abweichenden Gesetzgebungen haben aber praktisch sich noch nicht bewährt.

Dies alles spricht gegen die Annahme des französischen Prinzips.

*Liszt* § 42 I. 2 macht freilich geltend, in der neuesten deutschen Gesetzgebung mache bereits die Hinneigung zur Beseitigung der Unterschiede zwischen Teilnahme und Täterschaft sich bemerklich. Nach dem Gesetz vom 28./7. 95 gegen den Sklavenraub, §§ 1, 2, werde jede Mitwirkung an einem auf Sklavenraub gerichteten Unternehmen in gleicher Weise und jede Mitwirkung an der Betreibung des Sklavenhandels ebenso wie

<sup>42c)</sup> Vgl. dagegen *Köhler*, Reformfragen des Strafrechts (1903) S. 52, 53; dessen Vorschläge freilich zu wenig motiviert und jedenfalls ungenügend formuliert sind und daher von *Heimberger* (Mitteilungen d. Int. krim. Ver. 11 S. 537) als weitere Komplikation des ohnehin schon verwickelten Standes der Dinge bezeichnet wurden.

<sup>42d)</sup> Vgl. *Fanacques belges*, v. *Coauteur* n. 2.

das eigene Betreiben des Sklavenhandels bestraft. Ebenso bestraft das Auswanderungsgesetz vom 9./6. 97, §§ 45, 48 Täter und mitwirkende, bzw. befördernde Personen gleichmäßig.

Besonders wichtig aber sei es, daß das BGB. § 830 Täter und Teilnehmer einander völlig gleichstelle.<sup>43)</sup>

Aber in den von den ersten Gesetzesbestimmungen getroffenen Fällen ist es tatsächlich meist schwer festzustellen, wer selbständig, und wer nur als Gehülfe gehandelt hat. Aus solchen exzeptionellen Vorschriften läßt sich daher auf einen allgemeineren Zug der Gesetzgebung nicht schließen. Jene Gesetze sind außerdem, soviel die darin vorkommenden Strafbestimmungen betrifft, Gelegenheitsgesetze, bei denen sog. Durchgriffe und Härten leicht unterlaufen.

Die Bestimmung des BGB. § 830 endlich ist hier ohne jede Bedeutung. Es ist billig, den Beschädigten, den man möglichst gegen rechtswidrige Eingriffe in seine Rechtssphäre sicherstellen muß, mit der für ihn mißlichen Untersuchung zu verschonen, wer von mehreren schuldigen Personen der Hauptschuldige sei. Nicht darf man ihn zu einer Teilung seines Anspruches auf Schadenersatz zwingen nach einem Maßstabe, der, weil er auch vom richterlichen Ermessen abhängt, im einzelnen Falle im voraus gar nicht einmal zu ermitteln wäre. Vom Zivilrecht auf das Strafrecht ist hier ein Schluß unzulässig.

Soll übrigens das richtige Prinzip der Unterscheidung der verschiedenen Arten der Teilnahme beibehalten werden, so ist erforderlich, wie auch in unserem gegenwärtig geltenden StGB. geschehen, obligatorisch zu bestimmen, daß die Strafe der Beihülfe die Strafe des Täters nicht erreichen dürfe, nicht aber das „ob“ der Herabsetzung dem richterlichen Ermessen zu überlassen. Was mit der einen Bestimmung geschaffen ist, würde man sonst durch die andere aufheben.

43) Noch weniger beweisend sind exzeptionelle Bestimmungen über gleiche Bestrafung von Teilnehmern, wie sie in StGB. §§ 143, 354, 203, 219 vorkommen. Es gibt Delikte, bei denen der Täter entschuldbarer erscheint, als der Beihülfe Leistende, weil bei ersterem ein menschlich weit mehr begreiflicher Anreiz wirkt, als bei dem Beihülfe Leistenden; ist doch die einfache Unzucht überhaupt nicht strafbar, während die Beihülfe dazu unter gewissen Voraussetzungen als Kuppelei bestraft wird. Und bei manchen Amtdelikten kann es sogar gleichgültig erscheinen, ob der Beamte sie selbst vornimmt oder sie wissentlich durch einen Untergebenen geschehen läßt, sie wissentlich nicht hindert. Vgl. StGB. § 357.

Im übrigen kann auf das über die Bestrafung des Versuchs gesagte verwiesen werden. Auch bei der Beihilfe sind wegen ihrer unendlichen Vielgestaltigkeit abstrakt bestimmte Strafzüge nicht am Platze. Im Falle der Beihilfe zu einem nur verursachten Delikte muß, wie auch nach dem StGB. unzweifelhaft zu geschehen hat, eine doppelte Strafreduktion stattfinden: 43<sup>a</sup>) zuerst die Strafe des Versuchs für Täterschaft und danach die für Beihilfe am Versuch festgestellt werden. Selbstverständlich kann, der *in abstracto* stattfindenden Strafherabsetzung ungeachtet, die Strafe des Beihilfe Leistenden im konkreten Falle doch höher bestimmt werden, als die Strafe des Täters oder eines Mittäters z. B. wegen Rückfalles oder aus anderen für die Person des Gehülften in Betracht kommenden Gründen. Handelt es sich um eine von einer jugendlichen Person geleistete Beihilfe, so wird zunächst Strafmaximum und Strafminimum für den gleichen Fall einer nicht jugendlichen Person und danach die Strafe nach StGB. 57 zu bestimmen sein. 43<sup>b</sup>)

Nebenstrafen<sup>44</sup>) sind gegen den Gehülften ebenso zu erkennen, wie gegen den Täter,<sup>45</sup>) es wäre denn, daß die Zulässigkeit der Nebenstrafe von der *in concreto* erkannten Höhe der Hauptstrafe abhinge und diese Höhe nicht erreicht würde.

## Anstiftung. 46)

§ 319. Es ist oben dargelegt worden, daß nach Maßgabe der geschichtlichen Entwicklung und rationell betrachtet die Anstiftung als akzessorische Teilnahme an der Tat des Täters (bzw. der Täter) aufzufassen sei. Dieser Auffassung folgt unzweifelhaft das StGB. § 48. Dafür spricht nicht nur der Wortlaut des Gesetzes, welchem zufolge eine Anstiftung im

43<sup>a</sup>) RG. I. 25./10. E. 2 Nr. 160 S. 383.

43<sup>b</sup>) So auch *H. Meyer* § 59 Anm. 17 *Liszt* § 70 zu Anm. 4.

44) Vgl. die in Anm. zitierten Urte. u. RG. I. 8./4. 95 E. 27 Nr. 59 bes. S. 160. *Oppenhoff-Delius* § 49 Anm. 18.

45) RG. III. 5./5. 83 E. 8 Nr. 80 S. 280. Wenn gegen den Täter Todesstrafe erkannt werden müßte, gegen den Gehülften Zuchthausstrafe, so kann mit letzterer Strafe die Zulässigkeit von Polizeiaufsicht verbunden werden. — *Olshausen* § 49 Anm. 47; *Frank* § 49 III, 2.

46) *Binding*, Grundriß 1 (7. Aufl.) S. 155, bezeichnet den Ausdruck „Anstifter“ für „denjenigen, der der Bestimmbarkeit eines Handlungsfähigen zur Ausführung eines Verbrechens als Mittels zur Verwirklichung des eigenen Täterentschlusses sich bedient hat“, als doppelt falsch. *Binding* will nur einen mittelbaren

strafrechtlichen Sinne nur vorhanden sein soll, wenn ein Verbrechen — unter einem solchen ist allerdings auch ein versuchtes zu verstehen — von einem anderen (dem Täter) begangen ist, sondern auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Schon das preuß. StGB. faßte die Anstiftung als Teilnahme am Verbrechen des Täters auf; im Entwurfe des StGB. wurden aber, wie die Motive erklären, die Worte „der von demselben begangenen Handlung“ eingeschaltet, um dadurch der Annahme einer strafbaren, erfolglosen Anstiftung entgegenzutreten.<sup>47)</sup>

Mit dieser Auffassung ist es aber sehr wohl — was allerdings mehrfach bestritten wird<sup>47a)</sup> — vereinbar, einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Handlung des Anstifters und der Handlung des Täters anzunehmen, ohne in widersinnige Konsequenzen zu geraten. Der Kausalzusammenhang wird nicht unterbrochen, ungeachtet der freien, wenn auch aus dem Motiv, welches der Anstifter lieferte, hervorgehenden Handlung des Angestifteten, weil der Anstifter ja (vgl. oben) auf diese Handlung rechnet. Widersinnige Konsequenzen aber ergeben sich nur dann, wenn man annimmt, der Wille des Anstifters sei direkt auf den mit der Handlung verbundenen Erfolg und nicht auf die Handlung des Anstifters<sup>47b)</sup> gerichtet, welche allerdings den Erfolg mit sich führen soll. Ist also die Handlung des

(auch intellektuellen) Täter (*sic*) anerkennen und müßte damit, wie mir scheint, nicht nur die Lehre von der Anstiftung, sondern auch die Lehre mindestens von der intellektuellen Beihilfe (die sich wieder von der physischen Beihilfe nicht völlig trennen läßt) auf eine ganz neue Basis stellen. Diese neue Basis der Lehre von der Anstiftung, welche der Bedeutung ihres Urhebers entsprechend hier vollständig zu würdigen nicht mehr möglich ist, steht jedenfalls im Widerspruch mit der gesamten geschichtlichen Entwicklung, wie mit dem Rechte anderer Kulturnationen. Sie kann auch schwerlich in Einklang gebracht werden mit der von *Binding* so energisch vertretenen Willensfreiheit und dürfte vielleicht im letzten Grunde zusammenhängen mit der bereits kritisierten Theorie *Bindings*, der zufolge man auch etwas wollen kann, von dem man keine Vorstellung hat. — Über den durch *Bauer* anscheinend zuerst in der heutigen technischen Bedeutung gebrauchten Ausdruck „Anstifter“ vgl. *Krug*, Abhandl. S. 101 ff.

47) Dies ist auch die herrschende Ansicht, die nicht weniger von denjenigen geteilt wird, die *de lege ferenda* den Anstifter als selbständigen Urheber betrachten. Nur *Kohler* S. 111 glaubt, das Gesetz anders interpretieren zu können. Siehe dagegen aber insbesondere *Löwenheim* S. 13 ff. § 50 wäre überflüssig, wenn *Kohler* recht hätte.

47a) So wie bereits bemerkt *Liszt* und insbesondere *Löwenheim* S. 22. Die meisten nehmen mit Recht an dieser Kombination keinen Anstoß. So *Wächter* S. 256, *Hülschner* S. 402, *Merkel* § 54, 2, *Binding*, Grundr. § 67 I 3, *Olschhausen* § 48, 42. Vgl. auch *Nagler* S. 143 ff.

47b) Das übersieht *Löwenheim* S. 26, wenn er ausführt, bei Annahme eines Kausalzusammenhanges zwischen Anstiftung und Erfolg würde, wer zum Selbstmord anstiftet, als Täter bei dieser Tötung anzusehen sein.

Angestifteten kein Verbrechen, so ist auch der Anstifter nicht strafbar.

Auch eine nur kulpose Anstiftung ist an sich denkbar. Man kann, ohne es zu wollen, in jemandem Gedanken und Leidenschaften erregen, die zur Begehung eines Verbrechens führen. Aber eine Bestrafung in solchem Falle würde die entsetzlichsten Mißgriffe der Strafjustiz zur Folge haben. Schon der einfache Bericht über vorgekommene Tatsachen kann in der Seele eines anderen entflammend wirken: wie viel mehr z. B. dichterische Erzeugnisse, wie viel mehr schief oder verkehrt ausgedrückte moralische Sätze, und auch das Richtige, das, was von Moralwidrigkeit und Verbrechen abmahnen, abschrecken soll, kann möglicherweise falsch verstanden werden, nach der entgegengesetzten Seite wirken; die Freiheit der Meinungsäußerung wäre damit in der gefährlichsten Weise bedroht, die Gefahr ergebnisloser, aber den Beschuldigten empfindlich schädigender Untersuchungen, und die Wahrscheinlichkeit einander widersprechender Entscheidungen heraufbeschworen. Nach dem StGB. ist, da dieses zur Anstiftung ein vorsätzliches Bestimmen eines anderen ausdrücklich fordert, die Frage zweifellos entschieden, und wenn die hervorgehobenen Gründe gegen die juristische Anerkennung einer fahrlässigen Anstiftung sprechen, so sprechen sie noch mehr gegen die Bestrafung einer nicht in provozierender Absicht stattgehabten intellektuellen Einwirkung auf den Titel der mittelbaren, fahrlässigen Täterschaft.<sup>48)</sup> Noch weniger aber kann rationell die strafrechtliche Verantwortlichkeit jemandes angenommen werden, der unabsichtlich einen anderen zur Begehung eines nur fahrlässigen Deliktes veranlaßt, da die Verknüpfung des schließlich durch die Handlung des anderen herbeigeführten Erfolges eine noch losere ist. Gleichwohl sind auf Grund ihrer Ansicht über den Kausalzusammenhang mehrere Autoren<sup>48a)</sup> hier zur Annahme einer

<sup>48)</sup> Gegen diese von *Geyer, Holtzsch.* Hdb. 2 S. 338, vertretene Ansicht vgl. auch *Hülschner* S. 394, *H. Meyer* § 34, 3, Anmerk. 6, *Borchert* S. 105, *Olshausen* § 48, 6.

<sup>48a)</sup> So (außer *Geyer* a. a. O. S. 341) *Olshausen* a. a. O., *Lammasch*, Grundr. S. 37. Dagegen aber *Hülschner* a. a. O., *H. Meyer* § 26, 6, *Birkmeyer*, Teiln. D. 128, *Finger* 1 § 59 II, 1. Der von *Birkmeyer* (zur Rettung seiner Kausaltheorie gegenüber dieser bedenklichen Konsequenz) angeführte Grund, daß bei nur fahrlässiger Veranlassung der Handlung eines anderen diese nicht vorhergesehen werden könne, ist nicht anzuerkennen. Wer unvorsichtig redet, kann

fahrlässigen Anstiftung gelangt. Nach den oben (S. 218 ff.) gegebenen Ausführungen ist ein Kausalzusammenhang rechtlich hier nicht anzuerkennen.

§ 320. Aber selbst eine absichtliche Provokation zur Begehung bestimmter Verbrechenarten im allgemeinen ist als Anstiftung nicht strafbar; nur unter besonderen Voraussetzungen, z. B. wenn die Aufforderung öffentlich oder durch Druckschriften erfolgt, ist sie geeignet, Gegenstand strafrechtlicher Verfolgung zu werden, da die Ernstlichkeit im gewöhnlichen Verkehr vorkommender Äußerungen oft zu zweifelhaft sein wird. Daher strafen die Gesetze nur besonders qualifizierte Aufforderungen zu Verbrechen<sup>48b)</sup> oder zu einzelnen Arten von Verbrechen, und nicht selten nicht als Anstiftung, vielmehr als besondere Delikte.<sup>49)</sup> Die Anstiftung ist daher als solche der allgemeinen Regel nach nur strafbar, wenn der Dolus des Anstifters sich richtet auf eine bestimmte, konkrete Tat oder mehrere solcher Taten.<sup>50)</sup> Das Bewußtsein, daß ein anderer zur Begehung einer bestimmten Straftat nur bewogen werden könne; genügt aber auch nicht;<sup>51)</sup> stellt man für den *Dolus eventualis* die oben S. 341 bezeichneten engeren Grenzen auf, so ergibt sich von selbst, daß ein sog. Billigen (eventuell Zufriedensein mit der Herbeiführung) des verbrecherischen Entschlusses in anderen nur eine kulpose Anstiftung sein würde. Jedenfalls würde der *Dolus eventualis*<sup>51a)</sup> gerade bei der Anstiftung tatsächlich von der Culpa nicht zu unterscheiden sein. Niemand braucht daher eine an sich erlaubte Äußerung oder Handlung aus dem Grunde zu unterlassen, weil sie von anderen als Aufforderung zum Verbrechen verstanden werden kann; aber er wird zum Anstifter, wenn er an sich Erlaubtes

---

sehr wohl vorhersehen, daß seine Rede jemanden zu einer strafbaren Handlung veranlassen könne. Die Theorie der Culpa, gegründet auf das Vorhersehenkönnen, erleidet in schwierigen Fällen meist Schiffbruch. (Vgl. oben S. 452, auch S. 200 ff.)

<sup>48b)</sup> Über StGB. § 49a vgl. unten.

<sup>49)</sup> Vgl. StGB. § 130.

<sup>50)</sup> Vgl. RG. III. 29./11. 79 E. 1 Nr. 55, S. 110; II. 1./2. 87 Rs. 9 S. 107.

<sup>51)</sup> So auch *Kohler* Studien I, S. 80; *Olshausen* § 48, 14.

<sup>51a)</sup> *Kohler* S. 80 bemerkt, der Anstiftungsdolus müsse Absichtsdolus sein; es genüge nicht, daß der Anstifter sich bewußt war, seine Tätigkeit werde den anderen sicher oder höchst wahrscheinlich bestimmen; der Anstifter müsse diese Bestimmung wollen. *Finger* 1 S. 346 dagegen hält Anstiftung mit *Dolus eventualis* für möglich.



nur zu dem Zwecke äußert oder tut, um damit andere zur Begehung von Verbrechen zu bestimmen. Das ist nur Konsequenz aus den früher über den Kausalzusammenhang und den Dolus entwickelten Grundsätzen.<sup>52)</sup>

Nicht erforderlich ist der richtigen Ansicht nach, daß der Dolus des Anstifters sich gerade auf eine ganz bestimmte Person oder mehrere bestimmte Personen beziehe;<sup>53)</sup> es läßt sich kein haltbarer Grund ausfindig machen, weshalb der Anstifter die Person, bei welcher eine Aufforderung oder Anreizung fruchtbringende Aufnahme finden werde, nicht dem Zufall überlassen könne. Aber es darf nicht übersehen werden,<sup>54)</sup> daß es sich um eine oder mehrere bestimmte, von dem Auffordernden ins Auge gefaßte Taten handeln muß; andernfalls kommt man zurück auf die, wie gezeigt worden, unzulässige Bestrafung ganz allgemeiner Empfehlungen und Anpreisungen von Verbrechen und gelangt zugleich, wenn von einer großen Zahl von Personen die angepriesenen Delikte begangen werden, zu ganz exzessiver Bestrafung desjenigen, der diese Delikte im allgemeinen angepriesen hat.

**§ 321.** Der Vorsatz muß auch den gesamten Tatbestand des Deliktes einschließlich des Dolus umfassen, und zwar wenn der Dolus des Täters ein besonders qualifizierter sein muß — z. B. durch Eigennutz im Sinne des Gesetzes veranlaßt —

<sup>52)</sup> Hier gibt *Kohler* S. 80 Entscheidungen, denen ich nicht durchweg zustimmen kann. Er hebt bei an sich erlaubten Handlungen nicht hervor, daß sie nur zu dem Zwecke der Verleitung vorgenommen sein müssen, um als Anstiftung zu gelten. Wer einen an sich erlaubten Schleichweg nur deshalb benutzt, um Diebe auf denselben aufmerksam zu machen und sie so zum Diebstahl zu veranlassen, ist doch wohl Anstifter zum Diebstahl. Wenn freilich irgend ein anderer, vernünftiger Anlaß vorliegt zu einer an sich erlaubten Handlung, so ist dieselbe niemals Anstiftung, z. B. Benutzung des Schleichweges, weil er kürzer ist. Die Pflicht ist immer genügender Anlaß; in einer pflichtmäßigen Äußerung (z. B. eines Staatsanwalts über eine besonders schlaue Art, ein Verbrechen auszuführen), liegt niemals Anstiftung, wenn auch gerade daraus jemand zur Begehung des Verbrechens Anlaß nehmen sollte. Bei Unterlassungen — wenn die entsprechende Handlung Pflicht ist — kann kaum (selbst durch Geständnis der Betroffenen) mit Sicherheit festgestellt werden, daß nur aus dem Grunde nicht gehandelt wurde, um einen anderen zum Verbrechen zu bestimmen, da Bequemlichkeit und unbestimmter Egoismus genügen, jenes „nur“ auszuschließen.

<sup>53)</sup> So auch *Geyer, Holtzendorff*. Hdb. 4 S. 451, *H. Meyer* § 34, Anm. 8. *Olshausen* § 48, 8, *Frank* § 48 IV, 2.

<sup>54)</sup> Wie z. B. von *Geyer* und *H. Meyer* a. a. O. Aus dem im Texte bezeichneten Grunde erscheinen daher die Entscheidungsgründe in RG. II. 21/12. 80 E. 3 Nr. 55 S. 146 zutreffend.

so ist es erforderlich, daß der Vorsatz des Anstifters auch auf das Handeln des Täters aus diesen besonderen Zwecken, Motiven und Antrieben gerichtet sei; denn, ohne daß letztere vorhanden sind, ist die Tat überhaupt nicht, oder doch nur nach Maßgabe eines anderen Strafgesetzes (also regelmäßig minder) strafbar.<sup>55)</sup> Dagegen braucht der Anstifter andere Motive des Täters nicht zu teilen; denn er haftet für die Tat, wie sie bei dem Angestifteten in die Erscheinung tritt, und ist wie bemerkt nicht so zu beurteilen, als hätte er selbst unmittelbar gehandelt. Daher kommt auch, wenn etwa der Täter aus der Tat bestimmte materielle Vorteile oder sinnliche Befriedigung zieht, nichts weiter darauf an, ob der Anstifter an diesen Vorteilen und an dieser Befriedigung teilhaben will oder kann. Man kann jemanden zum Diebstahl anstiften, ohne die Absicht zu haben, von den gestohlenen Sachen irgend etwas zu erhalten.<sup>56)</sup>

§ 322. Richtet sich der Dolus des Anstifters nur auf Herbeiführung des Entschlusses zu dem Verbrechen in dem anderen, dem ausersehenen Täter, oder auf die Herbeiführung dieses Entschlusses und zugleich auf das Verbrechen selbst, insbesondere auf den zur Vollendung des Verbrechens gehörigen Erfolg, oder endlich auf die Herbeiführung jenes Entschlusses und die Handlung sowie diese (nach der Vorstellung des Anstiftenden) durch die Tätigkeit des Angestifteten erfolgen wird?

Die erste, wie es scheint nur von *Löwenheim* (vgl. bes. S. 20) vertretene Ansicht wird gefolgert aus der akzessorischen Natur der Anstiftung; dem Anstifter gehört die Anstiftung, dem Täter die Tat. Aber diese Ansicht findet ihre Widerlegung schon darin, daß ein entscheidender Entschluß des Täters erst dann vorliegt, wenn dieser mit der Ausführung beginnt. Der Vorsatz des Anstifters reicht also doch weiter, und nach unbefangener und natürlicher Auffassung hat der Anstifter doch ohne weiteres die Vorstellung der Handlung, zu der er anstiftet, und will sie daher auch. Allein die herrschende zweite Ansicht<sup>57)</sup> enthält

55) Vgl. RG. III. 9./9. 81 E. 4 Nr. 132 S. 370. (Wenn der Angestiftete eine Abgabendefraudation beabsichtigt, der Anstifter aber nur einen formellen Verstoß gegen das Abgabengesetz, so ist der Anstifter nicht wegen Defraudation strafbar.) RG. IV. 25./10. 89 E. 20 Nr. 6 S. 13.

56) So insbesondere *Olshausen* § 48, 14.

57) So *Hälschner* S. 402: der Anstifter habe das Delikt ebenso wie der Anstifter als ein von ihm selbst gewolltes zu verantworten.

nicht minder einen Widerspruch. Die akzessorische Natur der Anstiftung ist mit einem direkt auf den Erfolg des Verbrechens gerichteten Vorsatze unvereinbar. Wer direkt den Erfolg will, dessen Schuld kann nicht wohl als abhängig angesehen werden von der Schuld eines anderen, nicht weiter jedenfalls als von jedem anderen zur Vollendung der Straftat erforderlichen Umstände.

Richtig ist daher die dritte Auffassung des Anstiftervorsatzes; der Anstifter will vermittelt des von ihm herbeigeführten Entschlusses des Täters die Tat, wie sie der Anstiftung gemäß vom Täter ausgeführt werden soll. Er sieht im voraus den Täter tätig werden und will den Erfolg nur mittelbar und bedingt so, wie er ausgehend vom Täter erscheint, und auch nur, falls er vom Täter ausgeht. Derjenige, dem ein lebloses Werkzeug den Dienst versagt, hat deshalb nicht minder mit einem strafrechtlich in Betracht kommenden Vorsatz gehandelt. Aber man nehme den Täter fort, und es bleibt vom Vorsatze des Anstifters nichts übrig, was rechtlich noch in Betracht käme.<sup>58)</sup> So korrespondiert mit der Bedingtheit des Anstifter-Dolus die akzessorische Natur der Anstiftung.

Indes die Bedingtheit des Vorsatzes des Anstifters welche dieser durch die vollzogene Anstiftungshandlung herbeigeführt hat, bewirkt, wenn die Bedingung eintritt, notwendig auch, daß dann des Anstifters Vorsatz ebenso weit reicht wie der des Angestifteten, sofern dieser letztere Vorsatz sich innerhalb der Grenzen der Anstiftung hält. Hier liegt ein unteilbares Ganzes vor, und deshalb will der Anstifter auch notwendig

<sup>58)</sup> In Ansehung des Gehülfen findet sich diese Auffassung bereits gelegentlich bei *Buri*, Abhandl. (1862) S. 117, der Gehülfe will den Erfolg nur, wenn ihn der Urheber will. Es muß dasselbe aber auch vom Anstifter gelten, da intellektuelle Beihülfe und Anstiftung tatsächlich oft nicht zu unterscheiden sind.

*Löwenheim*, der den Dolus des Anstifters als einen durchaus selbständigen und die Handlung des Anstifters als mit der Bewirkung des Entschlusses des Angestifteten abgeschlossen ansieht, bringt die Abhängigkeit der Strafbarkeit des Anstifters von derjenigen des Angestifteten dadurch in Einklang, daß er die strafbare Handlung des Angestifteten als äußere Bedingung nur der Strafbarkeit des Anstifters betrachtet. Aber als eine bloße Bedingung der Strafbarkeit, die mit dem Vorsatze des Anstifters nichts zu schaffen hätte, wie etwa der Straf-antrag des Verletzten bei den sog. Antragsdelikten, kann die von dem Anstifter bezweckte Handlung des Angestifteten sicher nicht gelten. Vgl. dagegen richtig: *Katsenstein*, Zeitschr. 21 S. 415.

den Erfolg, nur wie gesagt, nicht als wenn er direkt ihn herbeigeführt hätte, sondern wie der Angestiftete ihn herbeiführt. Nur kann eine noch weiter reichende Absicht, z. B. die Absicht, einen Gewinn zu machen, für den Dolus des Anstifters in Betracht kommen und dessen Delikt als ein schwereres oder vielleicht auch leichteres qualifizieren; denn die bloße Absicht bedarf keiner Verwirklichung. Insoweit eine besondere zusätzliche Absicht in Betracht kommt, kann also der Vorsatz des Anstifters von dem des Täters verschieden sein.

Diese Abhängigkeit des Vorsatzes des Anstifters von dem Vorsatze des Täters steht auch keineswegs im Widerspruche damit, daß der Anstifter den Entschluß des Täters verursacht;<sup>58a)</sup> denn es ist sehr möglich, etwas nur zu wollen, falls ein anderer dies ebenfalls will, und gleichwohl den entsprechenden Willen in diesem anderen zu erregen, auch schließlich, wenn dieser andere einstimmt, als die Ursache des Ganzen sich anzusehen und allgemein angesehen zu werden. Bei Verträgen und anderen nicht verbrecherischen Unternehmungen kommt das täglich vor; man nimmt da an solcher Auffassung keinen Anstoß.

§ 323. Aber ist nicht in diesem Sinne jeder Vorsatz<sup>59)</sup> insofern ein eventueller, als man behaupten könnte, der Handelnde wolle immer nur unter der Bedingung, daß das von ihm gewählte Mittel den Erfolg herbeiführe? Hier wäre indes übersehen, daß der Anstifter denjenigen, den er anstiften will, gerade als frei sich entschließende Persönlichkeit behandelt, ihn nicht wie ein beliebiges anderes Mittel benutzen will. Mag der Erfolg auch anderer Mittel unsicher sein, diese Differenz ist nicht wegzuleugnen. Auf ihr und auf nichts anderem beruht der allseits anerkannte Unterschied des Anstifters und andererseits des sog. mittelbaren Täters, desjenigen, der sich

<sup>58a)</sup> Auch *Haupt*, Zeitschr. 15 S. 575, ist der Ansicht, daß die Annahme eines ursächlichen Charakters der Anstiftung mit deren Eigenschaft als Akzessorium der Tat sehr wohl vereinbar sei; allerdings kann ich dem dafür angeführten Grunde nicht zustimmen. *Haupt* meint, der akzessorische Charakter der Anstiftung hänge allein von der rechtlichen Beurteilung ab, während es bei der Kausalität sich um den tatsächlichen Zusammenhang handle. Aber der akzessorische Charakter konnte vom Gesetze nur angenommen werden, weil dies auch der Tatsache entspricht, d. h. der tatsächlichen Gestaltung des Dolus des Anstifters. — Übereinstimmend mit der im Text vertretenen Auffassung die Ausführung *Mittermaiers*, Zeitschr. 21 S. 243.

<sup>59)</sup> Eigentümlich ist die Theorie *Birkmeyers*. Richtig wird von *Birkmeyer* hervorgehoben, daß der Angestiftete durch seinen freien, wenn auch beeinflussten

zurechnungsfähiger Personen oder einer Person bedient, die nicht weiß, daß ihre Tätigkeit dem geplanten Verbrechen dienen soll.<sup>59a)</sup> Die faktische Ungewißheit, ob ein Wahnsinniger der Aufforderung, ein Hund dem Kommando oder dem Lockrufe folgen werde, mag nicht selten ebenso groß sein, wie der Erfolg der Überredung, welche den Entschluß in dem Anzustiftenden hervorrufen soll, immer wird der Anstifter sich diesem Entschluß gegenüber ganz anders fühlen, als gegenüber dem Verhalten eines willenlosen Werkzeuges oder einer den verbrecherischen Erfolg der Tat nicht erkennenden Person.<sup>60)</sup> Das Gefühl einer wirklichen geistigen Potenz des Anzustiftenden, der auch in jedem Augenblicke sich anders entscheiden kann, wird den Anstifter kaum ganz verlassen, und würde es ihn verlassen, so müßte das Recht, wie schon bemerkt, doch die entgegengesetzte Ansicht festhalten; es kann nicht wohl davon ausgehen, daß ein zurechnungsfähiger Mensch zu der Rolle eines bloßen Werkzeuges herabsinke<sup>60a)</sup> — es müßte ihn denn zum Gehorsam

Willen Ursache des verbrecherischen Erfolges werde. Dann aber wird vermöge der Theorie, daß man einen Erfolg auch teilweise herbeiführen könne (selbst wenn dieser, wie der objektive Tatbestand des Verbrechens an sich auch nicht teilbar ist), behauptet, der Anstifter liefere für diesen Erfolg nur eine Bedingung, verursache daher nur einen Teil (hier erscheint die Bedingung als Teilursache), sei aber doch wegen seines Vorsatzes für das Ganze verantwortlich. (Vgl. oben.)

<sup>59a)</sup> Vgl. in diesem Sinne die Ausführungen *Heilborns* S. 34.

<sup>60)</sup> Der Unterschied von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft ist zwar schon von *Bartolus* (vgl. oben) deutlich erkannt, dann aber oft übersehen oder verwischt, bis er durch *Oerstedt* (S. 283), *Luden*, Abhandl. 2 S. 334, *Bernier*, *Teiln.* S. 289, und endlich *Köstlin*, *N. Revis.* S. 510 (vgl. *Syst.* 1 S. 301) zur allgemeinen Anerkennung (vgl. *Goldammer*, *Materialien* 1 S. 301) gelangte. Nachher ist er in seiner Bedeutung überschätzt worden. *Kohler* (*Studien* 1 S. 113) will den Unterschied ganz wieder beseitigen; er betrachtet den Anstifter einfach als Urheber. Die französische Jurisprudenz und ebenso die belgische behandeln umgekehrt den mittelbaren Täter als Teilnehmer (Anstifter). Vgl. *Garraud* 1 n. 650, besonders deutlich *Prins*, *Science pénale* § 563. *Buri*, *GS.* 22 S. 27 ff. 90 leugnet überhaupt die Existenz einer mittelbaren Täterschaft; er konstruiert diese Fälle als unmittelbare Täterschaft. Vgl. dagegen die m. E. sehr treffenden Ausführungen *W. Mittermaiers* *Zeitschr.* 21 S. 252 ff. — Scharf unterscheidet die englisch-nordamerikanische Jurisprudenz. *Principal in the first degree* ist, wer unmittelbar körperlich oder durch das Mittel einer zurechnungsunfähigen oder unschuldigen (*innocent*) Person (d. h. hier wohl einer nicht den Dolus teilenden Person) das Verbrechen begeht, während der Anstoß als *Accessory before the fact* bezeichnet wird. *Archbold-Stephenson* S. 12, 16, *Wharton* 1 §§ 205 ff., *Bishop* 1 §§ 648, 672, 675. — *Binding*, *Grundr.* 1 (7. Aufl.) § 65, verwirft den Ausdruck Anstifter. Will dagegen unmittelbare und mittelbare Täterschaft in einem mir nicht klar gewordenen Sinne unterscheiden. M. E. würde diese neue Terminologie Verwirrung und erhebliche Mißverständnisse herbeizuführen geeignet sein.

<sup>60a)</sup> Darüber die Ausführungen *Heilborns*, *Der Agent* S. 64. Auch der Determinist kann den Entschluß eines anderen nicht dem Naturkausalismus gleich-

selbst gegenüber einem offenbar verbrecherischen Willen verpflichtet, damit aber auch seine Verantwortlichkeit aufheben. *Kohler* (Stud. I S. 113) vertritt die Ansicht, die Anstiftung sei zwar ihrer sittlichen Qualität, nicht aber ihrer juristischen Natur nach von der sog. mittelbaren Täterschaft verschieden: in beiden Fällen sei das begangene oder zu begehende Verbrechen so anzusehen, als sei es direkt von dem Anregenden verursacht. Ich glaube, das Umgekehrte ist richtig. In beiden Fällen ist zunächst die äußere Erscheinung des Verbrechens, insbesondere sein schädigender Erfolg das Maßgebende. Dann aber zeigt die juristische Konstruktion insofern eine Verschiedenheit, als der Dolus des sog. mittelbaren Täters als ein unbedingter, direkt auf das Ziel gerichteter aufzufassen ist, während der Anstifter seinen Entschluß nur als eventuellen faßt, d. h. für den Fall faßt, daß auch der Angestiftete wollen und handeln wird. Diese Differenz wird von *Kohler*, der allerdings manche Schwierigkeiten mittels der einheitlichen Behandlung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft zu überwinden vermag, dafür aber andere einzutauschen hat,<sup>60b)</sup> übersehen; sie ist jedoch — mindestens nach unserem positiven Rechte, ich glaube aber auch nach rationeller Betrachtung des Verhältnisses der beteiligten Personen — nicht zu leugnen. Wie sollte, wie doch allgemein angenommen wird, unser Gesetz dazu kommen, die Anstiftung noch nicht als Versuch des Verbrechens zu behandeln, während z. B. das Hetzen oder Kommandieren eines Hundes als Versuch eines Deliktes betrachtet werden kann, obwohl der Erfolg dabei ein recht unsicherer sein könnte? Die Schlechtigkeit

stellen. Es wirken bei dem Entschluß Faktoren, die sich nicht so übersehen lassen, wie der Naturkausalismus. Eine an fast blinden Gehorsam gewöhnte Person wird zuweilen durch einen ihr neuen Eindruck plötzlich widerspenstig; nun ärgert sie die bisherige Willfährigkeit. Vgl. auch *Wundt*, Ethik S. 472.

<sup>60b)</sup> Wenn der unmittelbare Täter in beiden Fällen lediglich als Werkzeug behandelt und der unmittelbar Handelnde dann der Konsequenz entsprechend so angesehen wird, als hätte er selbst in den physischen Kausalzusammenhang eingegriffen, als wäre er z. B. selbst dem Verletzten entgegengetreten, so würde in vielen Fällen das Verbrechen in Ansehung des Anstifters zu leugnen, wenn aber ein Zurechnungsunfähiger, ein Irrender, tätig gewesen ist, überhaupt kein Verbrechen anzunehmen sein. Das wird von *Kohler* übersehen. Der Fehler, den er S. 115 der herrschenden Theorie zur Last legt, würde, wenn er vorhanden wäre, jedenfalls nach *Kohlers* Theorie verdoppelt werden. (Eine Frau kann eine Notzucht nicht selbst begehen, veranlaßt sie durch lebensgefährliche Drohung den X die B zu notzüchtigen, so wäre, so meint *Kohler*, nach der herrschenden Ansicht niemand verantwortlich. Aber nach *Kohlers* Theorie müßte die Frau auch als Anstifterin eines verantwortlichen Täters straffrei bleiben.)

jemandes, der einen anderen zu einem Delikte überredet, ist schon von manchen Juristen und Moralisten gegenüber der Schuld desjenigen, der ein mechanisches Mittel anwendet, als die größere angesehen: er will den materiellen Erfolg und scheut dabei nicht das moralische Verderben des Angestifteten.<sup>60c)</sup> Aber juristisch betrachtet schreitet, wer den Naturkausalismus oder eine willenlose oder eine unwissende Person benutzt, direkt zum Ziele; der Anstifter setzt wissentlich zwischen seine Tätigkeit und das zu erreichende Ziel den Entschluß des Angestifteten, und wie früher schon beim Versuche bemerkt worden, der juristisch zu beachtende Entschluß ist erst vorhanden, wenn die Ausführung begonnen wird. Die herrschende Lehre ist auch nicht, wie *Kohler* (S. 115) freilich meint, zu dem *Salto mortale* genötigt, den Anstifter einer vierzehnjährigen als zurechnungsfähig erkannten Person in jeder Beziehung anders zu behandeln, als den Anstifter einer vierzehnjährigen nicht zurechnungsfähigen Person.<sup>61)</sup>

§ 324. Es kann aber hiernach nicht darauf ankommen, daß der Dolus des Anstifters mit dem des Angestifteten sich

<sup>60c)</sup> Nach der Ansicht des griechischen Altertums galt aber derjenige, der mit eigener Hand Blut vergoß, als der zunächst und am meisten strafbare. Vgl. *Steinhart*, *Platos sämmtl. Werke*, übersetzt, Bd. 7 1 S. 273. *Plato de legg.* IX. c. 11. — Siehe auch, das frühere Mittelalter betreffend, *Lex Visig.* VI, 5, 12 a. E. *Lex Frisionum* Tit. II.

<sup>61)</sup> Durch Anwendung von Drohungen gegen eine zurechnungsfähige Person. mögen es auch Drohungen der im § 52 des StGB. erwähnten Art sein, wird man nicht mittelbarer Täter (wie *Kohler* S. 115 allerdings meint). Dagegen spricht der bekannte Satz: „*Coactus voluit*“, ebenso die ausdrückliche Bestimmung des StGB. in § 48, welche gerade Drohungen ohne irgend welche Beschränkung erwähnt. Die Straflosigkeit des Angestifteten im Falle, daß lebensgefährliche Drohungen ihn zur Tat bestimmen, kann die Anstiftung nicht ausschließen. Die gegen die herrschende Ansicht von *Kohler* geltend gemachten Konsequenzen existieren also in Wirklichkeit nicht. — Hält aber jemand, der durch einen anderen ein Verbrechen begehen will, diesen irrtümlich für willensfähig, so ist er nach der herrschenden, im Texte vertretenen Ansicht, als Anstifter zu beurteilen, denn dies ist ihm günstiger; der faktische Irrtum schließt den Dolus der mittelbaren Täterschaft aus. In dem umgekehrten Falle ist mittelbare Täterschaft unmöglich, der hierauf gerichtete Dolus aber wird, wenn realisiert, den Angeklagten ungünstiger stellen, und tritt nun statt mittelbarer Täterschaft erfolgreiche Anstiftung ein, so ist letztere das Minus, das dem Angeklagten günstiger ist; also kann dieser sich nicht beklagen, wenn er wegen Anstiftung verurteilt wird; auf Begehung des Verbrechens war doch jedenfalls sein Dolus gerichtet. Wenn jemand durch das Gesetz zu unbedingtem Gehorsam verpflichtet wäre — was aber bei wirklichen Verbrechen schwerlich vorkommen wird — so würde allerdings nur von mittelbarer Täterschaft zu reden sein; denn gesetzlich gilt der zu unbedingtem Gehorsam Verpflichtete nur als Werkzeug, obwohl er es tatsächlich im einzelnen Falle nicht sein mag.

ganz genau deckt. Ein selbständiger, strafrechtlich zu beachtender Entschluß liegt auch dann vor, wenn der Angestiftete nur ein geringeres Delikt begehen will,<sup>61a)</sup> der Anstifter also einen weitergehenden Dolus hatte. Die herrschende Ansicht<sup>62)</sup> nimmt hier das Gegenteil an, kommt aber damit zu einer völlig verkünstelten Auffassung — insbesondere auch zu dem widersinnigen Satze, daß ein doloses Werkzeug denkbar<sup>63)</sup> sei — und muß in Ansehung des Anfangspunktes der Strafbarkeit desjenigen, auf dessen Auftrag oder Anregung die Straftat geschieht, zu unhaltbaren praktischen Konsequenzen gelangen. So soll nach RG. III 8./12. 80 (E. 3 Nr. 38 S. 95), wenn A den B angestiftet hat, eine Urkundenfälschung vorzunehmen, diese Urkunde aber, ohne daß B daran Teil hat, nur dem A einen Vermögensvorteil nach dessen Absicht verschaffen soll, A mittelbarer Täter in Ansehung der schweren Urkundenfälschung sein, während B als Täter bezüglich der einfachen Urkundenfälschung bezeichnet wird.<sup>63a)</sup> Daraus würde dann auch (vgl. unten) folgen,

61a) Die betreffenden Delikte müssen indes in derselben Richtung liegen, sich unterscheiden wie das Mehr und das Minder: z. B. der Anstifter will eine Steuerdefraudation begehen, der Angestiftete faßt das, was er tun soll, nur als Steuerkontravention auf, die lediglich mit Ordnungsstrafe bedroht ist; oder jemand läßt in der Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, durch einen anderen eine Urkundenfälschung begehen; dieser weiß, daß er eine Fälschung begeht, von der besonderen Absicht des Anstifters hat er keine Kenntnis. Wer einen anderen zur Begehung einer Polizeiübertretung anstiftet, stiftet aber nicht an zur Begehung eines fahrlässigen Deliktes, sollte auch das Polizeiverbot deshalb bestehen, weil bestimmte Erfolge, wie der tatsächlich eingetretene (z. B. Feuersbrunst), möglichst vermieden werden sollen.

62) Identischen Dolus bei Anstifter und Angestiftetem verlangen *Lucas*, Subjektive Verschuldung S. 103, *Borchert* S. 100, *Olshausen* § 48, 14, *Liszt* § 30 II, 4 und RG. III. 9./7. 81 E. 4 Nr. 132 S. 369, RG. III. 8./12. 80 E. 3 Nr. 38 S. 99.

63) So insbesondere in denjenigen Fällen, in welchen die physisch tätige Person zwar mit Dolus handelt, aber nicht die Absicht der Zueignung hat, nicht in eigennütziger Absicht handelt, während solche Absicht, bei dem die Handlung Veranlassenden vorhanden ist. So *Liszt* § 50 II, 4, *Olshausen* § 47, 17, RG. II. 10./6. 84 Rs. 6 S. 416. (Der dolose Täter, mag er auch die wichtigsten Tathandlungen allein vornehmen, soll diesem Urteil zufolge nur Gehülfe sein, der Anstiftende Täter im Sinne des StGB.) — Vgl. auch RG. IV. 18./3. 98 E. 31 Nr. 27 S. 80, eine Entscheidung, welche den vom Instanzgericht ergriffenen Ausweg, unmittelbare Täter als Gehülften zu behandeln, nicht für richtig erklärt hat. Diese Auffassung wird gebilligt von *Mössmer*, Die mittelbare Täterschaft S. 54. *Binding* (vgl. unten Anm.) nimmt ebenfalls an dem dolosen Werkzeug keinen Anstoß. Siehe dagegen aber *Mittermaier*, Zeitschr. 21 S. 255. In dem neuesten E. 39 Nr. 13 entschiedenen Falle war „das bösgläubige Werkzeug“ in Wahrheit Täter bei Ausführung eines Diebstahls.

63a) Ebenso RG. V. 14./1. 96 E. 28 Nr. 38 S. 109: Der Beamte, der die Verfälschung einer ihm amtlich anvertrauten Urkunde durch einen mit dem Vorsatz der Fälschung handelnden Nichtbeamten ausführen läßt, soll mittelbarer Täter in bezug auf amtliche Urkundenfälschung (StGB. § 248, 2) sein.



daß, wenn B den Dolus auch bezüglich der schweren Urkundenfälschung hätte, A nur strafbar sein würde, wenn B mindestens bis zum strafbaren Versuche gelangt wäre, während im anderen Falle die Strafbarkeit des A wegen Versuchs viel früher — unter Umständen schon mit der Bestimmung des B zur Vor- nahme der Fälschung — beginnen könnte, und gewiß ist A in dem letzten Falle nicht strafbarer als in dem ersten.<sup>64)</sup> Glaube der Täter nur als Gehülfe zu handeln, während er physisch alles bewirkt, was zum Tatbestande des Verbrechens erforderlich ist,<sup>64a)</sup> so ist gleichfalls dem Obigen zufolge Anstiftung anzunehmen, nicht mittelbare Täterschaft; denn bei der Frage, ob jemand Täter oder Gehülfe sei, handelt es sich nicht um den Entschluß, überhaupt das Verbrechen zu begehen (mitzubegehen), sondern nur um das Maß der Schuld.<sup>65)</sup> Der Entschluß wird nicht dadurch ausgeschlossen,<sup>66)</sup> daß der Täter seine Tätigkeit nur strafrechtlich falsch beurteilt, insofern diese Beurteilung überhaupt nicht in Betracht kommt, z. B. glaubt, daß seine Handlung nur disziplinarisch strafbar sei. Er wird aber ausgeschlossen, wenn in Bezug auf den Täter nur Fahrlässigkeit vorliegt; völlige Schuldlosigkeit ist nicht erforderlich. Man kann sich das klar machen, wenn man bedenkt, daß sowohl bei Fahrlässigkeit wie bei Schuldlosigkeit<sup>67)</sup> — und häufig wird, ob das eine oder das andere vorliegt, zweifelhaft sein, und nur von mehr oder minder strenger Beurteilung abhängen — derjenige, der das Verbrechen plant, dem ausersehenen Täter eine

<sup>64)</sup> Vgl. gegen die herrschende, auf die Praxis des preuß. OT. zurückzuführende Ansicht auch *Meyer*, D. Strafrechtszeitung 13 (1873) S. 162.

<sup>64a)</sup> Das praktische Ergebnis des Maßes der Bestrafung ist, abgesehen von dem Beginne der Strafbarkeit des Versuches und abgesehen von der Frage der Wirkung des Rücktritts vom Versuche (vgl. unten), nach der im Text vertretenen Ansicht, welche Anstiftung annimmt, das gleiche.

<sup>65)</sup> Hier übereinstimmend *Kohler* S. 99, vgl. übrigens die Erörterungen in RG. III. 16./6. 84 E. 11 Nr. 15 S. 61.

<sup>66)</sup> Die Bewirkung des Entschlusses wird ausgeschlossen dadurch, daß der Entschluß schon gefaßt ist; aber dadurch wird, wer sich an einen bereits zum Verbrechen Entschlossenen wendet, um durch ihn das Verbrechen ausführen zu lassen, keineswegs zum mittelbaren Täter, wie *Binding*, Grundr. I § 67 II 3 b. freilich annimmt, mit dem Bemerkten, daß der intellektuelle Urheber kaum ein besseres Mittel zur Verwirklichung seines Entschlusses finden könne als einen bereits Entschlossenen. Bei diesem Argumente wird übersehen, daß der vermeintliche intellektuelle Urheber hier gar nicht kausal ist. Es könnte seine Handlung völlig wegfallen, und der Entschlossene würde das Verbrechen doch ausführen.

<sup>67)</sup> *H. Meyer* § 27, 4 verlangt für die mittelbare Täterschaft Schuldlosigkeit der benutzten Person.

Schlinge legt, einen überlegten Entschluß des letzteren möglichst vermeiden will.

Die Beurteilung des Falles, daß jemand anzustiften glaubt, während er sich an eine zurechnungsunfähige Person oder an eine Person wendet, die den verbrecherischen Zusammenhang der Sache nicht einsieht, ist hiernach ebenfalls nicht schwierig. Beide Fälle sind, wenn das Verbrechen nicht ausgeführt wird, ganz gleich zu behandeln. Nur wird der Anstifter, weil er die Wirksamkeit und Bedeutung seiner Handlung von der des vermeintlich Angestifteten abhängig gemacht hat in Ansehung des Versuches — zu seinen Gunsten — anders behandelt.<sup>68)</sup> Ebenso steht es in dem umgekehrten Falle (bei Vollendung des Verbrechens). Es könnte die vermeintlich mittelbare Täterschaft aber unter Umständen schon Versuch sein, und der Rücktritt des Täters vom Versuche würde dann demjenigen, der mittelbarer Täter sein wollte, nicht nützen.

§ 325. Der Entschluß zur Begehung einer Handlung kann auf die mannigfachste Weise in jemanden hervorgerufen werden. Das Gesetz bezeichnet daher gewisse besonders häufig vorkommende Mittel nur beispielsweise; Geschenke und Versprechungen können, ebenso, wie das StGB. selbst sagt, wie Drohungen und sonstige Bestimmungsmittel (Gebrauch der Amts- und Familienautorität, Täuschungen und Vorspiegelungen, z. B. daß derjenige, der mißhandelt, getötet werden soll, sich schwer gegen den Anzustiftenden vergangen habe) in Betracht kommen, und gleich ist es hier auch, ob der Anzustiftende die Tat deshalb ausführen soll, weil der Anstifter sie will, oder ob der Anstifter dem ausersehenen Täter eigene Interessen aufgedeckt oder in ihm eigene Leidenschaften erweckt hat, so daß der Angestiftete nicht im Dienste und Interesse

<sup>68)</sup> *Kohler*, der S. 116 auf diese Fälle aufmerksam macht, hat darin Recht, daß dieselben vom Standpunkte der Akzessionstheorie, so wie dieselbe bis jetzt von der herrschenden Ansicht aufgefaßt ist, gewisse Schwierigkeiten darbieten. Es ist aber nicht nötig, deshalb die von *Kohler* vertretene Urhebertheorie anzunehmen. RG. II. 5./3. 80 E. 1 Nr. 127 S. 251 erklärt, daß es zweifelhaft erscheinen könne, ob, wenn die Personen, durch welche ein Delikt begangen werde, nicht mit dem erforderlichen Dolus (der Defraudation) gehandelt haben, der Anstifter als Täter (der Defraudation) zu bestrafen sei. Vom Standpunkte der herrschenden Theorie beurteilt, dürfte dies — allerdings der materiellen Gerechtigkeit entsprechende Resultat — kaum haltbar sein, da nach jener Theorie Dolus des Anstifters und Dolus des mittelbaren Täters durchaus differieren.

des Anstifters zu handeln glaubt.<sup>69)</sup> Auch durch Gebärden und selbst durch scheinbare Abmahnung, welche z. B. dem Täter oder mehreren Tätern (z. B. einer zusammenlaufenden Menge) klar macht, daß der erregten Leidenschaft im Augenblicke durch Benutzung einer bestimmten Situation genügt werden könne — es ruft jemand der erregten Menge zu: „Nur ja nicht ins Wasser“, um sie auf die Möglichkeit aufmerksam zu machen.<sup>69a)</sup> den Verfolgten in den Fluß zu werfen —, kann eine Anstiftung erfolgen. Entscheidend ist allein,<sup>69b)</sup> daß man annehmen kann, der Anstifter habe dem Angestifteten das ausschlaggebende Motiv geliefert, daß ohne Zutun des Anstifters in dem Angestifteten der Entschluß nicht würde entstanden<sup>70)</sup> sein, wobei denn Charakter und nicht selten auch Intelligenz des Täters in Betracht zu ziehen sind.

Das deutsche StGB. behandelt dabei die Mittel, welche es anführt, nur als Beispiele, während die im *Code pénal* Art. 60 aufgeführten Mittel als andere Mittel ausschließend gelten.<sup>70a)</sup> Prinzipiell richtig ist die Bestimmung des StGB., da eine erschöpfende Aufzählung der Mittel zur Anstiftung unmöglich ist; sie ist aber praktisch nicht unbedenklich. Einerseits kann jemand, z. B. ein Geschworer, eine geistige Einwirkung da für vorhanden erachten, wo sie nicht besteht oder zu wenig hervor-

<sup>69)</sup> Daher kommt es auch auf den Charakter der Drohungen nicht an. Selbst Drohungen, die wirkliche, von einsichtigen Personen beachtete Nachteile nicht in Aussicht stellen, können auf törichte oder besonders ängstliche Personen genügend wirken. Sogar die Drohung, daß ein bestimmter Vorteil entzogen oder nicht wieder gewährt werden, daß ein unangenehmer oder nachteiliger Zustand nicht aufhören werde, kann als Anstiftung wirksam sein.

<sup>69a)</sup> Solcher Fall der Anstiftung ist von *Abegg* N. A. d. Cr. 14 (1834) S. 458 mitgeteilt.

<sup>69b)</sup> Daher kann auch, wie RG. III. 10./1. 87 E. 15 Nr. 93 S. 300 sehr richtig ausführt, durch eine vorher erfolgte Zusage einer Begünstigungshandlung Anstiftung begangen werden, wenn angenommen wird, daß der Täter, ohne jene Zusage erhalten zu haben, nicht zur Ausführung geschritten sein würde. Der Wortlaut des Abs. 3 § 257 StGB. dürfte nicht entgegenstehen. Dieser Wortlaut läßt wie das zitierte Urteil bemerkt, sehr wohl die (allein rationelle) Auslegung zu, es solle vorher zugesagte Begünstigung als Beihilfe gestraft werden, wenn eben nichts weiter vorliegt als Zusage und Begünstigungshandlung, oder wenn Anwendung einer strengeren Strafnorm nicht durch anderweite Umstände gerechtfertigt wäre.

<sup>70)</sup> Nur ein Irrtum über die Tat selbst darf nicht erregt sein; sonst liegt nicht Anstiftung vor, vielmehr mittelbare Täterschaft. Wenn § 48 auch Erregung eines Irrtums unter den Mitteln der Anstiftung nennt, so ist damit zweifellos und — wie auch allgemein angenommen wird — nur Erregung irrümlicher Motive gemeint.

<sup>70a)</sup> *Garraud* 2 n. 654.

tritt, so daß die Strafjustiz daran eine Verurteilung nicht knüpfen darf. Andererseits wird, wenn es zulässig sein soll, beliebige Mittel in unbeschränkter Weise alternativ<sup>71)</sup> im Urteil oder im Wahrspruch der Geschwornen festzustellen, der Tatbestand leicht ein zu unbestimmter, so daß zum Nachteil des Angeklagten eine Mehrheit der Urteiler sich für das Schuldig erklären kann, während doch die einzelnen Richter oder Geschwornen nicht dieselbe Tatsache, vielmehr verschiedene Tatsachen bei Abgabe ihrer Stimme feststellen.<sup>71a)</sup>

Das italienische GB. Art. 63 Abs. 2, der österreichische Entwurf von 1893 und der Schweizerische Vorentwurf von 1893, Art. 22, definieren nur die Anstiftung als Bestimmen eines Anderen zum Verbrechen, ohne irgend die Mittel zu erwähnen. Mir erscheint diese Ausdrucksweise zu unbestimmt und dem soeben Gesagten zufolge bedenklich.

Die Grenze zwischen Anstiftung und intellektueller Beihülfe ist, soviel die psychische Einwirkung betrifft, fließend und oft auch im einzelnen Falle schwer zu ziehen; denn genau betrachtet, liefert der Anstifter dem Anzustiftenden nur ein Motiv, welches in Verbindung mit anderen schon vorhandenen Motiven und jedenfalls mit dem Charakter des Angestifteten in diesem den Entschluß hervorbringt. Hier ist, wie überhaupt bei Beihülfe und Urheberschaft, die Unterscheidung nur nach freier moralischer Würdigung, nicht nach abstrakter Logik zu geben.

Wenn daher, wer anzustiften glaubt, in Wahrheit dem Anzustiftenden nur ein sekundäres Motiv liefert, welches nach freier Würdigung nur als den Entschluß des Täters bestärkend, also als intellektuelle Beihülfe anzusehen ist, so ist nur Verantwortlichkeit wegen Beihülfe vorhanden. In der Absicht größerer Verantwortlichkeit als Anstifter ist die Absicht der geringeren, des Gehülfen, mitenthalten. Es handelt sich übrigens auch nur um

---

<sup>71)</sup> Für solche alternative Fragestellung (ohne Beschränkung) RG. III. 2./3. 81 RS. 3 S. 93, bes. S. 95. — RG. 10./87 E. 15 Nr. 94 S. 304 verlangt aber, daß eins der im StGB. angeführten Mittel nach StPO. § 293 in der Fragestellung neben irgend einem andern Mittel alternativ aufgeführt werde.

<sup>71a)</sup> Daher muß die allgemeine Feststellung „oder durch andere Mittel“ wenigstens für unzulässig erachtet werden. So auch *Oppenhoff-Delius* § 48 n. 48, *Olshausen* § 48 n. 10 und die ältere Praxis des OT. Berlin. Anders die spätere Praxis dieses Gerichtshofs und jetzt das RG. (vgl. bes. III. 9./1. 88 GArch. 36 S. 162), welche — m. E. unrichtig — stets Aufnahme der Generalklausel in der Frage verlangt.

die Beurteilung der Handlung des Anstifters, nicht um die Elemente dieser Handlung.

§ 326. Wie aber, wenn der ausersehene Täter schon entschlossen war?

Dieser Fall, wie man früher sagte, die Anstiftung eines *Alias* (oder *Omnimodo*) *facturus* ist schon von den Italienern im XVI. Jahrhundert erörtert und dahin beantwortet worden, daß solchenfalls den Anstifter mildere Strafe treffe,<sup>71)</sup> entweder indem man (intellektuelle) Beihilfe oder Versuch — ohne Rücksicht auf die unterbleibende oder eintretende Handlung des Aufgeforderten — annahm.<sup>72a)</sup> Geht man aber davon aus, daß Kausalität unumgänglich Voraussetzung der Strafbarkeit ist, so kann die verneinende, auch der jetzt herrschenden Ansicht entsprechende Antwort, die völlige Straffreiheit des Anstifters in solchem Falle nicht zweifelhaft sein,<sup>73)</sup> man wollte denn, was aber als unrichtig erst unten nachzuweisen ist, in der sog. mißlungenen Anstiftung einen strafbaren Versuch des Deliktes erblicken. Einen bereits Entschlossenen kann man nicht nochmals zu dem gleichen Entschlusse bringen: es fehlt Verursachung. Mag immerhin der vermeintlich Angestiftete das Verbrechen vollenden; in seiner Tat ist keine Spur einer Einwirkung des (vermeintlichen) Anstifters nachzuweisen. Bloße Geneigtheit, das Verbrechen oder Verbrechen gleicher oder ähnlicher Art zu begehen, kann selbstverständlich den Kausalzusammenhang zwischen Anstiftungshandlung und Ausführung des Verbrechens nicht ausschließen; sie ist vielmehr Vorbedingung der Wirksamkeit der Anstiftshandlung, daher schließt auch

<sup>71)</sup> Vgl. *Heimberger* S. 28 und z. B. *Bossius, Tract. Tit. de mandato ad homic.* n. 4; *Menochius* II. cas. 151 n. 22—152 n. 13. *Clarus* § fin. qu. 88 n. 1, 2 und qu. 89 n. 1 wollte dagegen nur im Falle eines gegebenen Consilium, nicht im Falle eines Mandats zur Begehung des Verbrechens Strafmilderung zugestehen. Eine völlig abweichende Ansicht der Bestrafung des Anstifters ohne Rücksicht auf den bereits vorhandenen Entschluß des Täters hat früher *Berner* (Teilnahme S. 292 ff.) vertreten, sie aber, wie § 84 n. 11 der 18. Aufl. seines Lehrbuchs zu ergeben scheint, später aufgegeben.

<sup>72a)</sup> Auch *Boehmer*, CCC. 148 § 1, nimmt wirkliche Anstiftung nicht an und will nur *Poena extraordinaria*.

<sup>73)</sup> Vgl. *H. Meyer* § 34 Anm. 31; *Hälschner* I S. 398; *Olshausen* § 48 Anm. 4; *Finger* I S. 346 im Sinne des Textes. — Das richtige Prinzip — vgl. *Bar*, Versuch u. Teiln. S. 54 ff. — ist vom RG. II. 1./2. 87 Rs. 9 S. 107 formuliert: es sei tatsächlich zu prüfen, ob ein dem Anstifter bewußter ursächlicher Zusammenhang zwischen der Anstiftung und ihrem Mittel und der konkreten Straftat bestehe.

ein vorheriges Sichanbieten des Täters die Strafbarkeit des Anstifters nicht aus.<sup>74)</sup>

Es kann übrigens das anfangs bei dem Täter vorhandene und die Wirksamkeit der Anstiftung ausschließende Motiv später wegfallen und dann das von dem Anstifter gelieferte Motiv nachträglich wirksam werden und die Verantwortlichkeit des Anstifters begründen; ein für die Begehung des Verbrechens versprochener Lohn kann den Entschluß, der sonst aufgegeben sein würde, aufrechterhalten.

§ 327. Nur auf der Unerheblichkeit der Anstiftung einer *Alias facturus*<sup>74a)</sup> beruht es, daß man allgemein es für erlaubt hält, jemandem, der, wie man weiß, bestimmte Delikte begeht, Gelegenheit gibt, ein Delikt zu begehen, um ihn dabei zu ertappen und somit an der weiteren erfolgreichen Begehung von Delikten zu hindern; z. B. Polizeibeamte fordern in einem Verkaufsladen Arzneimittel, die nur in Apotheken verkauft werden dürfen; um denjenigen, der uns, wie wir vermuten, schon mehrfach bestohlen hat, zu ertappen, stellen wir einen ihn verlockenden Gegenstand an einen vom Diebe bequem zu erreichenden Platz.<sup>74b)</sup> Personen gegenüber, die sich noch nichts derartiges haben zuschulden kommen lassen (oder noch keine Anstalten zur Begehung des Delikts getroffen haben)<sup>74c)</sup>, dürfte man solche Versuchung nicht veranstalten, solche Fallen nicht legen, es müßte denn die gewiß irrige Theorie aufgestellt werden, daß Anstiftung nur durch Worte, nicht auch durch andere, unzweifelhaft eine Aufforderung enthaltende Veranstaltungen möglich sei.<sup>74d)</sup> Will man die Straflosigkeit des Polizeibeamten, des Eigentümers in den genannten Fällen damit be-

74) In diesem Sinne *Olshausen* § 48 Anm. 4.

74a) *Bar*, Versuch u. Teiln. S. 55. So anscheinend auch *Heilborn* S. 69.

74b) Vgl. über dergleichen Fälle die Kasuistik bei *Wharton*, Cr. L. 1 § 149; außerdem *Heilborn*, Der Agent prov. S. 10, 11, 68. Zuweilen wird bei solchergestalt gelegter Falle das Delikt wegen Konsens des Geschädigten oder Berechtigten ausgeschlossen sein. — Für die Straflosigkeit des zum Verbrechen Gelegenheit Gebenden (freilich nur in leichteren Fällen), wo ein unwiederbringlicher Schaden nicht eintritt, auch *Brusa*, *Dottr. del reato* S. 396.

74c) Personen, die bereits Veranstaltung zur Begehung bestimmter Delikte getroffen, z. B. Waren sich angeschafft haben, die zu verkaufen ihnen verboten ist, sind für den Fall entschlossen, die betreffenden Delikte zu begehen, daß sich eine Gelegenheit darbietet.

74d) Daß in dem Bereiten nur einer besonders günstigen Gelegenheit in der Absicht, einen anderen dadurch zum Verbrechen zu verführen, wirkliche Anstiftung liegen kann, ist richtig hervorgehoben von *M. E. Mayer*, Der Kausal-

weisen, daß man sagt, es werde hier nicht angestiftet, sondern nur Anlaß gegeben, das Delikt zu begehen, so schiebt man nur einen unklaren Begriff ein; denn worin unterscheidet sich der „Anlaß“ von der „Ursache“? Noch weniger dürfte die Strafflosigkeit damit zu erweisen sein, daß in solchen Fällen der Eigentümer mit der Tat einverstanden und deshalb deren Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sei. Der Eigentümer, der den Dieb auf die bezeichnete Weise ertappen will, ist zwar damit einverstanden, daß der Dieb die Sache berühre oder einen Augenblick in Händen habe, aber keineswegs damit, daß der Dieb schließlich mit der Sache wie ein Eigentümer schalte. Nur ein Einverständnis der letzteren Art würde meines Erachtens Diebstahl auf seiten des Täters und somit auch strafbare Anstiftung ausschließen.

§ 328. Wie mit Recht allgemein angenommen wird, braucht der Angestiftete kein Bewußtsein davon zu haben, daß er angestiftet wurde; die Erregung einer Leidenschaft (z. B. der Eifersucht Othellos durch Jago) kann so geschickt erfolgen, daß der Angestiftete es gar nicht merkt, daß der Anstifter ihn benutzt. So kann, wie schon bemerkt wurde, auch eine wirklich als solche verstandene Abmahnung, die aber das Gegenteil bewirken sollte und bewirkte, Anstiftung begründen.

Aber ein Entschluß des Angestifteten, ein Delikt zu begehen, muß immer bewirkt werden. Daher gibt es, wie andererseits die herrschende Meinung<sup>75)</sup> und mit ihr das RG.<sup>76)</sup> richtig annehmen, Anstiftung zu einem fahrlässigen Delikte nicht. *Birkmeyer* (S. 141) und *Olshausen* (§ 48, 18) ziehen dagegen daraus, daß der Angestiftete kein Bewußtsein von der erfolgten Einwirkung auf ihn zu haben braucht, den Schluß, es könne auch Anstiftung zu einem fahrlässigen Delikte stattfinden.<sup>77)</sup> Aber das Nichtwissen um die Art der Entstehung des Entschlusses ist keineswegs identisch mit der Nichtexistenz des

zusammenhang S. 120. *Heilborn* S. 68 vermißt hier die intellektuelle Einwirkung und nimmt daher nur Beihilfe an.

<sup>75)</sup> Vgl. *Geib* 2 S. 346. *Geyer* in *Holtendorffs* Handb. 1 S. 341; *Schwarz*, Kommentar S. 140; *Hälschner* 1 S. 390; *H. Meyer* § 32 Anm. 16 (allerdings nur vom Standpunkt des positiven Rechtes).

<sup>76)</sup> *H. Meyer* § 32 Anm. 16; *Hälschner* 1 S. 397; *Liszt* § 52 I. 1. a: *Frank*, Bem. IV zu StGB. I Abschnitt 3; *Katsenstein*, Zeitschr. 21 S. 378; RG. I. 20./6. 92 E. 23 Nr. 53 S. 175; II. 2./11. 97 E. 30 Nr. 97 bes. S. 296.

<sup>77)</sup> In gleicher Weise unrichtig schon *Bauer*, Abh. 1 S. 429; *Köstlin*, System 1 S. 305, *Rubo* § 48, 13; neuerdings *Beling*, Zeitschr. 18 S. 273.

Entschlusses. Nun gibt es keinen Entschluß, ein fahrlässiges Delikt zu begehen, solange dem fahrlässigen Delikte noch der Eintritt eines schädlichen Erfolges wesentlich und unentbehrlich ist; es gibt nur einen Entschluß zu einem fahrlässigen Verhalten. Dieser Entschluß kann allerdings durch Anstiftung hervorgerufen werden, nicht der Entschluß zu einem fahrlässigen Delikte, weil letzterer unmöglich ist.<sup>78)</sup> 79) Daher ist Anstiftung zu solchen Delikten, bei denen Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht unterschieden werden (wie bei vielen Übertretungen), allerdings möglich.<sup>79a)</sup> Nach richtigen Grundsätzen des Kausalzusammenhanges ist aber die Verantwortlichkeit des Anstifters zu einem fahrlässigen Verhalten ausgeschlossen in bezug auf den schädlichen Erfolg, der ja nach der Vorstellung des fahrlässigen Handelnden keineswegs mit Notwendigkeit an die unvorsichtige Handlung sich knüpft. Wer ein solches nur fahrlässiges Verhalten eines anderen veranlaßt, ohne den schädlichen Erfolg selbst zu wollen, kann entweder immer noch hoffen, daß der Angestiftete durch besondere Geschicklichkeit oder Vorsicht den schädlichen Erfolg vermeiden werde, und dann ist der Angestiftete allein verantwortlich, oder die Sache liegt so, daß der Angestiftete den Umständen nach, z. B. wenn dieser eine Autoritätsstellung ihm gegenüber einnahm, auf die Sachkunde des Anstifters sich verlassen durfte, und dann ist der Anstifter allein

<sup>78)</sup> So schon *Stemann*, GArch. 5 S. 50.

<sup>79)</sup> Für die Möglichkeit der Anstiftung zu einem fahrlässigen Delikte ausser den bereits Genannten: *Wächter* S. 255 Anm. 2; *Rubo*, Komment. § 48, 13; *Borchert* S. 60; *Binding*, Grundr. 1 § 63 (6. Aufl.). — Man kann zugeben, daß der Wortlaut des StGB. die Anstiftung nicht auf dolose Delikte beschränkt, da § 48 allgemein von einem Bestimmen zu einer strafbaren Handlung spricht. Soll aber eine einschränkende, zugleich der Geschichte der strafrechtlichen Theorie entsprechende Interpretation ausgeschlossen sein? Ein Bedürfnis zur Annahme einer derartigen Anstiftung ist nicht vorhanden; denn entweder ist der den Schaden intellektuell Veranlassende mittelbarer Täter oder aber der unmittelbare Täter ist verantwortlich. — Das preußische OT. hat in einem interessanten Falle (Urt. v. 24./2. 60 GArch. 8 S. 201 ff.) dialektisch die Verantwortlichkeit beider, des intellektuellen Veranlassers, wie der ausführenden Personen, ungeachtet der anscheinend im Urteile verworfenen Annahme einer Anstiftung zu einem kulpösen Verbrechen, damit begründet, daß die Herbeiführung des schließlichen Schadens als ein Exzeß des Täters bei der vom Anstifter zunächst gewollten Handlung (unter Umständen?) aufgefaßt werden könne. Diese Argumentation ist aber jedenfalls dann unzulässig, wenn die vom Veranlasser gewollte Handlung eine erlaubte ist. Eine unerlaubte Handlung als Exzeß eines erlaubten Auftrags eines Anderen zu betrachten und letzteren für den Exzeß strafrechtlich verantwortlich zu machen, dürfte zu den sonderbarsten Konsequenzen führen.

<sup>79a)</sup> Vgl. in diesem Sinne auch *Garraud* 2 n. 650, der dafür Anm. 13 auch die Praxis des französischen KH. anführt.



als mittelbarer Täter verantwortlich. Ersteres z. B., wenn jemand, der zum Bahnhofe fahrend, einen bald abgehenden Zug noch erreichen will, den Kutscher durch ein Trinkgeld zu besonders raschem, daher für Passanten der Straße gefährlichem Fahren veranlaßt,<sup>79b)</sup> und nun der Kutscher durch Überfahren einer fahrlässigen Körperverletzung sich schuldig macht; letzteres, wenn der Baumeister oder Maurerpolier die bei ihm beschäftigten Personen veranlaßt, mit einem schweren Steinblock ein zu schwaches Gerüst zu belasten, welches darauf einstürzt und verschiedene Personen verletzt. (Übrigens ergibt sich die Unzulässigkeit der Annahme einer Anstiftung zu fahrlässigen Delikten schon aus demjenigen, was oben S. 220ff. in der Lehre vom Kausalzusammenhange ausgeführt ist.)

§ 329. Bis auf die neueste Zeit trug man kein Bedenken, die mittelbare Täterschaft in demselben Umfange für möglich zu erklären wie die Anstiftung, und Benutzung einer irrenden oder unwissenden Person, wie die Benutzung eines Geisteskranken, gleichmäßig als mittelbare Täterschaft zu behandeln. Gegenwärtig aber werden von verschiedenen Autoren Beschränkungen als richtig bezeichnet.<sup>79c)</sup> *Mittermaier*<sup>79d)</sup> will mittelbare Tätigkeit nur annehmen, wenn derjenige, der einen (vom Gesetz gemißbilligten) Erfolg erreichen will, dazu der Tätigkeit einer (im rechtlichen Sinne) willenlosen Person (z. B. eines Geisteskranken) sich bedient, also nicht, wenn Irrtum oder Unwissenheit eines Willensfähigen benutzt wird, da im letzteren Falle der unmittelbar Tätige die Ausführungshandlung vornehme und nicht, wie im ersten Falle, als Werkzeug bezeichnet werden könne. Aber es kommt nicht darauf an, ob der unmittelbar Tätige überhaupt in irgend einem Sinne handelt, sondern ob er mit Beziehung auf den bestimmten Erfolg handelt, und dies fehlt auch bei dem in Unkenntnis des Erfolges

<sup>79b)</sup> Wegen Anstiftung zu dem Delikte des übermäßig raschen Fahrens (StGB. § 366 Nr. 2) kann der Fahrgast verantwortlich sein. — Die Kriminalisten, welche die Möglichkeit der Anstiftung zu einem fahrlässigen Delikte behaupten, wissen nicht, wie leicht jedermann, sie selbst nicht ausgenommen, in das Netz dieses Strafrechtsatzes geraten könnten. Selbstverständlich müßte auch intellektuelle Beihülfe zu fahrlässigen Delikten strafbar sein.

<sup>79c)</sup> Es werden wenigstens solche Beschränkungen nicht erwähnt oder auch nur angedeutet. Vgl. *Oersted* a. a. O.; *Stübel*, Teiln. S. 78; *Luden*, Abhandlungen 2 S. 333; *Köstlin*, System 1 S. 300; *Langenbeck* S. 149; *Geib* 2 S. 346; *Hälschner* 1 S. 398.

<sup>79d)</sup> Zeitschr. 21 S. 521 ff., bes. S. 247.

Handelnden; sonst dürfte auch ein Kind, welches in Ansehung der zur Ausführung eines Diebstahls erforderlichen Bewegungen einen Willen hat, nicht als bloßes Werkzeug betrachtet werden, während *Mittermaier* das Kind dem Geisteskranken gleichstellt, welchem letzteren übrigens jener beschränkte Wille ebenfalls keineswegs immer fehlen wird.

Andere Autoren<sup>80)</sup> erachten bei einer erheblichen Anzahl von Delikten die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft für ausgeschlossen.<sup>81)</sup> Es wird behauptet, bei vielen Delikten sei nur eine mittelbare persönliche Begehung möglich. Die Konsequenz ist dann, daß, wenn der unmittelbare Täter wegen Zurechnungsunfähigkeit oder Irrtum das Delikt im strafrechtlichen Sinne nicht begehen kann, aber freilich äußerlich den Tatbestand des Deliktes verwirklicht, überhaupt niemand strafrechtlich verantwortlich ist.

*Borchert* (S. 106 ff.) führt aus, abgesehen von denjenigen Delikten, bei denen wie beim Meineid Dolus auf seiten des Täters und äußere Handlung stets in derselben Person zusammentreffen müssen, seien auch auszunehmen alle Delikte, die für den Täter gewisse persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse voraussetzen, wie z. B. Inzest, Bigamie, endlich alle Omissivdelikte im eigentlichen Sinne. Nach *Loening*<sup>81a)</sup> sind alle Delikte der Begehung durch mittelbare Täterschaft entzogen, deren Tatbestand eine höchst persönliche Qualität oder Funktion voraussetzt, welche notwendig in der Person eines jeden Täters selbst zutreffen muß und demselben nicht durch andere Personen vermittelt werden kann,<sup>81b)</sup> und ebenso solche zahlreichen Deliktsarten, die zwar ein Kausalwerden des

<sup>80)</sup> So *Borchert* S. 186; *Loening*, Strafrechtliche Haftung des Redakteurs S. 138. Grundr. § 21, II, 3; *Lens*, Die Fälschungsverbrechen (1897) S. 230, und besonders *Höpfner*, Zeitschr. 22 S. 205.

<sup>81)</sup> Die Frage, ob Anstiftung möglich ist, wenn das Delikt nur von jemanden begangen werden kann, der in einem besonderen rechtlichen, bei dem Anstifter nicht zutreffenden Verhältnisse steht, wird unten erörtert werden. Hier handelt es sich nur um die Frage, ob in betreff der mittelbaren Täterschaft noch eine andere, bei der Anstiftung nicht ebenfalls anzuerkennende Einschränkung zu machen sei.

<sup>81a)</sup> Die strafrechtliche Haftung des verantwortl. Redakteurs S. 148, 149; Grundriß S. 13.

<sup>81b)</sup> Dieser Ansicht ist auch *Olshausen*, StGB. Teil 1, Abschn. 3, Anm. 5. Die die Tat veranlassende, zu ihr selbst ungeeignete Person soll dann nur wegen Beihilfe straffällig sein. (*Frank*, Teil 1, Abschn. 3, Anm. III, 2 vertritt eine Mittelmeinung.)

Täters für einen bestimmten Erfolg erfordern, bei denen aber hiermit die Täterschaft in keiner Weise ausreichend charakterisiert ist; so sei bei Gotteslästerung, Beleidigung, Nötigung, das Wie der Verursachung des Ärgernisses, der Ehrenkränkung, der Duldung des Vermögensschadens das Entscheidende.

In noch anderen Versionen ist dieser Gedanke von Höpfner weiter verfolgt; er möchte insbesondere alle Delikte ausschließen, deren Tatbestand nicht in einem bestimmt hervortretenden Erfolge, vielmehr in einer Berührung oder in einer reinen Tätigkeit, wie z. B. (vgl. StGB. § 366,2) in übermäßig schnellem Reiten in Städten oder Dörfern, in Sprechen, Schreiben besteht.<sup>82)</sup>

**§ 330.** Diesen Beschränkungen ist nicht zuzustimmen. Es kann nicht unterschieden werden zwischen reinen Tätigkeitsdelikten und solchen, bei denen es auf den Erfolg ankommt, oder solchen Erfolgsdelikten, bei denen eine Tätigkeit wesentlich ist; denn jede Tätigkeit, die nach außen irgend bemerkbar wird, enthält schon einen Erfolg, und andererseits gibt es Delikte nicht, bei denen die Tätigkeit in besonderer Weise wichtig oder aber unwesentlich wäre. Beides ist im Verbrechenstatbestande zusammengefaßt, wenngleich es möglich ist, daß bei einem aus mehreren Tätigkeiten zusammengesetzten Tatbestande, die eine Person diese, eine andere jene Tätigkeit unmittelbar mittelbar aber jede Person durch Hinzunahme der Tätigkeit einer anderen den gesamten Tatbestand verwirklicht.

Nicht selten hat der Gesetzgeber bei den vermeintlichen Tätigkeitsdelikten nur deshalb einen bestimmten, mehr greifbaren, äußerlich hervortretenden Erfolg nicht als Erfordernis des vollendeten Deliktes in dessen gesetzlichen Tatbestand aufgenommen, weil er das Delikt schon auf einer früheren Stufe

<sup>82)</sup> Interpretationen nach dem Buchstaben des Gesetzes, welche von den Postglossatoren und älteren Italienern gelegentlich geliefert sind, haben häufig zur Kritik Anlaß gegeben. Sollten sie aber durch einzelne neueste Interpretationen unserer Gesetze nicht noch übertroffen sein? Vgl. *Menochius, de arbitrariis judic.* qu. 353 n. 18. Hier wird unter Bezugnahme auf andere Autoritäten, z. B. *Aegidius Bossius*, der die Frage erörtert, ob ein Statut, das jemand mit einer von der Bestimmung des gemeinen Rechtes abweichenden, besonders hohen Strafe belege, wenn er „*suis manibus*“ die Tat begehe, auch auf den Mandans zu beziehen sei. *Menochius* entscheidet sich dahin, in diesem Falle verbleibe es bei der Strafe des gemeinen Rechtes für den Mandans, da das Statut nur Ausführende besonders schwer habe treffen wollen. Von einer Straffreiheit des Mandans ist keine Rede. Man vergleiche damit einige andere im Texte kritisierte Ausführungen.

mit der vollen Strafe treffen wollte, zuweilen weil der Erfolg oft zu schwierig festzustellen wäre, oder weil die Gefährdung, die Beunruhigung eines anderen oder anderer, die regelmäßig aus der Tätigkeit hervorgehen würde, ihm schon genügender Anlaß zur Bestrafung sein konnte. Schließlich ist es doch immer ein irgendwie gearteter schädlicher Erfolg — mag er auch, wie etwa Beunruhigung und Schrecken, nicht körperlich zu fixieren sein — der abgewendet werden und zu dessen Abwendung auf die Gemüter durch Strafdrohung und Strafvollziehung eingewirkt werden soll. Dieser Erfolg und damit das gesamte äußere Bild der Tat tritt genau so ein, wenn eine zurechnungsunfähige Person die Tat in ihren äußeren Zügen verwirklicht, wie wenn dies seitens einer zurechnungsfähigen geschieht; zuweilen wird die Gefahr, die Beunruhigung, möglicherweise selbst der Schaden im ersten Fall noch größer sein, z. B. wenn man einen Wahnsinnigen zur Begehung eines Hausfriedensbruches benutzt, wenn man einen Wahnsinnigen im schärfsten Galopp durch belebte Straßen einer Stadt reiten läßt.<sup>82a)</sup> Nun muß allerdings das Strafrecht aus anderen Gründen, sofern nur eine zurechnungsunfähige Person im Spiele ist, auf die Bestrafung verzichten. Aber soll dieser Verzicht auch insofern gelten, als eine zurechnungsfähige Person einen Wahnsinnigen oder einen noch

<sup>82a)</sup> Höpfner S. 210—213 nimmt an, Hausfriedensbruch durch Verweilen wider Verbot könne durch mittelbare Täterschaft nicht begangen werden, weil das Verbot des längeren Verweilens nicht an den mittelbaren Täter gerichtet werden könne. Aber das Wesentliche beim Hausfriedensbruch ist die Beunruhigung, der Umstand, daß man nicht mehr Herr in seinen Räumen ist; diese Störung des Hausfriedens, so nimmt der Gesetzgeber an, ist vorhanden, wenn jemand, ohne ein besonderes Recht dazu zu haben, wider ergangenes Verbot in den betreffenden Räumen noch länger verweilt; statt abstrakt zu sprechen von rechtswidriger Beunruhigung, wählt der Gesetzgeber mehr zu den Sinnen sprechende, mehr greifbare Tatbestände. Aus diesem, nur formell verschiedenen Ausdrucke kann sich eine verschiedene Behandlungsweise der mittelbaren Täterschaft gewiß nicht ergeben. Ähnlich liegt die Sache im Falle des einen Tatbestandes von StGB. § 366, 2. Wer in Städten oder in Dörfern übermäßig schnell fährt oder reitet, wird bestraft, d. h. wer Gefahr oder Beunruhigung des Publikums durch schnelles Reiten oder Fahren herbeiführt; sonst dürfte das schnelle Reiten oder Fahren niemanden kümmern. Daß dies der wahre Sinn der erwähnten Strafbestimmung ist, geht aus dem ferneren Tatbestande hervor, der in derselben Nr. 2 des § 366 hinzusetzt: „oder auf öffentlichen Straßen oder Plätzen der Städte oder Dörfer mit gemeiner Gefahr Pferde einfährt oder zureitet. Dieses Einfahrens oder Zureitens von Pferden mit gemeiner Gefahr kann jemand als mittelbarer Täter nach Höpfners Theorie sich schuldig machen, nicht aber des übermäßig schnellen Reitens, obschon das Zureiten doch nichts anderes ist als Reiten mit dem bestimmten Zwecke der Pferdedressur; denn das Zureiten ist (nach Höpfner) eine Erfolgstätigkeit, das einfache Reiten nicht.

nicht zurechnungsfähigen, aber recht kräftigen und frechen Burschen zum Werkzeuge ihrer Bosheit benutzt?

Auch die Bestimmung des StGB. § 160, nach welcher bestraft wird die Verleitung zu einem objektiv falschen Eide (dessen Inhalt der Schwörende für wahr hält), läßt sich nicht anführen für den allgemeinen Satz,<sup>82b)</sup> daß überall, wo das Delikt voraussetze eine besondere tatsächliche oder rechtliche, nur bei dem Täter zutreffende Eigenschaft oder Situation, mittelbare Täterschaft ausgeschlossen sei; ein Satz, der in dieser Allgemeinheit die Straflosigkeit wahrhaft abscheulicher, mit größtem Raffinement ausgeführter Taten zur Folge haben würde.<sup>82c)</sup> Vielmehr beruht die nach anderen Gründen legislativ recht angreifbare, durch eine besondere Schrift *Sigm. Schulzes*<sup>82d)</sup> veranlaßte strafgesetzliche Erfindung des § 160 auf der völlig eigenartigen Natur des Eides.<sup>82e)</sup>

Niemand kann, genau betrachtet, verpflichtet werden, objektiv die Wahrheit zu sagen. Möglich ist nur die Verpflichtung, ohne Entstellung dasjenige Bild von Tatsachen zu enthüllen, welches der Aussagende im Augenblicke in seinem Gedächtnisse hält. Wird dieses ohne Entstellung offenbart, so ist der Eid stets wahr, mag auch das Bild den Tatsachen keineswegs entsprechen. Bringt also jemand es durch List dahin, daß ein anderer im Augenblicke der Eidesleistung ein falsches Bild von bestimmten Tatsachen in seiner Seele trägt, so ist bei letzterem eine rechtswidrige Handlung, ein strafrechtlich erheblicher Erfolg

<sup>82b)</sup> So *Voigt*, GArch. 28 S. 227; *Borchert* S. 106; *Frank* zu StGB Teil I. Abschn. 3. III, 2. — Dagegen im Sinne des Textes *Hälschner* 2 S. 930 *Liszt* § 50 II.

<sup>82c)</sup> Gegenüber den kritisierten neuerlichen Versuchen, die sog. mittelbare Täterschaft einzuschränken, könnte für das demnächstige StGB. die von *Steg* (Vergleichende Darstellung bes. Teil 3 S. 404) zur Erwägung verstellte Bestimmung zweckmäßig erscheinen: „Wer vorsätzlich veranlaßt, daß jemand die äußere Tat eines Verbrechens unvorsätzlich ausführt, unterliegt der Strafe des Täters“. Ich würde indes eine derartige (wie sich zeigen wird, auf den falschen Eid nicht passende) Bestimmung lieber fortlassen.

<sup>82d)</sup> Die Verleitung zum falschen Eide (1870.)

<sup>82e)</sup> Diese wird verkannt in der zu dieser Frage vielfach zitierten (*Haller*) Dissertation v. *Hellendorfs*, Die mittelbare Täterschaft und die Verleitung zu Falscheid, 1895. Vgl. bes. S. 59, 60, wo ausgeführt wird, der Verleiter selbst habe durch den Zugeführten als sein Werkzeug den Eid geleistet. Ebenso *Binding*, Lehrb., bes. Teil 2 § 155. Wenn neuere Gesetze des Auslandes eine dem § 160 des StGB. entsprechende Bestimmung nicht enthalten, so beweist dies keineswegs, daß nach ihnen derjenige, der einen anderen zu einem nur objektiv falschen Eide veranlaßt, als Urheber eines Meineids bestraft werden soll.

überhaupt nicht vorhanden,<sup>82f)</sup> eine mittelbare Täterschaft in bezug auf eine strafbare Handlung also ausgeschlossen. Und wengleich unser StGB. eine sehr problematische Bestimmung enthält, welche nominell die fahrlässige falsche Eidesleistung, in Wahrheit aber eine der Eidesleistung vorhergehende Fahrlässigkeit straft, so könnte doch von mittelbarer Täterschaft dann nicht geredet werden, wenn es auch an einer Fahrlässigkeit fehlt, gleichwohl aber tatsächlich Unrichtiges beschworen wird. Im Falle der Fahrlässigkeit des Schwörenden würde nach der oben vertretenen, auch herrschenden Ansicht nur die Anstiftung, im Falle fehlender Fahrlässigkeit sowohl der Begriff der Anstiftung wie der Begriff der mittelbaren Täterschaft versagen.<sup>82g)</sup> Und da die Fahrlässigkeit des Schwörenden im konkreten Falle oft schwer nachweisbar oder zweifelhaft sein wird, so konnte der Gesetzgeber allerdings zu einer Bestimmung sich veranlaßt finden, die in beiden Fällen den dolosen Veranlasser des objektiv Falsches enthaltenden Eides trifft.<sup>82h)</sup>

Keine Schwierigkeit bieten Anstiftung und mittelbare Täterschaft bei Omissivdelikten im eigentlichen Sinne.<sup>83)</sup> Derartige Fälle werden freilich selten vorkommen.

Die richtige, insbesondere auch durch *Liszt* (§ 50 Anm. 3) vertretene Ansicht geht also dahin, daß mittelbare Täterschaft bei allen Delikten möglich ist, nur nicht beim Eidesdelikte, eine Ausnahme, die *Liszt* übrigens nicht gelten läßt, während

<sup>82f)</sup> Anders *Stoß* a. a. O. S. 401.

<sup>82g)</sup> Die Verleitung zu einer nur objektiv falschen eidlichen Aussage ist genau betrachtet nur unter demselben Gesichtspunkte strafwürdig, wie die Anfertigung eines zur Irreführung des Gerichts dienenden Anzeigebeweises oder die Vernichtung eines der Feststellung der Wahrheit dienenden Anzeigebeweises; das Herausgreifen des Eidesfalles ist also nicht gerechtfertigt, während eine einschlagende allgemeine gesetzliche Bestimmung aus anderen Gründen legislativ als sehr bedenklich erscheinen muß.

<sup>82h)</sup> Noch weniger aus StGB. § 160 kann aus StGB. § 271 hier ein Schluß gezogen werden. Anders freilich *Frank*. Nach der hier ausnahmsweise durchbrechenden (in Wahrheit rationellen) römischen Auffassung des *Crimen Falsi* ist unmittelbarer Urheber der Fälschung nicht der Beamte, der die Urkunde aufnimmt, vielmehr derjenige, der den Beamten täuscht. Die deutschrechtliche Auffassung des *Falsum*, welche zu einer Fälschung einen körperlichen Gegenstand verlangt, durch den die Täuschung bewirkt wird, kommt insofern zur Geltung, als die Täuschung des Beamten (oder Notars) die Herstellung einer Urkunde zur Folge haben muß. — Die Beibehaltung des § 160 des StGB. soll übrigens hier keineswegs empfohlen werden.

<sup>83)</sup> Vgl. *Olshausen* § 48 Anm. 19.

doch die höchst persönliche Natur des Eides auch sonst im Rechte nicht verkannt wird.

§ 331. Die Streitfrage, ob es eine Anstiftung zur Anstiftung und bzw. zur Beihilfe gebe, ist bejahend zu beantworten; es ist kein Grund aufzufinden gegen diese Möglichkeit. Der Dolus des ersten Anstifters<sup>84)</sup> ist dann ein doppelt bedingter.<sup>85)</sup> A will das Verbrechen, falls B den C zur unmittelbaren Ausführung der Tat bestimmen<sup>85)</sup> und C wirklich dazu schreiten werde. Ein solcher Vorgang ist gar nicht so undenkbar.<sup>86)</sup> Unrichtig ist es, dagegen einzuwenden, daß unser positives Recht nur die Teilnahme an der Tat, nicht aber eine Teilnahme zur Teilnahme bestraft,<sup>87)</sup> denn die erste Anstiftung ist nicht nur eine Anstiftung zur Anstiftung, vielmehr zugleich eine durch das Medium des Angestifteten hindurchgehende Anstiftung zur Tat selbst, eine Auffassung, die am wenigstens vom Determinismus abgelehnt werden dürfte, aber auch dem relativen Indeterminismus keineswegs widerstreitet. Es ist kein Grund gegen die Strafbarkeit der solchergestalt vermittelten Anstiftung, daß die Gefahr, welche hier in der Anstiftungshandlung erblickt werden kann, entfernter<sup>87a)</sup> erscheint, als bei unmittelbarer Anstiftung zur Tat, insofern nunmehr zur Ausführung der Tat die Entschlüsse zweier Personen (außer dem Uranstifter) nötig sind. Denn der Uranstifter wird nur gestraft, wenn der Täter zur Ausführung schreitet, also wenn die Gefahr sich zur Wirklichkeit gestaltet, d. h. genau betrachtet ebenso groß gewesen ist, wie bei unmittelbarer Anstiftung. Auch handelt es sich hier — im Gebiete

<sup>84)</sup> So auch *Oppenhoff-Delius* § 48 Anm. 6; *Geyer* in *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 377; *Schütze*, Lehrb. S. 154; *Rubo* § 48 No. 7; *H. Meyer-Allfeld* § 32 zu Anm. 57; *Olshausen* § 48 Anm. 23; *Kohler*, Studien I. S. 139. — *Frank* § 48 I. 5; *Liszt* § 52 III, 1. In diesem Sinne auch *Wharton* I § 225a; *Archbold-Stephenson* S. 16. — Auch *Garraud* 2 n. 677 entscheidet sich für die Verantwortlichkeit des Uranstifters, da es nur auf den „*Rapport de causalité*“ ankomme.

<sup>85)</sup> Ungenau ist die Bezeichnung des A als eines mittelbaren Anstifters, wenn hier an die Analogie des mittelbaren Täters gedacht wird.

<sup>86)</sup> Dabei ist es, wie *Kohler* bemerkt, sehr leicht möglich, daß der Uranstifter dem Anstifter überläßt, den Täter auszuwählen, und denkbar ist auch, wengleich es selten vorkommen mag, daß eine durch mehrere Personen hindurch wirkende mittelbare Täterschaft stattfindet oder daß der Anstifter sich einer ohne Dolus handelnden Person bedient, um einen Dritten anzustiften.

<sup>87)</sup> So freilich im Anschluß an eine früher mehrfach hinsichtlich des preußischen StGB. vertretene Ansicht (vgl. darüber und dagegen *Geyer* in *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 388 Anm.) *Finger* 1 S. 349, 350.

<sup>87a)</sup> Diesen Grund macht *Finger* a. a. O. geltend.

der Teilnahme — nicht um Gefahr, wie für die Lehre vom Versuch behauptet wird, vielmehr stets um Wirksamkeit und Wirklichkeit. Daß die strafrechtliche Unverantwortlichkeit des Uranstifters eine bedeutende Gefahr für die Rechtsordnung und zugleich eine Verletzung des Rechtsgefühles mit sich bringen würde, scheint übrigens nicht zweifelhaft. Der Wortlaut des Gesetzes steht endlich der Strafbarkeit nicht entgegen. Nach diesem Wortlaute wird gestraft, wer einen anderen zu der von diesem begangenen Handlung anstiftet. Die Handlung des angestifteten Anstifters ist aber eine strafbare, wenn der von ihm angestiftete Täter zur Tat schreitet.<sup>87b)</sup>

§ 332. Von der mittelbaren Anstiftung zu unterscheiden ist jedoch die sukzessive Anstiftung in dem Sinne, daß mehrere Personen Anstiftungshandlungen vornehmen, um dieselbe Person zur Begehung desselben Verbrechens zu bewegen. Handeln sie in Gemeinschaft, so daß jeder den anderen wissentlich unterstützt, so sind sie jeder als Anstifter für die Tat verantwortlich. Anderenfalls muß festgestellt werden, ob die Anstiftungshandlung des einzelnen überhaupt wirksam gewesen ist, und im Falle der Bejahung dieser Frage, ob sie als Anstiftung oder als intellektuelle Beihilfe zu betrachten ist. War die zur Tat ausersehene Person bereits von einem anderen wirklich angestiftet, also entschlossen, so liegt einfach der Fall der Anstiftung eines *Alias facturus* vor.<sup>88)</sup>

§ 333. Eine Anstiftung zum Versuche eines Verbrechens ist, wenn der Täter selbst nur zum Versuche gelangen wollte, selbstverständlich unmöglich, da eine Tat, die nach Absicht des Täters nur Versuch bleiben soll, überhaupt nicht Versuch ist. Fraglich aber ist, ob der Antifter dann nicht wegen Anstiftung zum Versuche gestraft werden müsse, wenn er zwar die Vollendung nicht, wohl aber wollte, daß der Angestiftete zum Versuch gelange, wenn er, insbesondere die Vollendung zu hindern,<sup>89)</sup> den Täter aber bei einem objektiv unschädlichen

<sup>87b)</sup> *Beling*, Lehre v. Verbrechen S. 447 ff. konstruiert eine strafbare Teilnahme an der Teilnahme, also eine Teilnahme zweiter Potenz. Diese künstliche Konstruktion ist unnötig. Es genügt die einfache Lehre von der auch psychisch anzunehmenden Kausalität.

<sup>88)</sup> Übereinstimmend *Geyer* in *Holtzendorffs* Hdb. 2 S. 377, 378.

<sup>89)</sup> Würde der Provozierende auch wollen, daß der Provozierte den etwaigen materiellen Erfolg der Tat herbeiführt, so dürfte niemand daran denken, ihn straffrei zu lassen. Wer einen Mord provoziert in der Absicht, einen Banditen



Versuche zu ertappen gedachte, also als *Agent provocateur*, wie man sich ausdrückt, handelte.

Die Entscheidung wird dadurch prinzipiell im Sinne der Strafbarkeit des Provozierenden gegeben, daß der Vorsatz des Anstifters nicht neben der Absicht, den Täter zur Ausführung zu bestimmen, auch noch direkt auf den Erfolg gerichtet ist;<sup>89a)</sup> bei dieser Annahme würde allerdings der Anstifter den Dolus haben, den anderen ausschließen können; es würde ihm der erforderliche zwiefache Dolus fehlen, wenn er nur einen Versuch wollte, also eine nicht strafbare Handlung.<sup>89b)</sup> Da aber der Vorsatz gerichtet ist auf die Herbeiführung der Handlung des Angestifteten, d. h. auf das Verbrechen, wie dies durch die Handlung des Angestifteten in unmittelbare Erscheinung tritt,<sup>89c)</sup> die Handlung des Angestifteten aber auf den Erfolg gerichtet ist, so kann der Anstifter, wenn er in dem Angestifteten den Entschluß zur Begehung des Verbrechens hervorruft, nicht zugleich geltend machen, daß er einen Teil dieses unteilbaren und durch die Anstiftungshandlung in die Erscheinung tretenden Dolus nicht habe.<sup>90)</sup>

desto besser abfassen zu können, nachdem dieser gemordet hätte, könnte doch nicht straffrei ausgehen. Das Motiv der Anstiftung kann diese nicht entschuldigen. „Wenn der Bruder den Bruder zum Vaternord anstiftet, um nach dessen Hinrichtung Mörder und Gemordeten zu beerben, so ist über die Strafbarkeit kein Zweifel.“ *Geyer*, Erörterungen S. 143.

<sup>89a)</sup> Von *Katzenstein* S. 386 und *Finger* 1 S. 351 wird angenommen, daß der Dolus des Anstifters sich direkt auch auf den Erfolg richte, und daraus die Straflosigkeit des *Agent provocateur* auch folgerichtig abgeleitet. Mit dem von *Finger* andererseits angenommenen akzessorischen Charakter der Teilnahme (und also auch der Anstiftung) steht diese Auffassung des Anstifter-Dolus aber im Widerspruch.

<sup>89b)</sup> Dies ist z. B. einfach gesagt in den Gründen einer Entscheidung des preuß. OT. v. 30./6. 71, GArch. 19 S. 608 (vgl. D. Strafrechtszeitung 1872 S. 143) — allerdings nur gelegentlich.

<sup>89c)</sup> *Löwenheim* S. 49, 50 leitet die Strafbarkeit des *Agent provocateur* daraus ab, daß der Vorsatz des Anstifters nur auf die Anstiftung als auf seine Handlung sich erstrecke. Wenn also ein dem Vorsatze des Anstifters entsprechender Entschluß des Angestifteten erreicht werde, liege vollendete, vorsätzliche Anstiftung vor. Gegen diese Auffassung des Anstifter-Vorsatzes vgl. oben und auch die Dissertation von *Korn*, Der Vorsatz des Anstifters (1902) S. 17. — Andererseits verkennt *Korn*, der die Straflosigkeit des *Agent provocateur* verteidigt (sofern die Vollendung nicht eintritt), daß der Vorsatz des Anstifters sich auf die Tat als Einheit richtet, und daß der Erfolg dabei nicht willkürlich ausgenommen werden kann. — Die richtige Auffassung des Anstifter-Dolus vertritt *Heilborn* S. 87, 88.

<sup>90)</sup> Will man es gelten lassen, daß der Provozierende, obschon seine Provo-kation als solche wirken soll und wirkt, sich darauf berufe, er habe doch nicht die Absicht gehabt, daß das Verbrechen wirklich begangen werde, so legt man in Wahrheit einer *Reservatio mentalis ipso facto contraria* Wirksamkeit bei.

Die hier vertretene Auffassung des Anstifter-Dolus aber entspricht dem positiven Rechte; da unser Gesetz die Anstiftung als Teilnahme an der Handlung des Täters behandelt; sie folgt aber auch rationell aus dem eventuellen Charakter des Vorsatzes des Anstifters und sie ist praktisch notwendig, wenn man nicht zu Absurditäten gelangen will. Soll der Anstifter so angesehen werden, als handle er entweder ausschließlich — das ist die Auffassung, welche z. B. *Liszt* theoretisch für richtig hält, *Kohler* aber auch *de lege lata* nach Maßgabe des StGB. vertritt — direkt, wie wenn er sich eines beliebigen leblosen Werkzeuges bediente, oder zugleich indirekt — wie diejenigen eigentlich annehmen, welche noch einen besonderen auf den Erfolg gerichteten Dolus für erforderlich halten<sup>91)</sup> —, so wäre Anstiftung allemal ausgeschlossen, wenn der Anstifter wegen natürlicher Eigenschaften oder wegen Existenz oder wegen Mangels rechtlicher Beziehungen das Verbrechen nicht als Täter begehen könnte; denn einen auf unmittelbare Realisierung des Verbrechens gerichteten Dolus kann der Anstifter in diesen Fällen nicht haben. In dieser Ausdehnung wäre der Ausschluß der Anstiftung (vgl. unten) aber wieder gegen positives Recht (StGB. § 50) und zugleich im höchsten Maße bedenklich. Die Konsequenz der richtigen Ansicht, welcher zufolge die Handlung des Täters zum Grunde gelegt wird, ist aber für die aufgeworfene Frage, daß lediglich die Absicht, die Vollendung nicht eintreten zu lassen oder sie positiv zu hindern, die Strafbarkeit des Anstifters nicht ausschließt.<sup>92)</sup> Dieser Ausschluß wäre noch zu rechtfertigen, wenn zum strafrechtlichen die Absicht zu schaden

<sup>91)</sup> Auf dieser irrigen Auffassung des Dolus des Anstifters beruht auch die Ausführung *Katzensteins*, Zeitschr. 21 (bes. S. 405ff.).

<sup>92)</sup> *Glaser* (Ges. kl. Schriften I S. 123) hat freilich geltend gemacht, daß der Anstifter doch zweifellos straffrei sei, der, von Reue erfaßt, den im Versuche begriffenen Täter an der Vollendung hindere. Daher könne um so weniger strafbar sein, derjenige, der von Anfang an die Absicht solcher Verhinderung habe. Gegen dies Argument, das *Katzenstein* S. 407 und *Korn* S. 28 ebenfalls für schlagend erachten, ist zu bemerken, daß die Prämisse, von der *Glaser* ausgeht, keineswegs unbestritten ist, wenngleich die in früheren Gesetzbüchern enthaltene polizeiliche Komplottheorie dergleichen Sätze enthielt. Die der Gerechtigkeit entsprechende Konsequenz der akzessorischen Eigenschaft der Anstiftung fordert vielmehr für die Prämisse die entgegengesetzte Entscheidung. Wäre es wirklich gerecht, den Anstifter als Tugendbold straffrei zu lassen, der eigene Leidenschaften in dem Täter angefacht hat, nachher aber sich besinnt oder aus Feigheit zurückzieht, den Angestifteten dagegen, der in raffinierter Weise zum Verbrechen gehetzt ist, wegen Versuchs ins Zuchthaus zu senden?

gehörte; denn allerdings einen materiellen Schaden wird der *Agent provocateur* nicht eintreten lassen wollen. Aber die Absicht zu schaden gehört, wie jetzt wohl allgemein angenommen wird, nicht zum Wesen des deliktischen Dolus. Es genügt der Vorsatz, dasjenige zu tun, was das Gesetz als Tatbestand des Deliktes bezeichnet. Außerdem kann ein Schaden, ungeachtet der Absicht des Provozierenden, ihn zu verhüten, gleichwohl leicht eintreten: das Unglück will, daß der Angestiftete nicht rechtzeitig gehindert wird!<sup>92a)</sup> Was dann? In anderen Fällen der Anstiftung, in denen es zum vollendeten Verbrechen kommt, ist der Anstifter (vgl. unten) voll verantwortlich. Es würde doch in solchem Falle eines besonderen, selbst in Ansehung der Polizeibeamten höchst bedenklichen<sup>93)</sup> Rechtssatzes bedürfen, um den *Agent provocateur* von der Strafe zu befreien. Die Meinung endlich, die Provokation sei erlaubt wegen des löblichen Endzweckes, den Verbrecher zu entlarven oder unschädlich zu machen, wäre ein Irrtum über die strafrechtliche Beurteilung der Handlung, im Sinne der reichsgerichtlichen Praxis ein Irrtum über das Strafgesetz selbst, also ein nicht zu beachtender Rechtsirrtum. Die einzige Möglichkeit, zuweilen Strafflosigkeit des Provozierenden anzuerkennen, liegt, abgesehen von der etwa bei einzelnen Deliktsfällen möglichen Straffreiheit vermöge wirklicher oder vom Provozierenden angenommener Einwilligung des Geschädigten,<sup>94)</sup> wie oben gesagt, zuweilen

<sup>92a)</sup> Es ist nicht immer zutreffend, daß ein durch den *Agent provocateur* veranlaßter Versuch ungefährlich sei. *Korn*, der S. 26 gegen *Heilborn* polemisiert, bemerkt gegen diesen Einwand, der die Strafflosigkeit des *Agent provocateur* immerhin auch vom rein utilitarischen Standpunkte aus bedenklich erscheinen läßt, daß es jedenfalls stets an der „subjektiven Gefährlichkeit“ fehle, welche doch Versuch und straflose Fahrlässigkeit von einander scheidet. (Die fahrlässig abgeschossene Kugel sei objektiv ebenso gefährlich, wie die in verbrecherischer Absicht abgeschossene, aber ebenfalls vorbeifliegende Kugel.) Aber, wie oben dargelegt worden, beruht die Strafbarkeit des Versuchs nicht auf der Gefährlichkeit desselben. *Kohler* S. 123 und *Geyer, Holtsendorffs* Hdb. 4 S. 161 wollen in solchen Fällen unter Umständen den Provozierenden wegen Culpa haften lassen: dann wäre für denselben Erfolg ein fahrlässiger und zugleich ein doloser Urheber vorhanden, und zwar wäre der letztere durch den ersteren absichtlich in Bewegung gesetzt. Die Lösung ist scheinbar einfach, enthält aber einen Widerspruch; der Angestiftete wird einerseits als willenlose Naturkraft und andererseits als mit selbständigem Willen begabt behandelt; auch ist weder von *Kohler* noch von *Geyer* gesagt, wie zu jener Lösung irgend welche Grundsätze über Kausalzusammenhang stimmen.

<sup>93)</sup> Die Frage, ob ein Unterbeamter sich auf einen Befehl eines Vorgesetzten berufen kann, ist an anderer Stelle zu erörtern.

<sup>94)</sup> Über solche Fälle vgl. namentlich *Heilborn* S. 167—187.

— namentlich wenn gewerbsmäßige oder auch gewohnheitsmäßige oder bandenmäßige Begehung<sup>95)</sup> strafbarer Handlungen oder Begehung strafbarer Handlungen innerhalb eines Gewerbes in Frage stehen — in der Annahme, daß die provozierten Personen, da sie eben gewerbs- oder gewohnheitsmäßig handelten, schon ohnehin entschlossen waren, die fragliche Handlung immer wieder zu begehen, sobald sich eine Gelegenheit dazu bieten würde;<sup>96)</sup> man kann aber z. B. straflose Provokation auch in dem Falle annehmen, daß jemand einen anderen, der bereits falsche Münzen angefertigt hat, veranlaßt, ihm solche Münzen zu übergeben, angeblich, um sie in den Verkehr zu bringen.<sup>97)</sup>

§ 334. Die straflose Provokation ist also in sehr enge Grenzen eingeschlossen; die Provokation ist nicht deshalb strafrei, weil der Provozierende die Tat nicht über den Versuch hinaus gelangen lassen wollte;<sup>98)</sup> sie würde im weiteren Umfange erlaubt sein, wenn das Gesetz, was unse Strafrechtsgesetz (mit gutem Grunde, vgl. unten) nicht tut, aber verschiedene der früheren deutschen Strafrechtsgesetzbücher taten, dem Anstifter Straffreiheit zusicherte, falls er von dem geplanten Verbrechen noch rechtzeitig, d. h. so, daß die Ausführung gehindert werden konnte, Anzeige macht; handelt bei solcher Gesetzesbestimmung der Provozierende im Auftrage der Polizei oder als Beamter, so ergibt sich in den meisten Fällen die Straffreiheit.<sup>99)</sup>

95) In diesem Sinne *Brusa, Saggio* S. 397, 398.

96) Die Ausführungen des Textes folgen im wesentlichen den von *Heilborn* gegebenen; nur daß sie die von *Heilborn* nicht genügend (oder überhaupt nicht?) berücksichtigte Straflosigkeit in den Fällen der Anstiftung bereits zur Begehung des Verbrechens entschlossener Personen mehr hervorheben.

97) Übereinstimmend *Wharton* I § 149.

98) Für diese Ansicht (im Ergebnisse) insbesondere (außer *Löwenheim* und *Heilborn*): *Lucas*, Subjekt. Verschuldung S. 103 (der freilich bei Beamten meist Straflosigkeit wegen entschuldbaren Irrtums annimmt); *Olshausen* § 48 n. 14; *Frank* § 48 III; *Crivellari* 4 S. 135, der dafür auch *Majno* anführt: die Obrigkeit habe die Aufgabe, die öffentliche Ordnung zu schützen, aber nicht die Befugnis, sie unter dem Privileg der Straflosigkeit zu verletzen.

99) Vgl. den (freilich durch Gesetz von 1849 schon aufgehobenen) Art. 77 d. württemb. GB., großherzogl. hessisch. GB. Art. 72, nassauisches GB. Art. 68. *Heilborn* S. 130 bemerkt hierzu mit Recht: „Wir haben hier den richtigen *Agent-provocateur*-Paragraphen“ (vgl. über die in dieser Beziehung von der württemb. Abgeordnetenversammlung geltend gemachten Bedenken: *Hepp*, Kommentar, z. württemb. StGB. I S. 561). Insofern man das Komplott (vgl. unten) als gegenseitige Anstiftung auffaßt, konnte man das gleiche auch für andere Gesetzbücher folgern. Vgl. *Leonhardt*, Kommentar, z. hannover. CGB.; *Köstlin*, System S. 334.

Angenommen indes, daß, der Ansicht der Gegner entsprechend, der Dolus des Anstifters sich auch direkt auf die Vollendung richte, also beim *Agent provocateur* ausgeschlossen sei, so ist doch dieser allemal strafbar, wenn der Täter die Tat formell vollendet hat. Nun ist die Vollendung aber bei manchen Delikten auf einen Punkt festgestellt, wo gleichwohl der Erfolg, den das Gesetz hindern will (der Schaden), noch nicht eingetreten ist. Die Entscheidung, ob nur Versuch oder Vollendung vorliegt, steht hier oft auf des Messers Schneide. Soll davon die Strafbarkeit des *Agent provocateur* abhängen, so kommt man zu einer Verschiedenheit der Entscheidungen, welche das Gerechtigkeitsgefühl verletzt. Daher fordert Geyer<sup>99a)</sup> (*Holtzendorffs* Hdb. 2 S. 349) für den strafbaren Anstiftervorsatz die Absicht, den Schaden zu bewirken, gegen dessen Herbeiführung sich in Wahrheit die Strafdrohung der Gesetze richte, und H. Meyer (*Meyer-Allfeld* § 52 Anm. 23) ist dieser Ansicht mit der Wendung beigetreten, der *Agent provocateur* sei nur strafbar, wenn er es zu einer sachlichen Verletzung kommen lasse. Aber der Schaden, den das Strafgesetz verhindern will, ist nicht immer nur ein körperlich greifbarer; er ist auch ein idealer, und selbst bei dem materiellen Schaden wird es oft zweifelhaft sein, wo er beginnt. Könnte nicht die Gewaltanwendung oder schon die Drohung mit derselben bei dem Verbrechen des Raubes usw. eine Gesundheitsschädigung der bedrohten Person mit sich führen? Diese Ansicht, genau betrachtet beruhend auf einer Wiedererweckung des alten *Animus nocendi*, für welchen man allerdings auf § 1 des österreichischen StGB. § 1 sich berufen kann (vgl. *Herbst*, Österreich. Strafrecht 6. Aufl. 1 S. 74), verwickelt sich, wie sie allzu materiell und zugleich willkürlich ist, in Widersprüche mit sich selbst.

Es ist aber hier Anstiftung und Beihilfe zu unterscheiden. Wer dem bereits Entschlossenen absichtlich ein unwirksames Mittel liefert, um die wirkliche Begehung des Verbrechens zu hindern, leistet weder intellektuelle noch in Betracht kommende physische Beihilfe (vgl. unten) und ist aus diesem Grunde

<sup>99a)</sup> Gegen Geyer insbes. *Liszt* § 52, II, 3; ausführlich *Katzenstein*, Zeitschrift 21, besonders S. 418, 422.

straflos.<sup>100)</sup> Solche Fälle hat das RG.<sup>101)</sup> mehrfach im Sinne der Straflosigkeit des scheinbar Beihülfe Leistenden entschieden, allerdings mit der meiner Ansicht nach unzutreffenden Motivierung, daß es nicht genüge, daß der Wille des Gehülfen auf die Handlung des Täters gerichtet sei, daß er vielmehr auch den strafbaren Erfolg wollen müsse, eine Argumentation, die, wenn sie richtig wäre, auch auf die Anstiftung Anwendung finden müßte. Allerdings ist die Grenze der Straflosigkeit eine feine, da derjenige, der solchergestalt ein Verbrechen verhindern will, sich hüten muß, den Täter in seinem Entschluß zu bestärken. Der Apotheker, der, um ein Verbrechen zu verhindern, unschädliche Mittel statt der begehrten schädlichen Mittel gibt, wird straffrei sein; nicht aber, wer jemandem schwer erlangbare Mittel zur Begehung eines Verbrechens, z. B. Sprengstoffe, verschafft, um sodann den, der diese Stoffe schadenbringend verwenden will, dabei zu ertappen, ehe noch wirklicher Schaden erfolgt ist; denn hier liegt in dem Verschaffen des schwer erlangbaren Mittels eine Bestärkung des Entschlusses.

In einer scheinbaren, dem anderen Täter kenntlichen Mit-täterschaft wird aber fast immer auch eine intellektuelle Beihülfe liegen: wer bei der Ausführung Mithülfe auch nur zu haben glaubt, wird in seinem Vorhaben meist bestärkt.

Völlig anders steht es wieder, wenn jemand, um einen anderen zu entlarven, sich scheinbar zur Täterschaft anbietet, sofern hier nicht der unten erst zu erörternde § 43a des StGB. eingreift. Der Täter begeht in solchem Falle zweifellos eine strafbare Handlung nicht; er spiegelt dieselbe nur vor, oder gibt nur vor, eine solche begehen zu wollen. Dann ist natürlich auch der Anstifter straflos, insofern man nicht auch die sog. mißlungene Anstiftung (unrichtigerweise) als Versuch betrachtet.<sup>102)</sup>

<sup>100)</sup> Vgl. *Heilborn* S. 90, 91, der indes die Lieferung auch eines tauglichen Mittels für straflos erachtet, falls der Beihülfe Leistende die Absicht habe, den Täter beim Versuche zu ertappen, eine Ansicht, die m. E. mit *Heilborns* Auffassung der Anstifter-Dolus nicht wohl zu vereinigen ist.

<sup>101)</sup> I. 17./2. 87 E. 15 Nr. 97 S. 315; I. 17./3. 87 E. 16 Nr. 4 S. 25; II. 29./5. 88 E. 17 Nr. 99 S. 377.

<sup>102)</sup> So auch *Wharton* 1 § 149, 2. Dieser Ansicht ist ebenfalls *Kohler*, S. 127. Mir scheint indes, daß *Kohler*, der Anstiftung und mittelbare Täterschaft juristisch nicht unterscheidet, vielmehr den Anstifter als direkt durch den Angestifteten handelnd betrachtet, der Konsequenz nach anders entscheiden müßte, er

§ 335. Während in den ersten sieben Dezennien des XIX. Jahrhunderts die *Agents provocateurs* von der juristischen Literatur mit äußerster Mißgunst behandelt wurden, sind ihnen neuerdings — vielleicht unter dem Eindrucke der anarchistischen Verbrechen — Verteidiger erstanden, so besonders *Kohler* und *Katzenstein*. *Kohler* (S. 122) führt aus, die Polizei könne in manchen Fällen des *Agent provocateur* nicht entbehren; je feiner und durchdachter das Verbrechen werde, um so mehr sei der Staat genötigt, sich aller irgend probaten Mittel zu bedienen, um Werken der Finsternis beizukommen. Aber meist wird die Entdeckung sich ohne das Mittel der Provokation machen lassen; während es andererseits doch im höchsten Grade bedenklich ist, Personen, die etwa nur geneigt sind, Verbrechen zu begehen, dazu straflos anreizen zu lassen, zumal dann für Personen zweifelhaften Charakters, wie sie häufig als sog. Lockspitzel verwendet sind, die Versuchung besteht, Staatsverbrechen, geradezu zu veranlassen, oder doch den Schein, daß solche Verbrechen beabsichtigt werden, zu erregen, lediglich um auf diese Weise Geld zu verdienen oder Beförderung zu erlangen. So werden unschuldige Personen in böartige Untersuchungen verwickelt oder haben gar eine Unbesonnenheit, zu der sie angereizt wurden, mit schwerer Strafe zu büßen. Da, wo schon gewerbs- oder gewohnheitsmäßige oder mehrfache Verübung von Verbrechen vorliegt, kann, wie bemerkt, weiter gegangen werden. Die Unterscheidung zwischen der erlaubten und andererseits der eventuell straffällig machenden Provokation sind freilich fein. Aber es ist gut, wenn der Beruf des *Agent provocateur* auch in juristischer Beziehung kein ungefährlicher ist, und bei genauerer Betrachtung erscheinen jene aus der juristischen Konsequenz abgeleiteten Unterscheidungen als entsprechend sogar einer feiner fühlenden Moral: es ist schließlich, um eines guten Endzweckes willen, um wirklichen weiteren Schaden zu ver-

wollte denn in solchem Falle den Scheintäter als absolut untaugliches Mittel betrachten. Letzteres wird aber von *Kohler* mit Recht abgelehnt. Der Anstifter soll dagegen straflos sein, weil er dem Angestifteten kein wirksames Motiv geliefert hat; somit fehle es am Kausalzusammenhange. Aber beim Versuche kommt es gar nicht auf wirklichen, vielmehr nur auf den gedachten Kausalzusammenhang an, und die Auffassung der Anstiftung, welche *Kohler* vertritt, führt notwendig dahin, schon in der Anstiftung, in der sog. mißlungenen wie in der gelungenen, ohne Rücksicht auf die Tätigkeit des Täters einen strafbaren Versuch zu erblicken.

hüten, nicht moralwidrig, Personen, die schon mehrmals das Verbrechen begangen haben oder aus demselben ein Gewerbe machen oder sich bereit gezeigt haben, das Delikt bei passender Gelegenheit jedesmal zu begehen, einen unschädlichen Versuch schlimmstenfalls begehen zu lassen; aber es ist moralwidrig, Personen in Strafe zu bringen, die noch nicht in jener evidenten Weise die Bahn der Gesetzwidrigkeit betreten haben, deshalb zu einem im Ausgange freilich anderen unschädlichen Verbrechen anzureizen, weil man wünscht, diejenigen von vornherein für immer unschädlich zu machen, bei denen man nur verbrecherische Neigungen wirklich entdeckt hat oder glaubt entdeckt zu haben. Wenn ich (Geschichte des Strafr. S. 336) das Strafrecht als „grobdrähtige Moral“ bezeichnet habe, so könnte hier das Strafrecht ausnahmsweise einmal feiner unterscheiden als die gewöhnliche moralische Betrachtung.

§ 336. Es wird mit Recht allgemein angenommen, daß die nur tatsächliche Unmöglichkeit, das Verbrechen selbst auszuführen, der Möglichkeit einer Anstiftung nicht entgegensteht, und man scherzt wohl über ältere Juristen, welche die Frage aufwarfen, ob jemand Anstifter sein könne, der, wäre er in die faktische Lage des Angestifteten gebracht, das Verbrechen faktisch nicht hätte ausführen können, z. B. ob ein Blinder zu einer Fälschung anstiften könne,<sup>103)</sup> ein Zweifel, der übrigens nur dadurch möglich wird, daß man, die akzessorische Natur der Anstiftung verkennend, den Anstifter als Urheber behandelt und ihn dem Täter gleichsetzt. Ebenso aber ist Anstiftung möglich, wenn die Tat, um überhaupt Verbrechen oder ein bestimmtes Verbrechen zu sein, mit einer besonderen Absicht unternommen oder mit einer besonderen sinnlichen Befriedigung verbunden sein muß, welche Absicht oder Befriedigung der Anstifter nicht teilt, so, wenn jemand zu einem Diebstahle anstiftet, aber von den Diebstahlobjekten sich selbst nichts aneignen will; die ältere Jurisprudenz nahm (nach einer unrichtigen Auffassung des Diebstahls) nur Beihülfe an,<sup>104)</sup> weil

<sup>103)</sup> Vgl. z. B. *Decianus, Tractatus criminalis* I. 36 n. 26, der in solchem Falle den Anstifter zwar dem strengen Rechte nach für straflos, jedoch eine *Poena extraordinaria* für angemessen erachtet.

<sup>104)</sup> Vgl. *Carpsov*, qu. 87 n. 8 9; *Kress*, CCC. ad. art. 177 (p. 644); *Boehmer* CCC. art. 177 § 4. Sehr weitgehend noch *Stübel*, Teiln. S. 85; *Berner*, Teiln. S. 305 und *Luden*, Handb. 1 S. 448, welche sämtlich hier den hervorgehobenen



doch bei dem die Tat Anregenden nicht sämtliche Deliktsmerkmale zutrafen.<sup>105)</sup> Nun ist es richtig, daß in solcher Weise nicht oft eine Anstiftung vorkommen wird, möglich ist sie aber. So kann jemand, um sich an dem B zu rächen, den A bestimmen, den B zu bestehlen, ohne selbst von dem Gestohlenen irgend etwas sich aneignen zu wollen, und es kann sehr wohl die A den B anstiften, die C zu notzüchtigen, etwa um an letzterer Rache zu nehmen, und wenn man die Anstiftung als Teilnahme an der Tat des Täters auffaßt, so kann es gar nicht darauf ankommen, ob der Anstifter jene besondere Absicht oder Befriedigung hat: der Anstifter will die Tat so, wie sie in dem Täter der Anstiftung gemäß sich darstellt; das genügt: es genügt also auch, daß der Angestiftete jene besondere Absicht, jenen besonderen Genuß der Anstiftung gemäß habe. Allerdings, wer die Strafbarkeit nicht rückwärts von der Tat des Täters aus konstruiert, sondern vielmehr die Sache so ansieht, als hätte der Anstifter gleichsam langerhand die Tat selbst begangen, gerät in Schwierigkeiten. *Kohler* (S. 129) will letztere damit lösen, daß er geltend macht, nach mehrfachen gesetzlichen Bestimmungen sei es gleichbedeutend, ob jemand sich oder einem anderen einen Vorteil zuwenden wolle (StGB. §§ 253, 263 usw.). Sollte es da einen Unterschied machen, ob der Anstifter sich die Sache zuerst selbst aneigne oder nicht, wenn er im ersten Falle sie doch sofort dem Täter zu übereignen gesonnen war. Aber diese Ausführung genügt nicht für die Fälle, wo die Tat dem Täter die Befriedigung eines besonderen Genusses verschafft; der faktische Genuß läßt sich in solcher Weise nicht übertragen, wie das Eigentum oder ein Vermögensvorteil.

§ 337. Es ist aber möglich, daß der Anstifter, wenn er die konkrete Tat ausführen würde, aus rechtlichen Gründen nicht

Unterschied zwischen Urheber und Teilnehmer machen. Vgl. dagegen *Külke* S. 25 f und *Köstlin* I S. 317, 318; *Köstlin* erkennt richtig, daß zwar der A, der den Beamten B zur Begehung eines Dienstverbrechens anstiftet (vgl. darüber unten) nicht das Dienstverbrechen begeht, wohl aber der unverheiratete X, der den verheirateten Y anstiftet, mit der verheirateten Z das Verbrechen der Bigamie zu begehen, letzteren Verbrechens sich schuldig mache. Dagegen operiert *Köstlin* fortwährend mit dem irreführenden Begriffe der intellektuellen Urheberschaft und nimmt dadurch seiner Beweisführung die überzeugende Kraft.

<sup>105)</sup> So sollte bei den *Delicta carnis* Anstiftung ausgeschlossen sein, weil der Anstifter doch die Absicht, die eigene Begierde zu befriedigen, nicht haben könne. Vgl. z. B. *Boehmer*, CCC. art. 177 § 4.

strafbar sein würde, weil die Tat, um strafbar zu sein, ein besonderes Rechtsverhältnis bei dem Täter voraussetzte, das bei dem Anstifter nicht vorhanden ist, z. B. Verwandtschaft, eine besondere privatrechtliche Verpflichtung, z. B. als Kommis, Angestellter, Lehrling einer Fabrik, oder auch ein Amt; oder umgekehrt ist es möglich, daß der Täter aus besonderen Gründen nicht strafbar ist, während der Anstifter als Täter strafbar sein würde.<sup>106)</sup>

Die Entscheidung ergibt sich im Prinzipie daraus, daß die Anstiftung Teilnahme ist, daß also die unmittelbare Erscheinung der Tat für ihren Charakter, ob Straftat oder nicht, maßgebend ist,<sup>106a)</sup> allerdings als Tat in rechtlicher Bedeutung, nicht aber lediglich als äußerlicher Vorgang.<sup>106b)</sup> Am deutlichsten wird das für den Fall, daß sich das Verbrechen als Verletzung eines bestimmten Rechtsverhältnisses auffassen läßt. Ist B in seinem Rechte verletzt, wenn A eine bestimmte Handlung vornimmt, so kann der Charakter der Rechtsverletzung dieser Handlung nicht dadurch genommen werden, daß C jene Handlung veranlaßt hat. Wenn C nur für seine Person das Recht hat, seinen Weg über ein fremdes Grundstück zu nehmen, so wird A nicht deshalb weniger das Recht des Grundeigentümers verletzen, weil C ihn dazu aufgefordert hat, und umgekehrt, wenn A jenes Recht hat, so ist es eine rechtlich vollkommen unerhebliche Handlung, wenn C ihn auffordert, von diesem Rechte Gebrauch zu machen. Ebenso aber, wenn nicht ein privatrechtliches Verhältnis, sondern ein Verhältnis des öffentlichen Rechts Voraussetzung des Delikts ist. Wer durch einen richterlichen Schweigebefehl gebunden ist, kann sehr wohl von jemandem, an den dieser Befehl nicht ergangen ist, zum Handeln gegen den

<sup>106)</sup> Die älteren Schriftsteller unterschieden nicht zwischen faktischer und rechtlicher Unmöglichkeit.

<sup>106a)</sup> So scharf und richtig bereits *Luden*, Handb. 1 S. 449.

<sup>106b)</sup> Lediglich äußere Vorgänge interessieren das Recht überhaupt nicht. Wenn eine Kugel den B tötet, so ist der Schuß, den A abgefeuert hat, schon nicht mehr ein rein äußeres Faktum, da wir ihn auf den Willen des A zurückführen. Gleichwohl beruhen die in ihrer Art scharfsinnigen und anregend geschriebenen Aufsätze *Hersogs*, GS. 24 S. 434—462, 26 S. 28—48, 30 S. 294—316, 38 S. 370, auf diesem fundamentalen Irrtum. Daher erscheint die Frage der Rechtswidrigkeit, der Zurechnungsfähigkeit bei *Hersog* nur als gewissermaßen Zutat zur Tat selbst und sämtliche Umstände, welche straffrei machen, kommen nach *Hersog* nur dem einzelnen Teilnehmer oder Täter zugute, bei welchem sie zutreffen, aber auch ohne Rücksicht darauf, ob sie bei dem Täter zutreffen.

Schweigebefehl bestimmt werden; aber der durch den Schweigebefehl gebundene wird nicht dadurch allein Anstifter einer strafbaren Handlung, daß er einen anderen, der die betreffende Tatsache nicht durch die gerichtliche Verhandlung erfahren hat, veranlaßt, von dieser Tatsache anderen Personen Mitteilung zu machen.

Selbstverständlich begründet es eine verschiedene rechtliche Beurteilung nicht, wenn eine Tat, begangen durch den Täter, überhaupt nicht dem Tatbestande, wie er im Gesetze ausgedrückt ist, subsumiert werden kann, und wenn andererseits zwar letzteres der Fall, die Rechtswidrigkeit der Handlung jedoch ausgeschlossen ist, z. B. durch Notwehr; denn in diesem Falle liegt ebensowenig wie in dem anderen ein Verbrechen vor. Unmöglich kann jemand bestraft werden, der einen anderen ermuntert, Notwehr zu gebrauchen. Insofern Selbstverletzung kein Verbrechen ist, ist es der Rechtskonsequenz nach auch nicht die Anstiftung dazu.<sup>107)</sup>

§ 338. Es verhält sich auch nicht anders, wenn der Täter vom Rechte entschuldigt war, z. B. wegen Notstandes<sup>108)</sup> nach

<sup>107)</sup> So auch *Schaper* in *Holtendorffs* Handb. 2 S. 116, *Finger* 1 S. 34§. *Olshausen* zu § 211 n. 3, überhaupt die herrschende Ansicht. — In der französischen und belgischen Jurisprudenz steht dies auch fest, *Hélie* 1 n. 299, *Haus* 1 n. 488. Anders *Binding* 1 S. 701 (der durch einen Druckfehler — „Straflosigkeit“ ist offenbar als Strafbarkeit zu lesen — *Holtendorff* in dessen Handb. 3 S. 417 für seine (*Bindings*) Meinung irrtümlich anführt und die herrschende Auffassung des Täterbegriffs als oberflächlich und äußerlich bezeichnet) und *Grundriß* (7. Aufl.) § 69 I und *Köhler* 1 S. 144. Beide Autoren kommen zu diesem Ergebnisse, weil sie den Anstifter einfach als Urheber des erstrebten Erfolges betrachten, *Schütze* (Notwend. Teiln. S. 288) dagegen betrachtet den Selbstmord als wirkliches Verbrechen, das nur aus Gründen der Kriminalpolitik bei dem Täter selbst straflos gelassen werde, und gelangt so zur Bestrafung der Teilnehmer. Rechtsgründe und Gründe der Kriminalpolitik lassen sich aber in dieser Weise nicht trennen.

Eine andere Frage ist, ob nicht Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmorde als selbständige Delikte unter Strafe zu stellen seien. Davon soll später bei Betrachtung des Wegfalls der Widerrechtlichkeit einer Handlung die Rede sein. In Italien hat man anerkannt, daß auf Grund der Bestimmungen über Teilnahme hier zu einer Bestrafung nicht zu gelangen sei. Daher die besondere Bestimmung des Art. 370. Nach dem englischen *Common law* ist der Selbstmord ein Verbrechen, der Selbstmörder „*felo de se*“. Daher entspricht hier die Bestrafung der Anstiftung und Beihilfe der Rechtskonsequenz. *Wharton* 1 §§ 216, 448. *Archbold-Stephenson* S. 786. (Die aus neuerer Zeit mitgeteilten Verurteilungen durch englische bzw. nordamerikanische Gerichtshöfe scheinen aber noch aus anderen Gründen sich zu erklären.)

<sup>108)</sup> Bei physischer Beihilfe verhält es sich anders, wenn nicht, wie bei den jetzt im BGB. (anders im StGB.) behandelten Fällen des Notstandes, die letztere ein wirkliches Notrecht darstellt.

Maßgabe des StGB.,<sup>109)</sup> nur darf der Anstiftende nicht eine Stimmung des Täters benutzen, welche diesem die klare Einsicht in dasjenige raubt, was er tut, und somit in Wahrheit, statt einer frei sich entschließenden, eine in nicht ganz zurechnungsfähigem Zustande handelnde Person benutzen; so, wenn der Täter, der sich in Notwehr und im Zustande der Bestürzung befindet, veranlaßt würde, die Grenze der Notwehr zu überschreiten, z. B. durch den Zuruf: „Schieß doch“, während es genügt hätte, den Angreifer zurückzustoßen. Dagegen kann die bloße Straffreiheit des Täters — der Umstand, daß dieser der Strafjustiz nicht erreichbar ist — nicht auch den Anstifter straffrei machen: es liegt Rechtswidrigkeit, also Delikt vor. So, wenn jemand einen Souverän zur Begehung einer an sich strafbaren Handlung anstifteten würde.<sup>110) 110a)</sup>

Anders stellt sich aber hier, was zuweilen übersehen wird, die sog. mittelbare Täterschaft.<sup>110b)</sup> Da der Dolus des mittelbaren Täters nicht auf die freie Tat (durch einen zu beachtenden Entschluß herbeigeführte) Tat eines anderen, vielmehr direkt auf das Ziel gerichtet ist, so ist die Tat anzusehen, als hätte sie der unmittelbare Täter selbst verübt.<sup>110c)</sup> Wer eine nicht zurechnungsfähige Person zum Selbstmorde anstiftet, ist

<sup>109)</sup> Die Anstiftung zu einer Äußerung, welche zum Schutze berechtigter Interessen gemacht wurde, ist, weil die Äußerung selbst nicht Beleidigung ist, ebenfalls nicht strafbar.

<sup>110)</sup> Die Anstiftung eines Abgeordneten zu einer durch dessen Beruf gedeckten Äußerung ist der richtigen Auffassung nach anders zu beurteilen. Doch müssen allerdings diejenigen sich für die Strafbarkeit des Anstifters entscheiden, welche in der Immunität des Abgeordneten nur ein persönliches Privileg der Straffreiheit bei einer an sich strafbaren Handlung erblicken, vgl. oben Bd. 1 S. 249.

<sup>110a)</sup> StGB. § 247 Abs. 2 geht von der Ansicht aus, daß ein Aszendent, welcher gegen einen Deszendenten, und ebenso ein Ehegatte, der gegen den anderen Ehegatten einen Diebstahl begeht, nur persönlich straflos sei. — Ob dies einer praktisch richtigen Behandlung derartiger Fälle und dem Rechtsbewußtsein des Volkes entspricht, kann bezweifelt werden. Ebenso dürfte die im StGB. vorgesehene Behandlung des Antragsrechtes in Fällen der Teilnahme erheblichen Einwendungen unterliegen.

<sup>110b)</sup> Richtig Geyer in *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 363; *Schütze*, Lehrb. § 45 Anm. 3. — *Birkmeyer*, Teiln. S. 158, sagt, er werde den Teilnehmer als solchen straflos lassen, wenn der Täter straffrei bleibt wegen Geisteskrankheit, jugendlichen Alters, Taubstummheit, Irrtumes. Aber in diesen Fällen ist wirkliche Teilnahme nicht vorhanden, und soll der mittelbare Täter straflos bleiben?

<sup>110c)</sup> Eine (eigentlich selbstverständliche) Ausnahme erleidet dieser Satz in dem Falle, daß die Handlung rechtmäßig nur ist, wenn der mittelbare Täter sie in Person vornimmt.

Mörder — es müßte denn die Tat, vom Zurechnungsunfähigen begangen, als ein rechtliches Nichts erscheinen, das niemandes Recht verletzt, auch nicht den Zurechnungsunfähigen selbst verletzt. (Wer einen Zurechnungsunfähigen veranlaßt, einige diesem gehörige Äpfel zu essen, hat deshalb doch keinen Mundraub begangen.) Aber Sachbeschädigung als mittelbarer Täter begeht, wer jemanden durch Irrtum boshaft veranlaßt, eine ihm gehörige Sache zu vernichten, ihn z. B. in den Irrtum versetzt, ein ihm gehöriger wertvoller Hund sei toll geworden, und ihn dadurch bestimmt, den Hund zu töten.

Anstiftung und mittelbare Täterschaft unterscheiden sich dagegen nicht, wenn die Handlung, vom Anstifter oder mittelbaren Täter unmittelbar begangen, straffrei ist. Ist die Handlung vollkommen rechtmäßig, so darf sie der Berechtigte in beliebiger Weise auch durch einen anderen vornehmen lassen, es müßte denn ausnahmsweise nur die unmittelbar persönliche Ausübung des Rechtes rechtmäßig sein. Der in Notwehr Befindliche kann einen anderen bewegen, statt seiner die abwehrende Handlung vorzunehmen, wie das auch z. B. aus dem Wortlaute des § 53 des StGB. sich ergibt. Ist die Handlung nur entschuldigt, so kann die Inanspruchnahme anderer Personen zur Ausführung der Handlung nur soweit erlaubt sein, als das Gesetz dies gestattet. Der in Notstand Befindliche kann also nach den Bestimmungen des StGB., soweit der Notstand nicht nach den Bestimmungen des BGB. zu beurteilen ist, nur nahe Angehörige zur Nothandlung benutzen;<sup>111)</sup> er kann unbeschränkt auch Nichtangehörige benutzen, soweit ihm das BGB. ein wirkliches Notrecht gewährt.

§ 339. Wie verhält es sich aber bei sog. Standesverbrechen, wenn eine der beteiligten Personen nur infolge des Umstandes, daß sie in einem besonderen Pflichtverbande steht, einem besonderen Stande angehört, das Verbrechen begehen kann?<sup>112)</sup> Was nun unter einem „Stand“ zu verstehen sei.

<sup>111)</sup> Hier dürfte jedenfalls ein Unterschied zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft nicht anzuerkennen sein. Nach richtiger Interpretation will das StGB. 54 überhaupt nicht die Benutzung der persönlichen Kräfte von Nichtangehörigen. Es kann aber, bei Begründung eines Notstandes durch Drohungen (StGB. 52) mit dem Notstande Notwehr konkurrieren.

<sup>112)</sup> *Delicta propria* wie man früher sie nannte vgl. L. 2 D, *de re militari* 49, 16. Denjenigen der an einem solchen Sonderverbrechen sich beteiligte, ohne selbst dem betreffenden Stande anzugehören, bezeichnete die ältere Theorie (vgl.

ist von den Kriminalisten nicht dargelegt worden, wie denn dieser Begriff überhaupt in der neueren Zeit, seitdem freie Wahl des Berufes besteht und man selbst verschiedene Berufsarten in sich vereinigen kann, ein äußerst unbestimmter, daher juristisch wenig zu benutzender geworden ist. Eigentlich hat man wohl kriminalistisch nur an die Stände der Soldaten und der öffentlichen Beamten gedacht; nur für die Zugehörigkeit zu diesen Ständen gibt es Merkmale, und Gesetze und Verpflichtungen, die sich in ganz besonderer Weise auszeichnen und als solche auch äußerlich charakterisieren. In dieser Beschränkung war die Kontroverse, ob und wieweit ein Extraneus an einem Standesverbrechen sich beteiligen könne richtig begrenzt und von nicht unerheblicher Bedeutung; ihr würde eine äußerst weitgehende Bedeutung zukommen, wenn überall da ein sog. Sonderverbrechen anzunehmen wäre, wo die Anwendung der Strafdrohung des Gesetzes an eine besondere, immerhin in der Regel eine gewisse Dauer in sich schließende Voraussetzung geknüpft ist. In solchem Falle aber richtet sich das Gesetz, wenn es unbefangen aufgefaßt wird, keineswegs an bestimmte Stände gesondert, vielmehr an alle auch sonst durch das Strafgesetz gebundene Personen, unter der Voraussetzung, daß sie in die betreffende, vom Gesetze bezeichnete Lage kommen. Anders Nagler.<sup>112 a)</sup> Ausgehend von der Normentheorie *Bindings*, mit welcher, wenn man die einzelnen Normen danach gestaltet, sehr vieles sich beweisen läßt, erblickt er auch in gesetzlichen Tatbeständen der letzteren Art Sonderverbrechen und gelangt so (S. 28—39) zur Entdeckung einer Unzahl von Sonderverbrechen im StGB., wobei denn selbst Eltern, Vormünder, Arbeitgeber, Lieferanten wie Besitzer und Beaufsichtiger von Haustieren als Subjekte von Sonderverbrechen erscheinen. Man könnte mit demselben Rechte auch von Sonderdelikten z. B. derjenigen, die fremde Sachen in Besitz haben (StGB.

z. B. Feuerbach, Lehrb. § 52) als *Socius generalis* (generellen Teilnehmer), denjenigen, der sich als Genosse des betreffenden Standes beteiligte als *Socius specialis* (spezieller Teilnehmer). Doch kommen diese Ausdrücke auch in der Bedeutung vor, daß der Umstand, daß ein bestimmter Qualifikationsgrund der Tat bei allen oder nur bei einigen Teilnehmern (bzw. bei einem) zutrifft, über die Benennung entscheidet (vgl. z. B. Grolmann, Criminalr. § 36).

<sup>112 a)</sup> In der S. 577 genannten sehr gründlichen Schrift, der trotz des m. E. vorhandenen fundamentalen Fehltriffs wissenschaftlicher Wert keineswegs abzusprechen ist.

§ 243) usw. reden und so fast das gesamte Strafrecht in die Lehre von den „Sonderdelikten“ verwandeln.

§ 340. In Wahrheit aber fordert das Gesetz, indem es für bestimmte Verhältnisse besondere Pflichten im allgemeinen Strafgesetze einschärft, zwar die Erfüllung dieser Pflichten nur von den in jenen Verhältnissen befindlichen Personen, die Achtung vor jenen Pflichten dagegen von jedermann;<sup>112b)</sup> es soll doch niemand die Erfüllung jener Pflichten dadurch hindern, daß er die Verpflichteten zur Untreue gegen jene Pflichten veranlaßt, oder sie bei solcher Untreue unterstützt.<sup>112c)</sup> Prinzipiell ist also eine Teilnahme Außenstehender an Sonderverbrechen möglich:<sup>112d)</sup> Indes erfordert die Bestrafung solcher Teilnahme des weiteren, daß auch in demjenigen, der in dem betreffenden Verbandselikt selbst nicht steht, sich das Gefühl für diese Pflichten mit genügender Stärke geltend mache.<sup>113)</sup> Das

<sup>112b)</sup> Dies verkennt *Koopmann*, Die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpers. nur an rein militärischen Delikten (1902), besonders S. 11, 12.

<sup>112c)</sup> *Nagler* S. 114 ist gerade durch den Irrtum, in rein dialektischer Konsequenz überall ein Sonderverbrechen anzunehmen, wo das Gesetz eine besondere Situation des Schuldigen voraussetzt, zu der richtigen Ansicht gelangt, daß das Gesetz über Sonderverbrechen sich nicht nur an die in besonderer Lage befindlichen Personen richte, vielmehr auch verbiete, jene Sonderverbrechen herbeizuführen oder zu fördern. Wenn der Kreis des Sonderverbrechens so ausgedehnt wird, wie es von *Nagler* geschieht, ist es absolute praktische Notwendigkeit, die Teilnahme an solchen Delikten ebenfalls in ausgedehntem Maße anzuerkennen. Die speziellen Ausführungen *Naglers* kommen darauf hinaus, daß, wer sich nicht in der besonderen Situation befindet, das Delikt auch als Täter nicht begehen, und daß dann auch ein Extraneus daran sich nicht beteiligen kann — was niemand bestreiten wird. Daß dem Extraneus aber bei wirklichen Amtsverbrechen die erforderliche Einsicht oder die erforderliche Einprägung des besonderen Pflichtgefühls fehlen kann, hat andererseits die rein dialektische Ableitung aus der Normentheorie — wie leicht begreiflich — *Nagler* übersehen lassen.

<sup>112d)</sup> Vgl. in diesem Sinne auch, namentlich in bezug auf Amtsverbrechen, die belgische Jurisprudenz. (*Pandectes belges, Complicité* n. 115: jemand könne Komplize sein bei einem Delikte, dessen Auteur er nicht sein könne.)

<sup>113)</sup> Eine unrichtige *Petitio principii* ist es, zu behaupten, daß die Pflichten öffentlicher Ämter und besonderer Stellungen nicht als allgemein und von jedermann zu respektierende vom Gesetzgeber aufgestellt seien. Doch ist dies die gewöhnliche Argumentation, mittels welcher die Möglichkeit einer Teilnahme (und besonders der Anstiftung) für Amts- und Standesverbrechen bei einem Extraneus bestritten wird. (Vgl. insbes. z. B. *Rosshirt*, Arch. d. Cr. 1851 S. 535; *Geib* I S. 356; *Schwarze*, Kommentar S. 141; *Kohler*, Studien I S. 134 (der hier durch seine Urhebertheorie irreführt wird). Ausdrücklich hatten die Möglichkeit einer Teilnahme an Dienstverbrechen verneint: Württemberg. GB. Art. 404, Braunschweig § 252. Wäre es richtig, daß Strafgesetze gegen Verletzung von Amtspflichten wie diese Pflichten selbst nur für die in der betreffenden Stellung selbst befindlichen Personen zu gelten hätten — nur Normen für diese selbst enthielten — so müßte genau dasselbe auch für die Pflichten der Ehegatten, der Eltern gegen die Kinder gelten. Der Unterschied liegt nur darin, daß die aus allgemeiner

ist nun nicht allgemein für alle und jede Sonderpflicht zu behaupten, und im Laufe der Zeit sind hierin sogar Änderungen möglich; es kann das Gefühl für die Pflichten besonderer Stände im Volke möglicherweise ein ganz allgemeines werden,<sup>114)</sup> möglicherweise, wenn ein Stand sich stark abschließt, im Laufe der Zeit auf engere Kreise sich beschränken. Der Zurechnungsfähige wird ohne weiteres fühlen, daß der Richter nicht aus Freundschaft parteiisch urteilen darf, daß ein Beamter nicht eine ungesetzliche Strafe vollstrecken, der Gefangenwärter nicht den Gefangenen weglaufen lassen darf; aber daß ein Telegraphenbeamter von dem Inhalte der telegraphischen Depeschen Dritte nicht in Kenntnis setzen, daß eine Militärperson den ihr erteilten Urlaub eigenmächtig auch nicht um ein Geringes überschreiten darf, ohne eines wirklichen Vergehens sich schuldig zu machen, wird in manchen Fällen nicht jedem nicht in dem Pflichtverbande des Beamten, des Militärs Stehenden ohne reifliches Nachdenken einleuchten.<sup>115)</sup> Hier läßt sich, da der angedeutete Gesichtspunkt in seiner Verwertung für einzelne Fälle zu unbestimmt ist,<sup>116)</sup> nur helfen entweder dadurch, daß die

menschlichen Verhältnissen hervorgehenden Pflichten bei überhaupt zurechnungsfähigen Personen sich im Bewußtsein stets geltend machen, während bei Extraneis in Ansehung der besonderen Amts- und Standespflichten dies nicht der Fall ist. *Köstlin*, Syst. I S. 318, hebt richtig den Gegensatz der allgemein menschlichen Institute (z. B. der Ehe) und des Amtsorganismus hervor, verfällt dann aber in den Fehler, die Amtspflichten als für das allgemeinere Publikum überhaupt nicht zu respektierende Dinge zu betrachten. Man kann aber eine Pflicht zu respektieren haben, ohne sie selbst erfüllen zu müssen.

<sup>114)</sup> Z. B. wird in einem Lande, in welchem die allgemeine Wehrpflicht seit längerer Zeit eingebürgert ist, auch ein allgemeineres Verständnis für Pflichten der im Wehrdienst befindlichen Personen anzunehmen sein.

<sup>115)</sup> Für die Bestrafung der Teilnahme auch an reinen Dienstverbrechen: *Langenbeck*, Teiln. S. 241; *Geyer* in *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 396. Ausdrücklich: Preuß. StGB. § 331. — Die Urhebertheorie führt aber *Langenbeck* und *Geyer* dazu, nur die Möglichkeit einer Beihilfe zu Amtsverbrechen anzunehmen. Richtig in dieser Beziehung *Hälschner* a. a. O.

*Langenbeck* beruft sich auch auf § 9 J. 4, 18, aber mit Unrecht. In dem hier erzählten Falle war das Delikt der Beamten zugleich ein gemeines Delikt, und daß die Mitschuldigen der Beamten dieselbe strenge Strafe erlitten wie diese, erklärt sich einerseits aus dem allgemeinen römischen Prinzipie der gleichen Bestrafung der Teilnehmer, andererseits daraus, daß es sich um einen Fall handelte, in welchem die Tendenz abzuschrecken bei dem Kaiser sich ganz besonders geltend machen mußte.

<sup>116)</sup> Es wird der Gerechtigkeit nicht entsprechen, Strafbarkeit stets schon dann anzunehmen, wenn der Teilnehmer an dem Amts- oder Standesdelikte die Unzulässigkeit seines Handelns nur erkannte. Es gibt Standes- und Amtspflichten, deren volles, unmittelbar im Gewissen sich geltend machende Bewußtsein erst anerzogen wird oder doch erst mit dem wirklichen Eintritt in den Stand oder Beruf sich einzustellen pflegt.



Gesetzgebung bei den einzelnen Amts- und Dienstdelikten hervorhebt, ob Teilnahme von nicht durch das Amt oder den Dienst Verpflichteten strafbar sei, oder dadurch, daß man insoweit dem Rechtsirrtum ausnahmsweise schuldausschließende Wirksamkeit beilegt,<sup>117)</sup> oder endlich dadurch, daß man dem Richter überläßt, mit Rücksicht auf die Natur der einzelnen Dienst- oder Amtspflicht und auf die Persönlichkeit des Teilnehmers eine strafbare (etwa nur in geringerem Grade strafbare) Mitschuld<sup>117a)</sup> des Teilnehmers anzunehmen oder den Teilnehmer straflos zu lassen. Der Grundsatz, die Teilnehmer an Dienstverbrechen ohne Beschränkung ebenso zu strafen, als hätten sie an allgemein menschlichen Delikten sich beteiligt, ist hart und oft ungerecht, der Grundsatz, sie nicht zu strafen, aber in hohem Grade gefährlich,<sup>117b)</sup> da dann der Anreizung und Verleitung zu schweren Amts- und Dienstdelikten ein Freibrief erteilt wird. Es bleibt also nur ein Mittelweg; es mag immerhin schwieriger sein, ihn einzuhalten, als einen jener glatten und absoluten Grundsätze. (Daß Teilnahme an nur disziplinar strafbaren Handlungen ausgeschlossen ist, dürfte selbstverständlich sein. Disziplin muß anerzogen und eingeschärft werden; sie wirkt nur auf die ihr unterworfenen Personen.) Übrigens dürfte es auch der Gerechtigkeit entsprechen, die Strafe für den an einem Amts- oder Dienstverbrechen teilnehmenden Extraneus<sup>117c)</sup> in einer für den Richter obligatorischen Weise zu mildern: die Schuld ist eine geringere als die Schuld der in dem be-

<sup>117)</sup> Vgl. die unten (§ 345) zu erwähnende Ansicht von *Getz* und die Bestimmung des neuen norwegischen StGB. § 58.

<sup>117a)</sup> Das sächsische StGB. von 1855 Art. 66—69 enthielt besondere Bestimmungen über Teilnahme an militärischen Delikten, begangen durch Personen, welche dem Militärstrafgesetzbuche nicht unterworfen waren. Die Strafen waren gelindere als diejenigen, von denen Militärpersonen selbst getroffen wurden.

<sup>117b)</sup> Kein Grund gegen die Bestrafung der Teilnehmer an Dienstverbrechen ist es, daß es oft nur eine reine positive Vorschrift ist, welche in einem Lande eine Handlung für ein Dienstverbrechen erklärt, während sie früher nur disziplinar Ahndung nach sich zog, oder in einem anderen Lande von gleicher Kultur auch jetzt noch rein disziplinarisch gehandelt wird.

<sup>117c)</sup> Kann der psychisch mit Dolus Tätige das Delikt nicht begehen, weil er in dem erforderlichen Amtsverhältnisse nicht steht, so wird bei genauerer Betrachtung für die einzelne Deliktsart sich ergeben, daß ein im Amtsverhältnisse stehender scheinbarer Anstifter in Wahrheit Täter, der scheinbare Täter aber Gehülfe ist (vgl. RG. IV E. 28 Nr. 38 S. 109) oder eine strafbare Handlung überhaupt nicht vorliegt. Zu allgemein im Sinne der ersten Alternative unter Aufstellung eines besonderen Rechtssatzes — *Loening* Grundr. S. 98. *Nagler* S. 70 und *Frank*, Komment. 5. Aufl. S. 83. — Dagegen richtig: *Wackenfeld*, Enzyklopädie 2 S. 275. Vgl. unten Anm. 132a.

sonderen Pflichtverbände Stehenden, und da diese Erwägung allgemein durchschlagend ist, darf man die Beurteilung auch nicht dem richterlichen Ermessen überlassen.

§ 341. Hierbei ist indes noch die Begehung einer Straftat durch mittelbare Täterschaft, insbesondere durch das Mittel einer nicht zurechnungsfähigen Person, zu berücksichtigen, wenn der Anregende (mittelbare Täter) in Person das fragliche Delikt gar nicht begehen könnte. Man hat darauf aufmerksam gemacht, daß nach der herrschenden Theorie, welche Anstiftung nur bei einem zurechnungsfähigen Täter annimmt, den entgegengesetzten Fall aber konstruiert, als hätte der die Tat indirekt Bewirkende diese unmittelbar selbst begangen, eine empfindliche Lücke im Strafrecht vorhanden sein würde.

Wie bemerkt genügt es *Herzog*, daß die äußere Verbrechensfigur, wie er sich ausdrückt, von einer Person hergestellt sei, damit sie als Täter und der Anstiftung zugänglich betrachtet werde.

Jene Lücke wird so freilich ausgefüllt, indes um den Preis einer irrigen Theorie. Man kann sie aber in anderer Weise ausfüllen. Der mittelbare Täter begeht das Delikt, indem er sich des unmittelbaren Täters als eines Werkzeuges bedient, als wäre er gewissermaßen die Seele des unmittelbaren Täters — denn er haucht ihm ja den entscheidenden Willensakt ein —, der im übrigen derselbe Mensch bleibt mit allen seinen natürlichen Eigenschaften und in allen seinen rechtlichen Beziehungen. So erhalten wir, ohne das Prinzip durchbrechen zu müssen, ebenfalls die Möglichkeit, den mittelbaren Täter bei Sonderdelikten zu strafen. In einigen Ausnahmefällen muß es freilich bei der Straflosigkeit des mittelbaren Täters verbleiben; dies sind Fälle, wo bei dem unmittelbaren Täter volles Bewußtsein dessen, was er tut, vorausgesetzt wird, ihn als unbewußtes Werkzeug zu betrachten, also eine *Contradictio in adjecto* enthält, übrigens Fälle, in denen schwerlich das Bedürfnis, zu strafen sich praktisch geltend machen wird. *Nagler* (S. 71) führt als solche Fälle an, welche von ihm auf Grund seiner besonderen Theorie der Sonderverbrechen als straflose mittelbare Täterschaften betrachtet werden: den Fall, daß ein allein urteilender Einzelrichter geisteskrank ist und so von jemandem, der um diesen Zustand weiß, veranlaßt wird, ein unrichtiges Erkennt-

nis zu fällen, oder daß der geistesgesunde Einzelrichter absichtlich durch falsche Mitteilungen getäuscht zu einem verkehrten Erkenntnis in einer Strafsache gelangt. Aber nach der Natur der Sache müßte ein Urteil, abgegeben von einem Geisteskranken, nichtig sein. Wenn das Prozeßrecht einen Weg nicht eröffnet, diese Nichtigkeit geltend zu machen, so ist dies kein Grund, ein strafrechtliches Prinzip für unzureichend zu erklären. Der zweite Fall ist der Kategorie der Beeinflussung eines Richters in rechtswidriger Absicht zu subsumieren; aber es lassen sich Fälle solcher Beeinflussung in der allerverschiedensten und zugleich der sicheren Feststellung durchaus entziehenden Weise denken; den einen Fall, der ohnehin sehr leicht zu verkehrten Anklagen Anlaß geben würde, herauszugreifen, hätte wenig Sinn.<sup>118)</sup>

§ 342. Bis jetzt ist nur der Fall in Betracht gezogen, daß nur eine der beteiligten Personen — der Anstifter oder der Angestiftete — den Tatbestand des Verbrechens verwirklichen kann; wie steht es, wenn zwar jeder das Verbrechen in seiner einfachen Gestalt, nicht aber mit einem bestimmten Qualifikationsgrunde begehen kann, der, weil auf einer persönlichen Beziehung beruhend, nur für den einen, nicht aber für den anderen Beteiligten existiert, z. B. wenn das Gesetz einen Erschwerungsgrund in dem verwandtschaftlichen Verhältnisse zu dem durch das Verbrechen Verletzten erblickt.

Prinzipiell muß hier das persönliche Verhältnis des Täters auch für den Anstifter maßgebend sein; der Anstifter will die Tat so, wie sie vom Standpunkte des Täters aus erscheint,<sup>119)</sup> und

<sup>118)</sup> Ein anderer von *Nagler* konstruierter Fall: ein politischer Agent benutzt einen, wie er weiß, latent geistesgestörten Soldaten, wider besseres Wissen auf unwahre Behauptungen gestützte Beschwerden im Dienstwege anzubringen. Militär-StGB. § 52. Hier wird durch einen boshaften Menschen der Schein eines Deliktes erregt, was auch in anderer Weise möglich ist. Irgend eine Theorie des Sonderdeliktes wird nicht ausreichen, solche Fälle für strafbar zu erklären. (So auch *Nagler*.) Der Rechtssatz, nach welchem solche Fälle zu bestrafen wären — wenn nicht andere ebenso strafwürdige straflos ausgehen sollen — müßte lauten: „Wer absichtlich den Schein erregt, als sei ein Delikt von jemandem begangen, wird bestraft.“ Ein so vager Satz wäre aber schwerlich empfehlenswert.

<sup>119)</sup> Daher trifft nach L. 6 D. 48, 9 die Strafe des Verwandtenmordes auch die Nichtverwandten (*Extranei*), welche Teilnehmer sind. So auch neuerdings *P. Krug*, Die besonderen Umstände der Teilnehmer (1899). S. 68 (insofern ein besonderes Rechtsgut, z. B. die kindliche Pietät, mit verletzt ist, vgl. unten). Daß diese Stellen nur eine singuläre Bestimmung enthalten (so *Köstlin*, System S. 315), ist eine nicht erwiesene Behauptung. Sie wird auch durch die Bemerkung nicht bewiesen, daß jeder Teilnehmer nach seiner Schuld bestraft werden müsse.

darauf kann es nicht ankommen, ob das Gesetz bei dem Vorhandensein eines solchen Verhältnisses eine Unterart eines allgemeineren Deliktes konstruiert oder aber einen Erschwerungs- oder Milderungsgrund der Begehung des allgemeineren Deliktes angenommen hat. Es ist sachlich gleichgültig, ob das Gesetz die Körperverletzung, begangen an Aszendenten, als besonderes Delikt aufstellt oder sagt, es solle eine schwerere Strafe dann stattfinden, wenn die Körperverletzung gegen Aszendenten verübt werde. Aber bei dem Anstifter müssen besondere persönliche Verhältnisse, welche, wenn der Anstifter die Tat unmittelbar selbst verübte, als erschwerende in Betracht kommen würden, dieses Gewicht auch haben, wenn er als Anstifter schuldig ist. Ein Pietäts- oder Verwandtschaftsverhältnis wird nicht weniger bei einer Anstiftung als bei einer unmittelbaren Tat ein von dem Verbrechen abhaltendes Motiv ergeben; wird dagegen gehandelt, so ist die Tat eine um dieses Moment intensiv schlimmere, erscheint auch der Charakter als ein insoweit mehr verdorbener. Das Ergebnis ist: erschwerende Momente, welche in persönlichen Beziehungen des Schuldigen zum Verletzten ihren Grund haben, kommen für den Anstifter in Betracht, sowohl wenn sie für den Täter, wie wenn sie für den Anstifter bestehen, falls er unmittelbar die Tat beginge.<sup>120)</sup> Da-

So *Rosshirt*, Arch. d. Cr. 1851 S. 519); denn es ist gerade erst die Schuld im Verhältnis der Teilnahme festzustellen.

Allerdings paßt die Entscheidung denjenigen nicht, welche, wie *Köstlin*, vom Urheberbegriffe ausgehen, und indem sie danach gleichmäßig die Anstifter wie die Angestifteten als Urheber betrachten, die erschwerende Eigenschaft der Handlung auch von dem Anstifter auf den Angestifteten übertragen müssen. (So *Köstlin* a. a. O.) *Bartolus*, ad leg. 6 cit. n. 2 und ad leg. 34 D. 47, 2 n. 5, hat diese Stellen bereits richtig benutzt; er geht nur insofern zu weit, als er auch einen erschwerenden Umstand, den der Anstifter gar nicht vorhersehen konnte (der Ermordete war inzwischen Magistratus geworden) dem Anstifter mit zur Last legt.

Die Späteren machen nach *Baldus*, ad leg. non ideo minus (der verkehrterweise hier die Frage der Standesprivilegien bei Bestimmung der Strafe einmischt), die Unterscheidung, ob es sich um eine *Qualitas rei* oder *personae inhaerens* handle. In betreff des Ortes und der Zeit, sofern solche Umstände die Tat strafbarer machen, ist danach die Entscheidung leicht; in anderen Fällen, z. B. beim Verwandtenmorde kann ebensogut von einer *Qualitas* der Tat wie des Täters gesprochen werden. Vgl. *Aretinus*, Rubr. Et *Sempromium* n. 26 ff. Häufig ist übrigens bei den älteren Autoren schwer zu ermitteln, was eigentlich gemeint ist. *Boehmer* in CCC 177 § 10 möchte möglichst die gleiche Strafbestimmung auf alle Teilnehmer anwenden, macht aber Ausnahmen, die nicht immer konsequent sind. Der *justus dolor* soll den Teilnehmern zustatten kommen, nicht aber die *Seductio*.

<sup>120)</sup> So im Prinzip exakt bereits *Decianus* X, 33 n. 8 ff., weil die Tat des

gegen dürften solche persönliche erschwerende Momente von dem Anstifter auf den Täter nicht zu übertragen sein.<sup>121)</sup> Der Täter betrachtet die Tat von seinem Standpunkt aus; die Anstiftung liefert ihm nur ein Motiv. Wenn der Anstifter die Erregung eigener Leidenschaften in dem Täter benutzt, ist dies auch unleugbar, und Unterschiede zu machen, je nachdem der Anstifter sich des einen oder des anderen Mittels zur Anstiftung bedient, wäre mißlich.

§ 343. Die Entstehung des Deliktswillens<sup>122)</sup> aber liegt vor der Beteiligung der einzelnen Teilnehmer an dem gemeinsamen Verbrechen; sie ist daher individuell. Insofern also die Art und Weise der Entstehung des Deliktswillens einen Erschwerungs- oder Milderungsgrund bildet<sup>123)</sup> oder die Aufstellung eines Spezialdeliktes im Gesetze herbeiführt, z. B. Handeln mit Überlegung, andererseits im Affekt, Handeln im Rückfall,<sup>124)</sup> aus Gewohnheit, in gewerbsmäßiger Weise, Handeln im

---

Mandatars die *Prima causa* sei. Auch *Berlich, Conclus. pr. IV, 6. n. 37.* entscheidet: der Fremde, der auf Geheiß des Sohnes dessen Vater ermordet, sei nicht *parricida*, wohl aber der Fremde, der den Sohn anstiftet den Vater zu ermorden. Ebenso mit trefflicher Begründung *Kitka S. 22 ff.*

<sup>121)</sup> Selbstverständlich müssen diejenigen zu anderen Entscheidungen kommen, welche den Anstifter als Urheber und den Täter als dessen Werkzeug behandeln. Wer zum Morde des eigenen Vaters anstiftet, ist danach Vatermörder im Sinne des früheren gemeinen Rechtes, nicht aber derjenige, der Söhne zum Morde ihres Vaters anstiftet. Vgl. *Berner*, Teiln. S. 306; *Rosshirt*, Arch. d. Cr. 1851 S. 520; *Köstlin*, System S. 315. — *v. Buri*, Zeitschr. 2 S. 294 erachtet stets die schwerere Qualifikation für maßgebend.

<sup>122)</sup> *P. Krug* (vgl. besonders S. 58) führt aus, daß Willensumstände stets individuell, Erfolgsumstände stets allgemein, Handlungsumstände aber teils individuell, teils allgemein wirken sollen, je nachdem sie vor oder hinter dem Vereinigungspunkte der Handlungen der Teilnehmer liegen. *Krug* befindet sich hiermit zum Teil auf dem richtigen Wege. Aber nicht der Wille an sich, der Handlung und Erfolg in sich aufnehmen muß, sondern die Entstehung des Willens kann bei den einzelnen Teilnehmern different sein. Die Trennung von Handlungs- und Erfolgsmomenten gestaltet sich daher willkürlich, zumal da *Krug* unter dem Erfolge die Verletzung der allgemeinen Interessen der Rechtsordnung versteht (S. 54), z. B. in dem Aszendenten-Totschlage die Verletzung zweier Rechtsgüter, des Rechtsgutes des Lebens und des Rechtsgutes der kindlichen Pietät.

<sup>123)</sup> Die mildere Bestrafung des Kindesmordes beruht auf der Berücksichtigung einerseits der meist bedrängten Lage der Mutter und andererseits ihres besonderen physischen Zustandes bald nach der Geburt des Kindes, also auf Berücksichtigung der Entstehung des Willens, das Kind zu töten. Daher bleibt die Mutter, welche einen anderen anstiftet, das neugeborene Kind zu töten, nach § 217 strafbar, während der Täter als Mörder nach § 211 bestraft wird; ebenso aber auch derjenige, der die Mutter zur Tötung angestiftet hat. Das ist im Ergebnis auch stets die herrschende Meinung gewesen.

<sup>124)</sup> Die Rückfälligkeit bezeichnet den Hang zum Verbrechen, ist also für die Entstehung des verbrecherischen Willens von Bedeutung. Vgl. die ausdrück-

jugendlichen Alter muß eine Übertragung von dem einen wie von dem anderen Teil ausgeschlossen sein.<sup>124a)</sup>

Bei Handeln in besonders bedrängter Lage, wobei der Handelnde vollkommen entschuldigt wird, kann eine Übertragung des strausschließenden Momentes vom Täter auf den Anstifter, nicht aber vom Anstifter auf den Täter gerechtfertigt sein.<sup>125)</sup> Es wird indes eine allgemeine Entscheidung nicht möglich sein, vielmehr die Ratio legis des Entschuldigungsmomentes auf die Frage hin festgestellt werden müssen, ob ihr die Ausdehnung des Entschuldigungsmomentes auf die vorliegende Art der Teilnahme entspricht oder nicht.

Bei nicht vollkommener Entschuldigung wird häufig die Übertragung dieser Entschuldigung ausgeschlossen sein. Das Gesetz sieht in gewissem Grade über die eigentlich stärkere Strafbarkeit und Gefährlichkeit der Handlung hinweg, weil es in dem unmittelbar Betroffenen die Gefühlserregung berücksichtigt. Aber welche Gefahr für die Rechtsordnung würde nicht entstehen, wenn jeder Teilnehmer mit Erfolg behaupten könnte, daß diese Gefühlserregung auch von ihm geteilt würde?<sup>126)</sup> Dagegen würde z. B., wenn das Gesetz den sog. Exzeß der Notwehr milder bestrafte, dieser Milderungsgrund auch dem Teilnehmer zugute kommen, weil das Gesetz Notwehr für andere allgemein für rechtmäßig erklärt.

Es ist aber hier in allen Fällen zu beachten, daß es sich nicht um Momente handelt, die überhaupt das Delikt erst

liche Bestimmung in § 177 des österreichischen StGB.: „Wenn der Diebstahl nach § 176 lediglich aus der Eigenschaft des Täters diesem als Verbrechen zuzurechnen ist, so ist weder die Teilnahme noch die Mitschuld an demselben als Verbrechen zu behandeln.“

<sup>124a)</sup> Das Motiv zur Handlung kennzeichnet deren Entstehung, ist also nicht übertragbar auf andere Teilnehmer. Ist aber vom Gesetze das Motiv zum Tatbestandsmomente erhoben, so gehört es nach dem Gesetze zur Handlung, z. B. Motiv der Gewinnsucht, Motiv einen Vorteil zu erlangen; dann ist das Verhalten des Täters auch für die Teilnehmer entscheidend. (So auch *Olshausen* § 50 n. 5b.) *Finger* I S. 363 hält allgemein Gewinnsucht für eine persönliche Eigenschaft.

<sup>125)</sup> Dies folgt auch aus dem oben über den Notstand nach dem StGB. Bemerkten. In den Beispielen des Textes wird der Notstand nicht völlig anerkannt. Hierher dürfte auch der Fall des StGB. § 157, 1 gehören, ein Fall, den RG. (Ferien-Senat 10./8. 81 E. 4 Nr. 135 S. 377) dahin entscheidet, daß die mildere Bestrafung des einen Meineid Schwörenden für den Anstifter nicht zu gelten habe.

<sup>126)</sup> Anders *Haus* I n. 576 und *Beltjens* zu Art. 411 n. 11. Aber man gerät auf Abwege, wenn Freundschaft z. B. mit dem Provozierten, der einen anderen schwer verletzt hat, auch demjenigen eine besondere Entschuldigung gewähren solle, der bei dieser Verletzung mit geholfen hat.

als solches konstruieren. Ist die Handlung z. B. nur unter Voraussetzung gewerblicher oder gewohnheitsmäßiger Verübung strafbar, StGB. § 284, und fehlt diese Voraussetzung bei dem Täter, so ist die Handlung, zu welcher angestiftet wird, eine erlaubte.<sup>127)</sup>

Insoweit es sich übrigens um die Übertragung erschwerender Umstände oder um ein mit schwererer Strafe bedachtes Spezialdelikt handelt, muß vorausgesetzt werden, daß der Anstifter Kenntnis von dem erschwerenden Umstande habe; die Tat des Täters kann dem Anstifter nur nach Maßgabe des bei dem letzteren vorhandenen Dolus zur Last gelegt werden. Dagegen kommen erleichternde Umstände, soweit Übertragung stattfindet, auch ohne das Wissen des Anstifters diesem zugute; denn nur die Tat, so wie sie vom Täter gewollt wird, wird ihm angerechnet, und anzunehmen ist, daß wenn der vom Anstifter erstrebte materielle Erfolg mittels einer Handlung von geringerer Strafbarkeit erreicht werden konnte, der Anstifter nur diese letztere Handlung gewollt habe.

§ 344. Hiernach ist die Bestimmung, welche § 50 des StGB. in Ansehung aller Arten der Teilnahme getroffen hat, dem Wesen der Sache und der Gerechtigkeit nicht völlig entsprechend. Es wird hier gesagt, daß persönliche Eigenschaften und Verhältnisse, die nur eine Erhöhung oder Verminderung der Strafe begründen, in Betracht kommen sollen für die einzelnen Teilnehmer, je nachdem sie bei jedem besonders vorliegen; es ist also für Teilnehmer die persönliche

<sup>127)</sup> Vgl. *Garraud 2 § 703*. Die französische Jurisprudenz ist übrigens sehr gebunden durch Art. 59 des *Code pénal*, welcher kategorisch für die Teilnehmer die Strafe des Täters vorschreibt, falls das Gesetz nicht für einzelne Fälle ein anderes bestimmt. Man unterscheidet (vgl. auch *Pandectes françaises, Complicité* n. 583 ff.) in der französischen Jurisprudenz und ebenso in der belgischen (*Pandectes belges, Complicité* n. 89 ff.) „*circonstances inhérentes au crime*“ und andererseits „*circonstances personnelles*“. Die Durchführung dieser Unterscheidung im einzelnen ist aber vielfach zweifelhaft. Aus der englisch-nordamerikanischen Jurisprudenz läßt sich für die Frage des Einflusses persönlicher Verhältnisse der einzelnen Teilnehmer ein bestimmtes Ergebnis anscheinend nicht gewinnen. *Wharton 1 § 236* bezeichnet die Frage als „*question of considerable interest*“, behandelt sie aber nur auf Grundlage der deutschen Wissenschaft, ohne sich bestimmt für die eine oder andere Ansicht zu entscheiden. Er bemerkt dabei, daß nach einigen nordamerikanischen Entscheidungen Teilnehmer in verschiedenem Grade für schuldig erklärt werden können; so könne insbesondere der Anstifter wegen „*Murder*“, der Täter nur wegen „*Manslaughter*“ verurteilt werden und umgekehrt. Bei *Bishop, Archbold-Stephenson* und *Russel-Keep* finde ich über die Frage nichts.

Eigenschaft oder das persönliche Verhältnis des Täters nur bei Straferhöhung oder Strafminderung maßgebend. Vermöge des *Argumentum a contrario* ergibt sich unzweifelhaft der dem akzessorischen Charakter entsprechende richtige Satz, daß für Umstände und persönliche Eigenschaften, welche für die Frage, ob überhaupt ein Delikt oder aber das speziell von dem Täter begangene, für sämtliche Teilnehmer die Stellung des Täters maßgebend sein soll. Diese Bestimmung ist richtig, insofern sie die Handlung straflos läßt, wenn die Handlung des Täters nach Maßgabe seines persönlichen Rechtes vollkommen rechtmäßig ist; sie kann aber (vgl. die Fälle, in denen im Notstande Gesetze verletzt werden) schon im Falle der Beihilfe unzutreffende Ergebnisse haben, wenn die Tat des Täters nur entschuldigt ist. Redaktionell würde es außerdem richtig sein, das maßgebende Prinzip nicht durch *Argumentum a contrario*,<sup>128)</sup> vielmehr ausdrücklich und positiv auszusprechen.<sup>129)</sup>

Man rechnet übrigens zu den Fällen straf erhöhender und bzw. strafmildernder Tatumstände auch diejenigen Fälle, in denen das Gesetz aus dem allgemeineren Delikte bei Zutreffen

<sup>128)</sup> Die Methode, die Momente, welche das Delikt in seiner einfachen Gestalt darstellen, nur durch *Argumentum a contrario* zu behandeln, ist auch deshalb unrichtig, weil ein durchgreifender Gegensatz in der Behandlung dieser konstitutiven und der nur straf erhöhenden, bzw. strafmildernden Umstände rationell nicht anzuerkennen ist. Man bedenke folgendes Nach StGB. § 50 ist es unzweifelhaft, daß der mit der A nicht verwandte B Beihilfe leisten kann zu einer Blutschande, welche C, der Bruder der A, mit dieser begeht. Würde aber das Gesetz auch die einfache Unzucht bestrafen, so würde das Verwandtschaftsverhältnis zwischen der A und dem C nur ein Straferhöhungsgrund sein, der aus einem persönlichen Verhältnisse des C folgt; daher wäre A nur strafbar wegen Beihilfe zu einfacher Unzucht. Vgl. *Kitka* S. 25, 26.

<sup>129)</sup> Wie im bayerischen StGB. von 1861 Art. 65 Abs. 1 geschehen war. Die Ausdrucksweise des § 50 hat in der Tat auch einmal das RG. I. (29./4. 86 E. 14 Nr. 27 bes. S. 102) zu einer Schlußfolgerung veranlaßt, deren Richtigkeit von *Olshausen* § 50 n. 2b mit Grund bestritten wird. Das zitierte Urteil sagt, dasjenige, was in § 50 über straf erhöhende und strafmildernde persönliche Eigenschaften und Verhältnisse bestimme, müsse um so mehr auch von strafausschließenden Umständen gelten. Die praktische Anwendung wird dahin gemacht, daß der Angehörige, der als Täter straflos einen Straffälligen nach StGB. § 252, 2 begünstigen kann, auch straflos einen Nichtangehörigen zu einer Begünstigungshandlung für den Straffälligen soll anstiften können. Die Argumentation jenes Urteils würde, wie *Olshausen* bemerkt, wenn sie richtig wäre, auch auf strafbegründende Umstände zu erstrecken sein und somit den akzessorischen Charakter der Teilnahme beseitigen. Außerdem ist hervorzuheben, daß der hinsichtlich der Anstiftung zur Begünstigung ausgesprochene Folgesatz recht bedenklich ist, wenn nicht etwa die einfache Begünstigung überhaupt straflos gelassen werden soll (vgl. unten die Lehre von der Begünstigung). Bemittelte Personen würden, ohne Strafe fürchten zu müssen, andere zu Begünstigungshandlungen für Angehörige zu dingen in der Lage sein.



der erschwerenden, bzw. strafmildernden Umstände ein Spezialdelikt gebildet hat, wie dies auch den oben gegebenen Ausführungen entspricht.<sup>130)</sup>

Die im § 50 aber angenommene Unterscheidung von persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen und andererseits (argumento a contrario) Umständen, welche der Tat selbst angehören müssen, kann, wie bereits *Geyer* (*Holtzendorff* Hdb. 2, S. 362) bemerkt hat, zu Zweifeln Anlaß geben: Tat und Täter lassen sich nicht vollständig trennen. Daher besteht z. B. Streit, ob Überlegung als persönliche Eigenschaft zu betrachten sei; dem Wortsinne nach ist sie dies nicht; rationell aber wird man behaupten dürfen, daß der Umstand, ob jemand mit oder ohne Überlegung gehandelt habe, bei mehreren Teilnehmern sich völlig verschieben kann, und daß die Seelenstimmung des Täters, welche der Teilnehmer vielleicht gar nicht kennt, hier gewiß nicht für alle Teilnehmer mit entscheidend sein wird.<sup>131)</sup>

Wenn sodann die vereinigten Strafsenate des RG.<sup>132a)</sup> in Übereinstimmung mit der Ansicht des Oberreichsanwalts die Gewerb- und Gewohnheitsmäßigkeit als persönliche Eigenschaft im Sinne des § 50 betrachtet haben, so ist damit dem Gesagten zufolge eine richtige Entscheidung gegeben; aber man kann, eine wörtliche Auslegung anwendend, ebensogut sagen — und die Gewerbmäßigkeit anlangend dürfte dies sogar richtiger sein —, daß eine Tat gewohnheitsmäßig oder gewerbmäßig begangen werde.

Endlich führt die Bestimmung des § 50 dahin, unterschiedslos die Teilnehmer an allen eigentlichen nur von Beamten zu

<sup>130)</sup> Vgl. *Geyer* in *Holtzendorffs* Hdb. 2 S. 364, 4 S. 162; *H. Meyer-Allfeld*, Lehrb. § 32 Anm. 40; *Liszt*, § 53 II 1; *Olshausen*, § 58 n. 8; OT. Berlin 8./9. 75 (GArch. 23 S. 522); RG. III. 2./3. 81 Rs. 3 S. 93 und 8./5. 80 E. 2 Nr. 60 S. 154. (Anstiftung zum Kindesmorde, bzw. die Mutter als Anstifterin zur Tötung ihres Kindes.)

<sup>131)</sup> In diesem Sinne *Geyer*, *Holtzendorffs* Hdb. 4 S. 163; *Berner*, S. 516 und *Binding*, Lehrb. 1 S. 28; *Merkel* S. 307. Diese Autoren glauben von dem Ergebnisse, welches ihrer Ansicht nach aus dem Wortlaute des StGB. folgt, nicht abweichen zu dürfen, wie *Binding* bemerkt, „leider“. *Olshausen* § 50 n. 52 spricht sich hier rein positiv nach dem Wortlaut aus; ebenso *Oppenhoff-Delius* § 50 n. 4 und *Allfeld* (*Meyer-Allfeld*) § 32 Anm. 40. Für die entgegengesetzte Ansicht: *Hälschner* 1 S. 439, *H. Meyer* § 32 Anm. 44, *Liszt* § 53 II. *Finger* 1 S. 363.

<sup>132a)</sup> E. 25 Nr. 97 S. 266. Ebenso schon RG. II. 20./5. 81 E. 4 Nr. 68 S. 184 (Gewerbmäßigkeit; RG. IV. 6./12. 87 Rs. 9 S. 708 (Gewohnheitsmäßigkeit); RG. I. 9./1. 93 E. 23 Nr. 134 S. 378 (Gewerbmäßigkeit).

begehenden Amtsdelikten als Teilnehmer an dem Amtsdelikte zu strafen,<sup>132)</sup> während, wenn das Delikt auch als sog. gemeines strafbar und nur für den Beamten im Amte in höherem Grade strafbar ist (z. B. Unterschlagung), der teilnehmende Nichtbeamte der strengeren für den Beamten geltenden Strafsatzung nicht unterworfen ist; ein immerhin eigentümliches Mißverhältnis. Stiftet ein Beamter einen Nichtbeamten an, eine Handlung zu begehen, die lediglich als Amtsverbrechen strafbar ist, so ist eine strafbare Handlung auch nach StGB. § 50 nicht vorhanden; würde aber die Handlung in der Person des Angestifteten ein gemeines Delikt enthalten, so ist nach dem oben Gesagten allerdings Anstiftung zu einem Amtsdelikte vorhanden, während der Ausführende als Täter in bezug auf das gemeine Delikt zu beurteilen ist, da die weitergehende Qualifikation oder weitergehende Absicht des Anstifters die Anstiftung keineswegs ausschließt. Das RG., ausgehend von einer zu engen Auffassung der Anstiftung, erachtet hier, um eine allerdings dem Gerechtigkeitsgeföhle entsprechende Bestrafung des Anstifters zu erreichen, der in solchem Falle weder Anstifter noch wegen des Dolus des materiell die Tat Ausführenden mittelbarer Täter sein würde, einen eigentümlichen Rollenaustausch für vorliegend: der Anstifter soll immer Täter des Amtsverbrechens sein, auch wenn er nicht das geringste physisch getan hätte, und der Angestiftete, der physisch alles getan hat, auch die Vollendungshandlung vorgenommen hat, ist nun Gehülfe.<sup>132a)</sup> Hier wie öfter führt die anscheinend so fügsame Beihülfe zu einem erwünschten Ausweg.

Sehr eingehend ist die Frage der Bedeutung besonderer Umstände und Verhältnisse für die einzelnen Teilnehmer er-

<sup>132)</sup> Daher sieht die herrschende Ansicht auch Zivilpersonen bei militärischen Delikten ohne Ausnahme als mögliche Teilnehmer an. Vgl. *H. Meyer* § 32 Anm. 42; *Hecker*, GArch. 30 S. 136; *Liszt* § 54 Anm. 5; *Frank* 48 III; RG. III. 5./4. 94 E. 25 Nr. 85 S. 234; 1. 8./4. 95 E. 27 Nr. 59 S. 158. — *A. M. Köhler*, Studien 1 S. 135, *Seuffert*, Strafgesetzgebung der Gegenwart 1 S. 78, besonders aber *Koopmann*, Die Strafbarkeit von Zivilpersonen S. 30—64. Es läßt sich nicht leugnen, daß, wie *Koopmann* des genaueren ausführt, eine klare Einsicht über die behandelte Frage bei den gesetzgebenden Faktoren bei Abfassung des Militärstrafgesetzbuchs wohl nicht bestanden hat. § 50 des StGB. lautet aber zu bestimmt.

<sup>132a)</sup> So RG. IV. 14./1. 96 E. 28 Nr. 38 S. 109. Die Entscheidung selbst ist m. E. freilich in dem entschiedenen Falle richtig: der scheinbare Anstifter war Täter, weil er die Unterschrift unter das Dokument gesetzt hatte.

wogen bei den Beratungen über die Entwürfe zu dem italienischen StGB. Art. 65, 66.<sup>133)</sup> Man kann aber vielleicht das Ergebnis nicht als besonders befriedigend bezeichnen. Als fehlerhaft muß es angesehen werden, daß auch persönliche Eigenschaften nicht nur des Täters,<sup>134)</sup> sondern auch irgendwelcher Teilnehmer einen erschwerenden Einfluß auf die Strafbarkeit aller anderen Teilnehmer haben, während doch der Täter die Tat nur in demjenigen Lichte erblickt, in welchem er sie ausführt, und z. B. einem Gehülfen die Tat nicht deshalb strafbarer erscheinen wird, weil sie für einen anderen Gehülfen in höherem Grade strafbar ist, der etwa allein zu der mißhandelnden Person in einem besonderen Pietätverhältnisse steht. Allerdings wird diese übermäßige Strenge etwas gemildert einerseits durch die subtile Einschränkung, daß die persönlichen Verhältnisse und Eigenschaften, wenn sie für andere Teilnehmer erschwerend wirken sollen, als Mittel der Ausführung der Tat gedient haben müssen,<sup>135)</sup> andererseits durch die dem Richter gegebene Ermächtigung, die Strafe eines Teilnehmers, in dessen Person der erschwerende Umstand nicht unmittelbar erscheint, um ein Sechstel zu mindern.<sup>136)</sup>

Sodann spricht das Gesetz auch nur von erschwerenden Umständen und Eigenschaften, während doch in manchen Fällen auch die Wirksamkeit strafherabsetzender Umstände, die bei dem Täter sich finden, gerechterweise auch den Teilnehmern (d. h. dem Anstifter und bzw. Gehülfen) gutzurechnen sind. Die allgemeine Unterscheidung sachlicher Umstände und andererseits persönlicher Umstände und Eigenschaften, die nach dem

<sup>133)</sup> *Crivellari* 4 S. 160 ff.

<sup>134)</sup> Vgl. dagegen richtig die französisch-belgische Jurisprudenz, *Beltjen: Code pénal* art. 67 n. 19 (bis) unten, art. 394 n. 5 art. 395 n. 6 und 7. Es ist stets nur davon die Rede, daß erschwerende Umstände des « *fait principal* » des Komplizen zur Last gelegt werden können, ebenso z. B. RG. I. 29./4. 86 E. 14 Nr. 27 bes. S. 103. Auch das bayerische StGB. von 1861 Art. 65 Abs. 2 ließ die Strafbarkeit für andere Teilnehmer nur durch erschwerende bei dem Täter oder irgend einem Mittäter vorkommende Umstände steigen.

<sup>135)</sup> In besonders geistreicher Weise ist sie allerdings von *Brusa, Saggi*: §§ 309—314 verteidigt worden. Vgl. auch *Tuossi* I S. 213 ff.

<sup>136)</sup> Oft wird es richtig sein, den Teilnehmer, für welchen Erschwerungsgründe nur in Betracht kommen, weil sie für den Täter existieren, etwas milder zu strafen, als den Teilnehmer, der unmittelbar unter einem erschwerenden Umstande handelt. Aber wenn die Strafrahmen für die Gehülfen weit genug gestaltet sind, wie im deutschen StGB., bedarf es solcher Bestimmung nicht.

deutschen StGB.<sup>136a)</sup> Schwierigkeiten veranlaßt, ist ebenfalls zugrunde gelegt. Richtig dagegen ist wieder, daß erschwerende Umstände, die bei einem Teilnehmer sich finden, anderen Teilnehmern nur dann zum Nachteil gereichen, wenn sie ihnen zur Zeit ihrer Tätigkeit bekannt waren.

Die Bestimmungen neuester Gesetze und Entwürfe betreffend, so hat der österreichische Entwurf von 1893 überhaupt keine dem § 50 des deutschen StGB. entsprechende Bestimmung, während der schweizerische Vorentwurf von 1903 Art. 22 Abs. 3 bestimmt: „Besondere persönliche Verhältnisse, Eigenschaften und Umstände, welche die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschließen, werden bei dem Täter, Anstifter und Gehülfen berücksichtigt, bei dem sie vorliegen.“

Diese Bestimmung leidet an der Zweifelhaftigkeit des Begriffs persönlicher Verhältnisse, Eigenschaften und Umstände. Sie führt außerdem, da strafausschließende Umstände stets nur höchstpersönlich wirken sollen, teilweise zu nicht haltbaren Ergebnissen. Das russische StGB. Art. 51 Abs. 4 sagt nur, daß persönliche Gründe und Umstände, welche bei einem der Mitschuldigen den Grad der Strafbarkeit bestimmen, erschweren oder mildern, für die übrigen unwirksam sind.

§ 345. Die von *Getz*<sup>136b)</sup> vertretene Behandlung der Teilnehmerschaft, d. h. die Lehre, daß es in Wahrheit nur Verbrechen einzelner, nie gemeinsam begangene Verbrechen gebe, praktisch betrachtet die einfache und unterschiedslose Anwendung der Kausalitätslehre auf alle Teilnehmer, hat selbstverständlich auch zur Folge, daß eine Bestimmung über die Bedeutung besonderer Eigenschaften und Verhältnisse überflüssig scheint. Sie fehlt daher im norwegischen StGB. Hier nach ist es so anzusehen, als hätte jeder Teilnehmer das Verbrechen selbst unmittelbar begangen.<sup>136c)</sup> Bei Durchführung dieses Satzes aber gerät man auf unhaltbare Ergebnisse, wenn die Handlung für den unmittelbar Ausführenden eine recht-

<sup>136a)</sup> *Thoussé* 1 S. 213 betrachtet alle strafmindernden Umstände als nur persönlich wirkende.

<sup>136b)</sup> Vgl. die Ausführungen von *Getz* in den Mitteilungen der Internationalen Krim. Vereinigung 5 S. 343 ff. und die damit übereinstimmenden Motive *Böttl* S. 163 ff.

<sup>136c)</sup> *Getz* a. a. O. S. 347: „Die Tat des Täters wird für die Tatbestandsfrage in betreff der Teilnehmer ganz indifferent sein.“ — Gegen diesen Radikalismus übrigens neuestens: *Beling*, Lehre vom Verbrechen S. 455 ff.

mäßige oder erlaubte ist, und ebenfalls im umgekehrten Falle, wenn z. B. die Handlung für den Anstifter, falls er selbst sie ausführte, erlaubt wäre, während sie von dem Täter vorgenommen ein Delikt darstellt. Daneben wird das Gerechtigkeitsgefühl verletzt, wenn z. B. der Anstifter zu einer schweren Mißhandlung, die ein Sohn gegen den Vater begeht, nur beurteilt werden soll, als hätte er an einer Mißhandlung teilgenommen, bei welcher das Pietätsverhältnis des Sohnes gegenüber dem Vater nicht verletzt wäre. Die von *Getz* vertretene Ansicht beruht übrigens, wie gezeigt worden ist, auch auf Verkennung der geschichtlichen Entwicklung, wie die von *Getz* gemachte Bemerkung ergibt, daß die bisherige Lehre von der Teilnahme eine verkehrte „metaphysische“ sei.

§ 346. Die oben gegebenen Ausführungen würden sich in folgenden Sätzen zusammenfassen lassen:

1. Für Anstifter und Gehülfen ist dasjenige Strafgesetz maßgebend, welches für den Täter in Betracht kommt, und wenn mehrere Personen als Mittäter tätig waren, dasjenige, welches für den schwerst-strafbaren Mittäter anzuwenden ist, sofern dessen Mitwirkung, sowie Eigenschaften oder Verhältnisse dem Anstifter oder Gehülfen bekannt waren.<sup>137)</sup>

Bei Amts- und Dienst-Verbrechen und Vergehen bestimmt sich nach der Art der Pflichtverletzung, inwieweit Anstifter und Gehülfen, für die das fragliche Amts- oder Dienstverhältnis nicht gilt, für strafbar zu erachten sind. In solchen Fällen ist die Strafe für Anstifter wie für Gehülfen um ein Drittel herabzusetzen.

2. Nach dem Sinne der einzelnen einschlagenden gesetzlichen Vorschriften<sup>138)</sup> bestimmt sich, inwiefern strafmildernde oder strafferhöhende Umstände, mögen diese als solche im Gesetze aufgeführt sein oder eine besondere Deliktsart begründen, ingleichen strausschließende und straftilgende Umstände, die für den Täter in Betracht kommen, auch für Anstifter und Gehülfen wirksam sind. Dasselbe gilt, wenn jene Umstände

<sup>137)</sup> Vgl. bayerisches StGB. Art. 65 Abs. 2, wonach indes die höhere Strafbarkeit auch auf andere Mittäter sich erstreckte.

<sup>138)</sup> Selbstverständlich ist damit nicht ein schrankenloses, der Kontrolle durch den obersten Gerichtshof entzogenes, richterliches Ermessen gemeint, wie solches allerdings den in der Internationalen kriminal. Vereinigung vorwaltenden Theorien entsprechen würde.

in Ansehung des Täters nicht vorliegen, dagegen für Anstifter oder Gehülfen begründet sein würden, falls er der Täter wäre.

3. Wer zur Ausführung einer Straftat wissentlich eine zurechnungsunfähige Person benutzt oder eine zurechnungsfähige Person, welche nicht weiß, daß sie zu diesem Zwecke benutzt wird, ist strafrechtlich ebenso verantwortlich als hätte er die Tat selbst unmittelbar ausgeführt, es sei denn, daß die Tat für die unmittelbar tätige Person als eine rechtmäßige oder entschuldigende anzusehen wäre und weder diese letztere Person noch deren Rechte schädigte.<sup>139)</sup>

Werden solche etwas ausführliche Bestimmungen für kompliziert oder nicht für ausreichend erachtet, so dürfte vielleicht auf jede Bestimmung über die Bedeutung von Verhältnissen und Umständen, die nicht für alle Teilnehmer zutreffen, am besten verzichtet werden, wie dies der österreichische Entwurf getan hat. Man überläßt es damit der Wissenschaft und Praxis, das Prinzip des akzessorischen Charakters der Teilnahme richtig zu begrenzen. Damit werden wenigstens unrichtige Sätze und irreführende Kategorien, wie solche im StGB. § 50 zu finden sind, vermieden werden.

§ 347. Die Frage, wie der Anstifter zu bestrafen sei, wenn die Handlung des Angestifteten dem Willen des Anstifters nicht oder nicht völlig entsprach, hat die Jurisprudenz seit der Zeit der Prozeßglossatoren beschäftigt (sog. Exzeß des Täters).

Weicht der Täter absichtlich von dem Willen des Anstifters ab, so ist die Anstiftung insoweit unwirksam;<sup>140)</sup> sie erscheint nicht im Kausalzusammenhange mit der Handlung des Täters: der Anstifter ist — das hat man immer als selbstverständlich angenommen — für die Abweichung nicht verantwortlich.

Begeht ferner der Täter, in der Absicht den Zweck des Anstifters zu verwirklichen, das Delikt nur in milderer Form, etwa ohne die vom Anstifter für nötig erachtete Qualifikation — z. B. er stiehlt die Sache ohne Einbruch —, so ist der Anstifter auch nur in diesem geringeren Maße verantwortlich.<sup>140 a)</sup>

<sup>139)</sup> Über solche Schädigung eines Eigentümers durch diesen selbst vgl. oben.

<sup>140)</sup> Allgemein angenommen. Vgl. *Olshausen* § 48 n. 16; *Haus* I n. 621; *Archbold-Stephenson* S. 17.

<sup>140 a)</sup> Über solche Fälle eingehend und treffend *Kitka* S. 19 ff. Es könnte der Anstifter auch für eine andere Deliktsart verantwortlich sein, wenn diese

Es kann nicht angenommen werden, daß der Anstifter, falls der Zweck einfacher erreicht werden konnte, gleichwohl den gefährlichen Weg oder das schlimmere Mittel gewollt habe, und zu demselben Ergebnisse führt die Konsequenz der Auffassung der Anstiftung als einer Teilnahme an der Tat des Täters.<sup>141)</sup> Zu der freilich auch vertretenen Ansicht, daß in dem geringeren Delikte des Täters für den Anstifter ein Versuch des schwereren Deliktes liege,<sup>142)</sup> gelangt man, wenn der Dolus des Anstifters als direkt auf den Erfolg und nicht als auf die Handlung des Täters gerichtet angesehen wird; denn nach dieser Auffassung ist der auf die schwerere Tat gerichtete Dolus des Anstifters schon in der Verwirklichung durch die Tat des Angestifteten begriffen. Dem oben dargelegten Wesen des Anstifterdolus ist dies jedoch nicht entsprechend. Der Anstifter ist nur soweit verantwortlich, als der Dolus des Angestifteten reicht. Der Dolus des Anstifters umfaßt zwar indirekt mehr, aber nur unter der Bedingung, daß es der Angestiftete auch wolle.

Die von dem Anstifter sodann nicht gewollten<sup>143)</sup> schweren Folgen der Tat betreffend — worüber unser StGB. ebenso wie z. B. das französische und belgische und österreichische schweigt (vgl. den Vorentwurf eines schweizerischen StGB.) —, so ist klar, daß der Anstifter haftet, sofern das Gesetz diese Folgen dem Täter ohne Rücksicht auf besondere Schuld als „verursacht zur Last legt.“<sup>143 a)</sup> Insoweit ferner der Anstifter als für die Folgen wegen indirekten oder eventuellen Dolus haftend angesehen wird, muß auch der Anstifter haften und wenn früher gegen den Täter der Satz angewendet wurde „*Vulnera non dantur ad mensuram*“, müßte gegen den Anstifter auch der

---

denselben Erfolg hat, wie die vom Anstifter vorausgesetzte, und nicht in höherem Grade strafbar ist, z. B. der Täter erlangt die Sache, die er stehlen sollte, durch einen weniger strafbaren Betrug.

<sup>141)</sup> Im Ergebnisse übereinstimmend *Goldammer*, Mat. 1 S. 313; *Schütz*: Lehrb. § 46 Anm. 20.

<sup>142)</sup> So *Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodschen Entwurfes z. e. peinl. GB 2 S. 148 (Bibliothek d. peinl. Rechts); *Hälschner* 1 S. 415.

<sup>143)</sup> Folgen, die als notwendige vorhergesehen werden, sind direkt gewollte. Diesen Fall griffen besonders heraus die Gesetzbücher für Württemberg Art. 76. Hannover Art. 54.

<sup>143 a)</sup> Vgl. in diesem Sinne z. B. *Geyer* in *Holtzendorffs* Hdb. 2 S. 360; *Berner*, Lehrb. S. 534; *Oppenhoff-Delius* S. 48 n. 44 *Olshausen* S. 48 n. 17<sup>b</sup>.

Satz gelten „*Vulnerare mandans tenetur de occiso*“.<sup>144)</sup> Es muß den Umständen nach — ohne daß eine allgemeine Regel darüber gegeben werden könnte — beurteilt werden, wie die Anstiftung vom Anstifter gemeint war. Wenn der Anstifter dem Angestifteten bestimmte Mittel und Wege bezeichnet hat, den Erfolg zu erreichen, z. B. die fremde Sache in seine Gewalt zu bringen, so kann ein schlimmeres vom Angestifteten gewähltes Mittel den Anstifter nicht über die von ihm angegebene Begehung des Verbrechens hinaus verantwortlich machen; verlangt der Anstifter aber, daß unter allen Umständen der Angestiftete ihm eine bestimmte Sache bringe, so könnte er schließlich auch mit Recht dafür verantwortlich gemacht werden, wenn der Angestiftete zu diesem Zwecke einen Mord begeht.<sup>145)</sup> Überall kommt es aber nicht sowohl auf den Wortlaut als auf die wahre Absicht des Anstifters an. Mit ersterem könnte der Anstifter durch Klauseln und Einschränkungen seine wahre, vom Angestifteten richtig verstandene Absicht verstecken, und wenn der Anstifter eigene Leidenschaften im Angestifteten,

<sup>144)</sup> Vgl. *Clarus* § fin. qu. 89 N. 5. Der *Dolus indirectus* spielt hier bei den älteren Juristen, wie *Köstlin*, Syst. S. 328, richtig bemerkend, eine bedeutende Rolle; vgl. *Carpsow* qu. 4 n. 5. Wer den Auftrag gegeben hatte, jemanden mit einem Stocke zu schlagen, sollte freilich nicht für Tötung haften, wenn der Angestiftete getötet hatte. Die Meinung, daß der Anstifter für alles hafte, was er vernünftigerweise vorhersehen konnte, vertritt noch *Hélie* 1 § 186. Zum Teil ist die neue französische Jurisprudenz noch strenger, während die ältere (vgl. *Fousse, Justice criminelle* 1 S. 28 sich im Anschlus an *Farinacius* genauer an das Mandat hielt. Sehr weit in der Verantwortlichkeit des Anstifters ging das bayer. GB. v. 1813 Art. 47: jedes nicht ausdrücklich vom Anstifter ausgenommene Mittel, jede dem Ausführenden selbst zuzurechnende Folge soll auch dem Anstifter zugerechnet werden. Dagegen bestimmt das bayer. GB. v. 1861 Art. 52 Abs. 2, daß der Teilnehmer nur für die von ihm beabsichtigte weniger strafbare Tat hafte. Eine Mehrzahl ausländischer Gesetzbücher macht den Anstifter für die wahrscheinlichen Folgen verantwortlich. Vgl. darüber *Siegel* S. 44 ff. Dabei bleibt es aber zweifelhaft, ob 1. erforderlich ist, daß der Anstifter wirklich die Folge als wahrscheinlich ansah, oder 2. ob es genügt, wenn die Folgen rationell als wahrscheinlich angesehen werden konnten. In ersterem — entschieden richtigen — Sinne aber mit dem nicht rationellen Zusatz, daß auch das Wissenkönnen verantwortlich macht (1 u. 3), ausdrücklich der Entwurf eines engl. StGB. v. 1878 S. 29 (übersetzt im GArch. 27 S. 14) und GB. für Kanada 1892 s. 62; im letzten Sinne (3) *Anglo Indian penal code* v. 1882 sub. 11. — Die bisherige englisch-nordamerikanische Praxis scheint noch strenger. Vgl. *Wharton* 1 § 525, *Archbold-Stephenson* S. 17.

<sup>145)</sup> In diesem Sinne die trefflichen (auch gegen unrichtige kasuistische Bestimmungen früherer Gesetze gerichteten) Ausführungen *Kittas* S. 14 ff. S. 40 ff., ferner *Hälschner* 1 S. 391, auch *Geyer* in *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 359, der seine frühere Ansicht aufgegeben hat, wonach Culpa angenommen werden sollte, wenn der Anstifter die Überschreitung vorhersehen konnte. — Unrichtig noch *Köstlin*; N. Revision S. 560, System S. 329; *Langenbeck* S. 168 und badisches GB. § 121.



z. B. Eifersucht, Rachsucht, erweckt, so kann zuweilen mit Grund behauptet werden, daß er mit allem, was der Angestiftete tun werde, auch mit dem Schlimmsten, einverstanden gewesen sei.

Die Fälle, welche in der Beurteilung besondere Schwierigkeit darbieten, sind jedenfalls die Fahrlässigkeit des Angestifteten und der von ihm begangene *Error in objecto*.

§ 348. Man könnte, was die Fahrlässigkeit betrifft, sagen, daß die Begehung von Verbrechen häufig wohl insofern nicht ungefährlich ist, als aus der Handlung noch ein weiterer nicht gewollter Schaden sich ergeben kann, und daß daher der Anstifter das Risiko einer über das gewollte Ziel hinaus schaden- den Fahrlässigkeit des Täters auf sich nehme. Indes wenn Anstiftung zu einem fahrlässigen Delikte überhaupt verworfen wird, so kann sie auch hier nicht anerkannt werden.<sup>146)</sup> Es kann aber in der Anstiftung zu einer weniger strafbaren Tat sich verbergen die Absicht, eine schwerere, weit mehr strafbare begehen zu lassen, wenn der Anstifter darauf rechnet, der Täter werde nicht imstande sein, die nahe liegenden schlimmeren Folgen seiner Tätigkeit zu vermeiden. Dann wäre der Anstifter in Beziehung auf den schwereren Erfolg als mittelbarer Täter zu bestrafen,<sup>146a)</sup> der Täter nur wegen der dolos begangenen geringeren Tat in Konkurrenz mit einem fahrlässigen Delikte.<sup>146b)</sup>

§ 349. Der Fall, daß der Täter sich im Objekte der Tat irrt — z. B. A hat den B gedungen, den C zu ermorden; B. erschießt irrtümlich den D., den er für C hält —, ist besonders streitig geworden.<sup>147)</sup> Selbstverständlich ist es hier von Einfluß,

<sup>146)</sup> Die in der neueren italienischen Jurisprudenz öfter verteidigte Regel, daß ein Exzeß über die vom Anstifter angegebenen Mittel hinaus den Anstifter nicht, wohl aber ein Exzeß im Erfolge den Anstifter verantwortlich mache, ist eine nicht immer richtige, aber doch beachtenswerte Regel. Vgl. *Carrara*, P. gen. 1 § 502 und dagegen *Geyer* in *Holtzendorffs* Hdb. 2 S. 397. *Carrara* hat auf diese Bemerkung *Geyers* auch für die Verantwortlichkeit des Anstifters bezüglich des Erfolgs das Erfordernis aufgenommen, daß der Erfolg vorhergesehen werden konnte.

<sup>146a)</sup> Strafbar aber würde er erst werden mit dem Beginn der Ausführung seitens des Angestifteten; denn zunächst kommt er nur als Anstifter in Betracht.

<sup>146b)</sup> Vgl. auch *Finger* 1 S. 347.

<sup>147)</sup> Manche frühere Gesetzbücher bestrafen, wenn der Anstifter nicht zur Ausführung gelangte, die Anstiftung selbst als Versuch. Nach der Konsequenz mußte dann, wenn der Angestiftete ein anderes als das vom Anstifter bezeichnete Delikt beging, der Anstifter ebenfalls wegen Versuches (des von ihm beabsichtigten Deliktes) bestraft werden.

wie man den Fall des *Error in objecto* bei dem Täter beurteilt. Wer die freilich kaum noch vertretene Ansicht teilt, daß bei *Error in objecto* Konkurrenz von versuchtem dolosen und vollendetem fahrlässigen Verbrechen anzunehmen sei, wird die Anstiftung im vorliegenden Falle kaum anders beurteilen können. Man gelangt aber konsequent bei Annahme der Urhebertheorie, welche in dem Angestifteten nur ein belebtes Werkzeug erblickt, gleichfalls zu diesem Ergebnis hinsichtlich des Anstifters; der Anstifter gab dem Werkzeug die Richtung nach A, die vom Werkzeuge weiter ausgehende Wirkung aber nahm die Richtung nach B. Andererseits kommt auch ein Anhänger der Urhebertheorie zur Bestrafung des Anstifters wegen einfachen, vollendeten Verbrechens, wenn er, wie *Kohler*, Studien S. 14, Aberration nicht anders behandelt, wie den *Error in objecto*.

Behandelt man aber Aberration und *Error in objecto* verschieden und faßt zugleich die Anstiftung als Teilnahme auf, so ergeben sich Schwierigkeiten, sofern man annimmt, der Dolus des Anstifters richte sich direkt auf den Erfolg der Tat des Angestifteten. Dies ist die Ansicht *Geyers*,<sup>148)</sup> der aber das Ergebnis — Bestrafung des Anstifters gleichfalls wegen vollendeten Verbrechens — durch den Satz glaubt herbeiführen zu können, daß er den Fall der Verwechslung dem Falle gleichstellt, in welchem im Augenblicke der Tat der Anstifter selbst dem Täter irrtümlich ein anderes Objekt der Tat bezeichnet hätte, oder ihm bestimmte, auch auf ein anderes Objekt passende Kennzeichen angegeben hätte. Die letzteren Fälle sind aber von dem hier in Betracht kommenden durchaus verschieden: in unserem Falle hat der Angestiftete, in dem von *Geyer* benutzten Falle hat der Anstifter selbst sich geirrt, und schließlich ist in diesen letzteren Fällen genau das geschehen, was der Anstifter im entscheidenden Augenblicke gewollt hat.

Scheinbarer ist die Begründung, daß der Anstifter sich auf Fehler des Angestifteten bei der Ausführung gefaßt machen müsse.<sup>149)</sup> Indes würde damit eine Haftung des Anstifters für

<sup>148)</sup> *Holtendorff's* Hdb. 2 S. 361.

<sup>149)</sup> *Böhlau* in der S. 273 zitierten Schrift findet in der Handlung des Angestifteten, welche sich gegen A richten sollte, in Wahrheit aber sich gegen den B richtete, zugleich einen Versuch des Verbrechens gegen A, und will dann den

alle und jede Fahrlässigkeit des Täters angenommen werden und diese Haftung ist dem oben Ausgeführten zufolge ausgeschlossen. Nach dieser letzteren Erwägung will *Böhlau*, der in der irrigen Handlung des Täters einen Exzeß erblickt, den Anstifter von der Verantwortlichkeit für den wirklich angeführten Mord vollständig befreien und ihn nur haften lassen für Versuch des beabsichtigten Verbrechens. Dagegen will *Schütze* (Teiln. S. 267), ungeachtet er die Auffassung der Anstiftung als einer Teilnahme am Verbrechen des Täters nachdrücklich vertritt, für den Anstifter in unserem Falle eine *Aberratio ictus* annehmen. Beide Meinungen sind unhaltbar.<sup>149a)</sup> *Korn*, der die von ihm *de lege ferenda* und theoretisch bekämpfte Auffassung der Anstiftung als Teilnahme *de lege lata* als richtig anerkennt, liefert der Ansicht *Schützes* eine weitere Begründung. Wenn ich *Korn* richtig verstehe, so wendet er die Theorie des doppelten Entschlusses bei Ausführung der Tat hier in folgender Weise an. Der Angestiftete hat auf die erste Anregung, die er von dem Anstifter erhielt, den richtigen ersten Entschluß gefaßt; dieser erste Entschluß verursacht aber einen zweiten Entschluß in falscher Richtung; der zweite Entschluß des Täters ist also in Ansehung des Anstifters Aberration; in Ansehung des Täters deshalb dagegen nicht Aberration, weil er doch den zweiten Entschluß selbst gefaßt hat, und diesem die Tat entspricht. Diese Ausführung steht und fällt mit der oben widerlegten Theorie des doppelten Entschlusses im Falle des *Error in objecto*. Sie befriedigt außerdem das Gerechtigkeitsgefühl nicht, welches gleiche Bestrafung der beiden Beteiligten in unserem Falle verlangt.<sup>150)</sup>

*Löwenheim* S. 52 gelangt zu diesem letzteren Ergebnisse auf Grund seiner Theorie des Anstifterdolus. Dieser Dolus ist nur auf Hervorbringung des Verbrechensvorsatzes in dem Täter gerichtet; auf Grund dieses Vorsatzes hat der Täter gehandelt,

---

Anstifter wegen dieses seiner Anstiftung entsprechenden Versuches, den Angestifteten aber wegen versuchten Verbrechens gegen A und wegen vollendeten Verbrechens gegen B gestraft wissen.

<sup>149a)</sup> Gegen die Argumentation *Schützes* auch *Korn* S. 46.

<sup>150)</sup> Anscheinend ist der Fall, daß der Angestiftete sich irrt, zuerst von *Decianus*, Tract. IX 36 n. 9, behandelt, der den Anstifter nur wegen *versari in re illicita* haftbar erklärt und deshalb von der *poena ordinaria* befreit. Derselben Ansicht — eigentlich ohne Begründung — ist *Farinacius*, Pr. qu. 129 n. 99. Nachher hat die Frage lange Zeit geruht.

und somit ist der Anstifter auch für die Tat ebenso verantwortlich, wie der Angestiftete. Diese Theorie fällt mit der von *Löwenheim* aufgestellten Theorie des Anstifter-Dolus, die, wie oben angeführt, irrig sein dürfte. Der entscheidende Vorsatz des Täters ist auch nicht ein früherer, sondern der Vorsatz im Augenblicke der Tat, und dieser war auf ein anderes Objekt gerichtet.<sup>150a)</sup>

§ 350. Richtig ist daher die Äquivalenz-Theorie, auf welcher die bei uns herrschende Meinung<sup>151)</sup> beruht. Sie geht davon aus, daß der Irrtum des Angestifteten für den Anstifter ebenso in Betracht komme, bzw. nicht in Betracht komme, wie wenn der Anstifter selbst in solchem Irrtum gehandelt hätte. Sie behandelt also Anstifter und Angestifteten gleich. Dies ist vollkommen schlüssig, sofern der akzessorische Charakter der Anstiftung anerkannt wird, nicht aber, wenn der Anstifter als Urheber und der Angestiftete als Werkzeug des Anstifters betrachtet wird, eine Auffassung, welche dahin führen muß, den Fall des *Error in objecto* auf seiten des Täters bezüglich des Anstifters als *Aberratio ictus* zu behandeln.<sup>151a)</sup> Der Äquivalenz-Theorie wird übrigens eine irrige Begründung gegeben, wenn man sagt, der Handelnde, der Anstifter wolle den Tod irgend eines Menschen.<sup>151b)</sup> Rein subjektiv betrachtet hat der Anstifter so wenig den gewollten Entschluß des Täters herbeigeführt, wie dieser die von ihm gewollte Tat ausgeführt, und unmöglich ist es auch, den Willen zu haben, einen Menschen *in abstracto* zu töten, also ohne Individualbestimmung in dem Augenblicke, wo es zu dem rechtlich allein in Betracht zu ziehen-

<sup>150a)</sup> Gegen *Löwenheim* vgl. *Korn* S. 44.

<sup>151)</sup> *Hälschner* 1 S. 418; *Waechter*, Vorlesungen S. 171; *Berner*, Lehrb. S. 165.; *Birkmeyer*, Teilnahme S. 165; *Lisat* § 52 I. 2; *Oppenhoff-Delius* § 48 Anm. 44; *H. Meyer* § 34 zu Anm. 33; *Frank* § 48, IV. 4; *Finger* 1 S. 348. In der französischen Jurisprudenz scheint die Verantwortlichkeit des Anstifters im Falle eines *Error in objecto* bei Ausführung der Tat durch den Angestifteten nicht besonders erörtert zu sein. Anscheinend bezweifelt man die gleiche Verantwortlichkeit beider nicht. Die englische Jurisprudenz betreffend, so spricht sich *Archbold-Craies-Stephenson* S. 17 ebenfalls in diesem Sinne aus, wenngleich mit der Bemerkung „it seems“.

<sup>151a)</sup> So *H. Meyer* a. a. O., der freilich *de lege ferenda* den Anstifter als Urheber betrachten würde.

<sup>151b)</sup> So ungefähr auch das im Prozeß *Rose und Rosahl* gefällte Urteil des preuß. OT. 5./5. 59 (GArch. 7S. 337: die Handlung des Angestifteten sei qualitativ gleich derjenigen, zu der er angestiftet worden, und es fehle nicht der Kausalzusammenhang zwischen Anstiftung und Handlung des Täters), besonders aber *Hälschner* GArch. 7 S. 433.

den Willen kommt. Dies ist bereits oben ausgeführt worden. Aber diese Würdigung des Willens vom lediglich subjektiven Standpunkte aus, welche allerdings einige Autoren <sup>151c)</sup> veranlaßt hat, in dem hier fraglichen Falle eine wirksame und daher verantwortlich machende Anstiftung zu leugnen, ist überhaupt mit dem Bedürfnisse der Rechtsordnung nicht vereinbar.

In der Dissertation *Siegels* ist gegen die Haftung des Anstifters bei *Error in objecto* auf seiten des Täters als mögliches Bedenken noch folgendes bemerklich gemacht. Der Angestiftete, der sich geirrt hatte, könnte allerdings, um doch der Anstiftung nachzukommen, ein zweites, und wenn er sich nochmals irrte, ein drittes Verbrechen usw. begehen, und für alle diese Verbrechen würde der Anstifter voll mitverantwortlich sein. Aber juristisch betrachtet wollte der Anstifter doch nur eine Tat, wenn er nicht unzweideutig erklärte, daß sie nötigenfalls wiederholt werden sollte. Die Anstiftung ist also durch die erste Tat erledigt, die Tat der Anstiftung gemäß geschehen. Meint der Täter, er müsse das Unternehmen wiederholen, so handelt er ohne Anstiftung. Zu der Annahme aber, daß die Tat wiederholt werden solle, um einen Irrtum zu verbessern, ist der Täter um so weniger ohne weiteres berechtigt, als durch die erste Tat die Umstände meist wesentlich verändert sind: die Entdeckung des Urhebers bei einer Wiederholung insbesondere wird bedeutend leichter erfolgen. Hat der Angestiftete die Anstiftung mißverstanden, oder hat der Anstifter sich versprochen, einen falschen Namen genannt, und tötet oder mißhandelt der Angestiftete infolge des Mißverständnisses den B statt des A, so haftet nach den oben dargelegten Ausführungen der Anstifter gleichwohl vollständig. Solche Irrtümer und Mißverständnisse können strafrechtlich nicht beachtet werden; ein Grund zur Schonung ist nicht vorhanden.

---

<sup>151c)</sup> So *Loening*, Grundriß S. 96; *Rubo*, § 48 Nr. 10; *Schwarze* S. 134; *Schütze*, Notwend. Teilnahme S. 267; *Borchert* S. 64 Anm. 30; *Olshausen* § 48 Nr. 15b. — Es ist aber, wenn man den akzessorischen Charakter der Anstiftung festhalten will, m. E. unmöglich, die Handlung des Anstifters als *Aberratio ictus* aufzufassen, da der Anstifter den Angestifteten als einfaches Werkzeug gerade nicht benutzen wollte. Das Ergebnis ist also nicht, wie *Schütze* und *Borchert* genauer ausführen, die Bestrafung des Anstifters wegen Versuchs des beabsichtigten Verbrechens in Konkurrenz (falls der Täter das Verbrechen gegen das von ihm verwechselte Objekt ausführte) mit einem kulposen Delikte, vielmehr Straflosigkeit.

Wenn X den A getötet, mißhandelt sehen wollte, so differiert seine Gesinnung auch dann nicht von der Gesinnung, welche er gehabt haben würde, wenn er den Auftrag gegeben hätte, den B zu töten oder zu mißhandeln. Der Gegengrund trifft nicht, daß demnach der Anstifter auch haften müßte in Fällen, wo der Täter, den Auftrag nicht verstehend, ein der Art nach ganz verschiedenes Verbrechen begeht; denn in Fällen dieser letzteren Art ist in der Tat des Täters die Anstiftung gar nicht objektiv zu erkennen; Wille und Gesinnung des Anstifters spiegeln sich darin in keiner Weise: wer einen Diebstahl will, will deshalb nicht auch Mord usw., wenn statt des Diebstahls ein Mord usw. begangen werden sollte.<sup>152)</sup> Würde — ein ferner noch von *Siegel* konstruierter Fall — der Angestiftete wahnsinnig werden, so würde selbstverständlich, falls der Wahnsinnige, nun nicht wissend, worauf die Anstiftung sich erstreckte, den C sondern den D tötete, von einem Kausalzusammenhange zwischen der Anstiftung und dieser Tat nicht zu reden sein; tötete er aber wie verabredet den C, so würde der Anstifter zum mittelbaren Täter werden.

§ 351. Ist es rationell, die Anstiftung an sich als Versuch des beabsichtigten Deliktes zu bestrafen? Diese Frage kann eigentlich nur aufgeworfen werden, wenn man von der Urhebertheorie ausgeht; denn dann liegt in der Anstiftung eine äußere, auf Begehung des Verbrechens abzielende Handlung, und so ist auch erst seit dem Auftreten der Urhebertheorie die Strafbarkeit der Anstiftung als solcher behauptet worden,<sup>153)</sup> während die ältere Jurisprudenz übereinstimmend den Anstifter erst dann für strafbar erachtete, wenn der Angestiftete wenigstens zu einem strafbaren Versuch gelangt war,<sup>154)</sup> und nur

<sup>152)</sup> Diese Fälle, in denen *Siegel* S. 34, 35 Schwierigkeiten erblickt und die er durchaus verschieden beurteilt — bei Mißverständnis seitens des Täters = Straflosigkeit des Anstifters; bei Versprechen seitens des Anstifters = volle Verantwortlichkeit des Anstifters —, sind also sehr einfach zu entscheiden. Verschiedenheiten in der Beurteilung dieser praktisch in Ansehung des Beweises sehr schwer unterscheidbaren Fälle dürften das Gerechtigkeitsgefühl verletzen.

<sup>153)</sup> So *Luden*, Abh. I S. 448; *Bauer*, Abhandl. I S. 430; *Heffter*, Lehrb. § 82 Anm. 6; *Geib* 2 S. 347 und die daselbst weiter Zitierten. (*Zachariae* hat Archiv d. Cr. 1850 S. 284 die früher — Versuch I S. 56 — ausgesprochene Ansicht, daß Anstiftung an sich Versuch sei, zurückgenommen.) *Wächter*, D. Strafr. S. 255. — Österr. GB. § 9, Hannov. GB. Art. 55, Thüring. Art. 34, Sächs. GB. (1851) Art. 64.

<sup>154)</sup> Vgl. *Bartolus, ad Leg. II (§ si mandato)* D. 47, 2; *Aretinus, Rubr. Et Sepromium* n. 78 Ag. *Bossius, Pr. Tit. de delicto* n. 34. Auch italienische

Ausnahmen machte bei den *Crimina atrocissima* — *Assassinium*, dem Dingen eines Lohnmörders und dem *Crimen majestatis* — Ausnahmen, die aber wegen der Enormitas criminis gemacht und als singuläres Recht betrachtet wurden.<sup>155)</sup>

Die Auffassung der Anstiftung als Teilnahme an der Tat des Täters muß dagegen zur Verneinung jener Frage gelangen<sup>155a)</sup> und das ist denn nach Maßgabe des in dieser Hinsicht einem Zweifel nicht Raum gebenden Wortlautes des § 48<sup>156)</sup> des StGB. auch die herrschende Ansicht. Wenn gleichwohl von mehreren,<sup>156a)</sup> die diese Ansicht *de lege lata* teilen, die Strafbarkeit der Anstiftung *de lege ferenda* als Versuch verteidigt wird, so erklärt sich dies daraus, daß sie sich doch von der Urheber-

Statuten strafen (dem langobardischen Rechte, *Ed. Rothar.* I. 10, 11 und 20; *Leg. Liutprand* 134, folgend) die nicht befolgte Anstiftung nur bei *Assassinium* (*Köhler*, Strafrecht d. italienischen Statuten S. 233, 242). Vgl. auch *Corpus* qu. 19 n. 52. Die Bemerkung *Hälschners* (vgl. *Syst.* 268) I S. 403, daß die Italiener allgemein auch die erfolglose Anstiftung für strafbar gehalten hätten, ist unrichtig. *Hälschner* beachtet nicht, daß die von ihm angeführten Stellen nur das *Mandatum* zum *Homicidium*, d. h. das Dingen eines Mörders oder den Befehl an eine von dem Befehlenden abhängige Person, als an sich strafbar behandeln. Vgl. *Bartolus ad Leg. Si mandato meo D. de injur.* 47, 2 n. 3; *Menochius* c. 352 n. 9. „*Quando mandatarius nullo modo mandatum executus est: tunc mandans leve crimen nullo modo punitur; si vero atrox, extra ordinem iudicis arbitrio*“. — Daß das kanonische Recht (*Innocens* IV. c. 1 in VI. 5, 4) den Auftrag zum Morde, auch wenn die Ausführung unterblieb, mit Exkommunikation ahndete, kann nicht auffallen, enthält aber für das weltliche Strafrecht ein Prinzip nicht.

<sup>155)</sup> Daß man das Dingen zum Morde besonders bestrafte, erklärt sich einerseits daraus, daß schon in den alten Volksrechten dieser Fall hervorgehoben wurde, und das solche Fälle nach Maßgabe der gesellschaftlichen Verhältnisse des Mittelalters sehr oft vorkamen und eine stetige Gefahr bildeten. *Lex Salica* 28, 1, *Ed. Rothari* c. 10. Vgl. dazu *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte 2 S. 568. C. 1 in VI. 5, 4 betrachtet, wie bemerkt, die Anstiftung zum Morde als an und für sich strafbar; dagegen macht nach c. 3 das die Anstiftung zur Mißhandlung nur irregulär, wenn die Tat geschehen und Tod oder Verstümmelung des Mißhandelten erfolgt ist.

<sup>155a)</sup> In diesem Sinne besonders *Birkmeyer* S. 165. (Vgl. auch *Küta* S. 45.)

<sup>156)</sup> Als Anstifter wird bestraft, wer einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat. Also ohne strafbare Handlung — mindestens Versuch — des Täters keine strafbare Anstiftung. Dies entspricht auch der früheren preußischen Praxis (*Oppenhoff*, Preußisches StGB. § 34 Anm. 10) und der bei Abfassung der preußischen maßgebenden Meinung (*Goldammer*, Materialien I S. 309 ff.), obwohl das preußische StGB. sich weniger bestimmt aussprach. — Daß zur Zeit der Abfassung des deutschen StGB. die Theorie sich ganz überwiegend für die im StGB. adoptierte Ansicht ausgesprochen hatte, erkennt auch *Hälschner* I S. 403 an. Vgl. die daselbst Anm. 11 gegebenen Zitate.

<sup>156a)</sup> So von *Hälschner* I S. 403, *H. Meyer* § 34 zu Anm. 24, *Olshausen* § 48 Anm. 24

theorie nicht ganz losmachen können<sup>156b)</sup> und das Wesen der Anstiftung und Beihülfe als eines Handelns mit nur bedingtem Dolus nicht erkannt haben. Die Behandlung der Anstiftung als Urheberschaft führt aber außerdem zu erheblichen Schwierigkeiten und Widersprüchen. Soll nur die sog. gelungene Anstiftung Versuch sein, d. h. die Anstiftung, infolge deren der Angestiftete sich bereit erklärt hat, das Verbrechen zu begehen, oder auch die mißlungene Anstiftung, welche nicht einmal diesen letzteren Erfolg gehabt hat? Die Konsequenz der einmal angenommenen Ansicht fordert auch die Bestrafung der mißlungenen Anstiftung; denn auch in dieser liegt eine äußere, auf Herbeiführung des Delikts-Tatbestandes abzielende Handlung, und praktisch wird sich die gelungene Anstiftung, wenn der Angestiftete gar nicht zum Versuche schreitet, oft von der mißlungenen nicht unterscheiden lassen:<sup>157)</sup> in Wahrheit liegt ja ein rechtlich in Betracht kommender Entschluß erst dann vor, wenn zur Ausführung geschritten wird.

Ferner kommt man leicht zur Bestrafung nicht ernstlicher Aufforderungen, ein Verbrechen zu begehen, und zu einem Tatbestande des Versuchs, der sich völlig verflüchtigt und zu den mißlichsten, resultatlosen Untersuchungen und böswilligen Denunziationen Anlaß gibt, zu einem Wortverbrechen bedenklichster Form!<sup>157\*)</sup> Sodann aber, wie stellt sich der in der bloßen Anstiftung erblickte Versuch zu den Fällen, in denen der Angestiftete wirklich zum Versuche schreitet?<sup>158)</sup> Wenn endlich etwa gemeint ist, daß die Anstiftung als solche strafbar sei unter der Bedingung oder Voraussetzung, daß die Tat begangen werde, so widerstreitet es der Anwendung des

<sup>156b)</sup> So auch *Zachariae*, ungeachtet er die Strafbarkeit der Anstiftung als solcher energisch bekämpft; ihm ist der Anstifter Urheber der begangenen Tat, ein Satz, der aber einen Widerspruch enthält. Ist der Anstifter Urheber, so beginnt seine Strafbarkeit mit seiner Tätigkeit, d. h. mit der Anstiftungshandlung.

<sup>157)</sup> Der vom Anstifter ausersehene Täter könnte übrigens seine Zustimmung nur vorläufig geben — wer will das in vielen Fällen genau feststellen? — oder gar heucheln (Putativ-Anstiftung). Vgl. *Schütze*, Teiln. S. 255.

<sup>157\*)</sup> Besonders bedenklich könnte die Tätigkeit von *Agents provocateurs* bei Bestrafung der mißlungenen Anstiftung werden. A gibt sich dem B als jemand zu erkennen, der bereit wäre, unter Umständen ein bestimmtes Verbrechen auszuführen, und veranlaßt so B, ihn zur Mittäterschaft anzustiften. Jetzt wäre B zweifellos straffällig, A aber zweifellos nicht, wenn er sich nur zum Schein zur Ausführung bereit erklärt hätte.

<sup>158)</sup> Diese letztere Schwierigkeit hat bereits *Zachariae*, Arch. d. Cr. 1850 S. 284 hervorgehoben.



Versuchsbegriffes auf die Anstiftung, daß es an einem Kennzeichen der Vollendung fehlt. Der Anstiftende könnte sich ja vornehmen, daß er, um die Anstiftung recht wirksam zu machen, noch ein Mehreres tun wolle; dann hätte man genau betrachtet in demjenigen, was er tat, falls nun die Tat überhaupt nicht zur Ausführung gelangte, den Versuch eines Versuches.

Dialektische Konsequenz wie praktische Rücksicht stehen also der allgemeinen Bestrafung der Anstiftung als solcher entgegen, und ganz besonders der Bestrafung als Versuch des vom Anstifter beabsichtigten Verbrechens. Die Frage, ob nicht bei einzelnen Verbrechen ausnahmsweise die erfolglose oder bzw. mißlungene Anstiftung bestraft werden solle — wie die Italiener es bei dem *Assassinium* taten — oder ob nicht eine Anstiftung unter besonderen, erschwerenden Umständen an sich vom Gesetze für strafbar zu erklären sei, ist damit freilich nicht entschieden. Meiner Ansicht nach würden aber für ersteres ganz besondere und gewichtige in der Natur des einzelner Delikt liegende Gründe erforderlich sein.

§ 352. Während zufolge der französisch-belgischen Jurisprudenz<sup>159)</sup> wie der italienischen<sup>159<sup>a</sup>)</sup> und englisch-nordamerikanischen<sup>159<sup>b</sup>)</sup> die Strafbarkeit jedes *Accessory before the fact*, insbesondere des Anstifters erst beginnt mit der Strafbarkeit des Täters, ist neuestens in Deutschland — wesentlich auf Grund der Urhebertheorie — die selbständige Bestrafung der Anstiftung befürwortet worden. Die deutsche Gruppe der Internationalen krimin. Vereinigung<sup>160)</sup> hat auf Vortrag und Vorschlag *Harburgers* die folgende Resolution angenommen:

„Mißlingt die Anstiftung, oder kommt es ohne Zutun desjenigen, der die Anstiftung unternommen hat, nicht zur Ausführung der Tat, zu der angestiftet wurde, so tritt Strafe in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ein; es ist jedoch zu wünschen, daß eine solche Bestimmung in Ansehung aller schwereren Verbrechen getroffen werde.“

<sup>159)</sup> *Garraud* 2 n. 663. *Pandectes françaises, Complicité* n. 163. *Hous* 1 n. 501, 505. *Pandectes belges, Complice* n. 183 bis.

<sup>159<sup>a</sup>)</sup> Vgl. *Crivellari* 4 S. 146. Die hier gegebene Erörterung setzt die Strafllosigkeit der Anstiftung bei Fehlen der Tat als selbstverständlich voraus.

<sup>159<sup>b</sup>)</sup> *Archbold-Craigs-Stephenson* S. 18, *Bishop* 1 § 668.

<sup>160)</sup> *Mitteilungen* 11 S. 544.

Außer den bereits gewürdigten Gründen ist von *Harburger* geltend gemacht, daß es auf reinem Zufall beruhen könne, wenn der vollkommen für die Ausführung gewonnene Täter nicht zu einer strafbaren Handlung gelange. Dies ist richtig. Aber das Argument, daß jemand durch Zufall vor der Begehung eines Verbrechens bewahrt werde, beweist, wie schon früher bemerklich gemacht worden, nicht. Die Einwirkung des Zufalles — der Zufall der Geburt in günstigen Umständen bewahrt am meisten vor Begehung von Verbrechen — läßt sich auch sonst im Rechtsleben nicht ausschließen, und gläubige Gemüter werden in dem Umstande, daß der angestiftete Täter nicht zur Ausführung gelangte, sogar eine Fügung der Vorsehung erblicken. Angenommen aber auch, daß die Freiheit von Strafe ohne Verdienst des Anstifters ein Übelstand wäre, so scheinen die Übelstände, welche aus der Bestrafung der Anstiftung als solcher hervorgehen, weit schwerer zu wiegen.

Die neuesten Gesetzgebungsarbeiten anlangend, so schließt der österreichische Entwurf von 1893 § 53, sowie der japanische Entwurf Art. 78 sich in der Fassung hier genau dem deutschen StGB. an. Ebenso erfordern das russische StGB. Art. 51<sup>161)</sup> und der schweizerische Vorentwurf v. 1903 Art. 22, Abs. 1 („Wer den Täter bestimmt hat, das Verbrechen zu begehen, unterliegt der auf das Verbrechen angedrohten Strafe“)<sup>162)</sup> eine Ausführungshandlung des Täters zur Strafbarkeit des Anstifters. Endlich kann auch m. E. nach dem norwegischen StGB. eine Anstiftung ohne Ausführungshandlung des Täters nicht als strafbar betrachtet werden; denn dieses StGB. bestraft in den einzelnen Fällen die Mitwirkung zur Straftat, setzt also die Begehung der Straftat oder einen Versuch derselben bei der Bestrafung eines Teilnehmers voraus. Diese Gesetzgebungsarbeiten stimmen also keineswegs überein mit dem erwähnten Beschlusse der deutschen Gruppe der Intern. krim. Vereinigung, der theoretisch mir als Irrtum, praktisch aber als einer derjenigen

<sup>161)</sup> Vgl. *Gretener*, GS. 67 S. 72.

<sup>162)</sup> Vgl. die Verhandlungen über den Vorentwurf 1 S. 105. Versuch der Anstiftung sollte nur im besonderen Teile berücksichtigt werden. Das ist aber tatsächlich nur in sehr geringem Maße geschehen, Art. 208, bei Versuch der Verleitung zu falschem Zeugnisse, Gutachten oder falscher Übersetzung.

Sätze erscheint, von welchen ausgehend man mehr und mehr zu einer Bestrafung der Äußerung auch gefährlicher Gesinnungen gelangen könnte.

§ 353. Unter welchen Voraussetzungen der Anstifter ohne Rücksicht auf eine der anfänglichen Anstiftung entsprechende Tat straflos von dem verbrecherischen Unternehmen zurücktreten kann, ergibt sich einfach, wenn man die Anstiftung als eine Ursache erkennt, welche in der Seele des Täters ein wesentliches Motiv hervorruft. Kann der Anstifter, bevor es zur Tat kommt, dies Motiv zurücknehmen oder wirkungslos machen, so muß er verantwortungsfrei sein, weil man verantwortlich nur ist für das, was man verursacht hat. Bei einem Auftrag, einem Befehle, einem Lohnversprechen, bei Benutzung eines auf Täuschung beruhenden Motives wird Zurückziehen des Auftrages, des Befehles, des Versprechens, Aufklärung über die Wahrheit genügen; schreitet dann der Angestiftete dennoch zur Tat, so tut er es nicht mehr aus dem von dem Anstifter gelieferten Motive. Andererseits wenn der Anstifter eigene Leidenschaften und Begierden in dem ausersehenen Täter erweckt hat — kann er sie nicht wieder bannen die Geister, die er rief —, so bleibt er trotz aller Bemühungen verantwortlich für das, was geschieht, genau wie der Brandstifter, der, nachdem er den Brand entfesselt hat, zu spät Reue empfindet und nur die Folgen seiner Tat auf sich nehmen muß.<sup>163</sup>) Nicht anders zu beurteilen ist auch eine Anzeige bei der Obrigkeit oder eine dem später Verletzten zugegangene Warnung, die etwa hätte hindern können, aber nicht wirklich gehindert hat. Die Frage, ob eine Hinderung des Verbrechenserfolges dem Anstifter Straflosigkeit verschafft,<sup>164</sup>) wenn gleichwohl der Ange-

<sup>163</sup>) *Carrara*, progr. 1 § 496.

<sup>164</sup>) Daß ein bloßer Widerruf die Anstiftung keineswegs immer straflos macht, wird allgemein anerkannt (vgl. im Sinne des Textes auch RG. III. 20./2. 90 E. 20 Nr. 95 S. 261). Dagegen wird regelmäßig übersehen, so von *Geyer*, *Holtzendorffs Hdb.* 2 S. 373; *Berner*, Lehrb. S. 166; *Hälschner* 1 S. 41; *Liszt* § 53 III, 3 (*Berner* schreibt gar der rechtzeitigen Anzeige schon strafbefreiende Wirkung zu), daß eine psychische Einwirkung, wie solche in der Anstiftung liegt, nicht lediglich durch eine physische Gegenwirkung aufgehoben werden kann. Dies aber wird angenommen, wenn ohne weiteres auch der äußere Hinderung, ungeachtet dieselbe den Angestifteten etwa doch zu einem strafbaren Versuche kommen läßt, die Bedeutung zugeschrieben wird, dem Anstifter Straflosigkeit zu verschaffen. (Richtig *Langenbeck* S. 179, *Olshausen* § 48, Anm. 3). Die richtige Ansicht vertritt auch *Crivellari* 4 S. 132. Dagegen ist mir die

stiftete sich infolge der Anstiftung straffällig macht, führt zurück auf die Frage der Straflosigkeit des *Agent provocateur*. Wer andererseits die Straflosigkeit einer wirkungslosen (mißlungenen) Anstiftung leugnet, müßte konsequent, wie Geyer richtig bemerkt, jede Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktrittes für den Anstifter leugnen. Auf analoge Anwendung des § 46 StGB. kann Straflosigkeit des Anstifters, wenn der Täter straffällig wird, nicht gestützt werden, sofern man die Anstiftung als Teilnahme am Verbrechen des Täters auffaßt, da der Anstifter nach dieser Auffassung eine selbständige Versuchshandlung nicht begeht. Eher scheint analoge Anwendung möglich, wenn man die Anstiftung als intellektuelle Urheberchaft charakterisiert.<sup>165)</sup> Auch zur tätigen Reue (§ 46, 2) muß der Anstifter, wenn er vermöge seines Rücktritts straffrei bleiben will, den Angestifteten veranlassen. Es versteht sich dies von selbst, wenn die oben vertretene Ansicht richtig ist, daß innerhalb des Versuchsgebietes ein innerlicher Unterschied zwischen Aufgabe des Versuchs und tätiger Reue nicht anzuerkennen ist.

§ 354. Beruhen Rücktritt vom Versuch und tätige Reue (§ 46, 2) bei dem Angestifteten auf einer Einwirkung des Anstifters, so daß also die Anstiftung als solche wieder unwirksam gemacht ist, so ist an der Wirksamkeit jener Gründe der Straflosigkeit für den Anstifter nicht zu zweifeln. Tritt aber der Angestiftete ohne solchen gleichzeitig oder vorhergehend wirksamen Rücktritt des Anstifters zurück, so kommt es darauf an, ob man die Straflosigkeit in jenem Falle nur als eine persönliche, nur aus Zweckmäßigkeitsgründen gewährte Vergünstigung des vom Verbrechen Zurücktretenden auffaßt (oder doch als Belohnung für die dargelegte Reue) oder aber als eine Konsequenz des Satzes, daß nur der ernstlich betätigte Wille strafrechtlich in Betracht kommen kann, daß aber, wer den Versuch aufgibt oder durch tätige Gegenwirkung die

---

englisch-nordamerikanische Jurisprudenz in dieser Frage nicht klar geworden. Vgl. *Wharton* 1 § 228.

<sup>165)</sup> *Meyers*, GArch. 37 S. 398 f., besonders S. 406, 410, will § 46 direkt auf den Anstifter angewendet wissen, weil einerseits die Terminologie des StGB. unter dem Täter auch den Teilnehmer nicht selten mitverstehe, und weil andererseits die Tat des Angestifteten dem Anstifter als eigene zugerechnet werde.

Vollendung abwendet, ungeachtet des schon Geschehenen den Beweis liefert, daß er in Wahrheit einen ernstlichen Willen nicht gehabt habe. Überwiegend<sup>165a)</sup> entscheidet man sich in Deutschland jetzt in ersterem Sinne, woraus folgt, daß Aufgabe des Versuches oder tätige Reue nur seitens des Angestifteten dem Anstifter Straflosigkeit nicht verschafft. Gründet man aber die Straflosigkeit des Rücktritts vom Versuch (und die tätige Reue) im Sinne der zweiten Ansicht auf die Rechtskonsequenz, so müssen, sofern die Anstiftung ein Akzessorium der Tat des Täters ist, Rücktritt und tätige Reue des Täters auch für den Anstifter wirksam werden; denn dieser will die Tat nur, falls der Täter sie will, d. h. ernstlich will (sie ausführt), und eben dieses bedingten Dolus wegen muß selbst die Sinnesänderung des Täters, wenn letztere als Grund der Straffreiheit betrachtet wird — solange die Vollendung noch nicht eingetreten ist —, auch für den Anstifter wirken.<sup>166)</sup> Daß dies die ältere Ansicht war, welche erst durch das Aufkommen der Urhebertheorie erschüttert wurde, geht daraus hervor, daß man allgemein annahm, das *Delictum principale* (des Täters oder Mandatarius) müsse festgestellt sein,<sup>167)</sup> ja daß vielfach behauptet wurde, die Bestrafung des Anstifters wie eines Gehülfen sei unzulässig, wenn nicht der Täter verurteilt sei; daß aber bei einem aufgegebenen, also straflosen Versuche überhaupt eine Bestrafung des Täters ausgeschlossen ist, ja eigentlich sogar eine Untersuchung ausgeschlossen sein sollte, verstand sich von selbst. In der französischen Jurisprudenz gilt es denn auch heute z. T. als zweifellos, daß das freiwillige *Désistement* des Täters ebenfalls Straflosigkeit des Anstifters begründet.<sup>167a)</sup> In der heutigen italienischen Jurisprudenz ist

<sup>165a)</sup> *Bauer*, Abh. 1 S. 431; *Zachariae*, Versuch 2 S. 259; *Köstlin*, Syst. 1 S. 326; *Geib* 2 S. 352; *Schwarze* Komment. S. 139; *Geyer* in *Holtzendorff* Hdb. 2 S. 371; *Hälschner* 1 S. 413; *Frank* § 46 V.; *Finger* 1 S. 320; *Allfeld* (H. *Meyer-Allfeld*, § 32 zu Anm. 35); *Merkel* S. 134; *Birkmeyer*, Techr. S. 156; *Liszt* § 48 zu Anm. 4; RG. I. 13./1. 81 E. 3 Nr. 93 S. 243; RG. I. 6./6. 82 E. 6 Nr. 113 S. 341; II. 25./11. 87 E. 16 Nr. 108, bes. S. 348.

<sup>166)</sup> Vgl. dafür insbes. *Berner* § 84, 10, *H. Meyer* § 32 Anm. 34; *Baumgarten*, Lehre v. Versuch S. 457; *Olshausen* § 46 Nr. 2 (dieser Paragraph betrifft einen objektiven Strafausschließungsgrund); *Kohler*, Studien S. 143; *Herzog*, Rücktritt S. 261; *Schütze*, Lehrb. S. 141.

<sup>167)</sup> *Bossius*, *De delicto* n. 34; *Farinacius*, *De inquisitione* qu. 3 n. 1, 3.

<sup>167a)</sup> *Garraud* 2 § 240, *Pandectes belges*, Coauteur n. 541.

die Entscheidung streitig wie bei uns. *Impallomeni* (n. 144 S. 175) läßt den Rücktritt des Täters dem Anstifter zugute kommen, während *Carrara*, *Crivellari* und *Majno* anderer Ansicht sind.<sup>168)</sup>

§ 355. Tatsachen, welche außerhalb des Willens des Anstifters oder beziehungsweise des Angestifteten, also außerhalb der Tat liegen, haben je nach der ihnen rechtlich zukommenden Natur bald nur eine rein persönliche straftilgende, bald eine objektiv allen Teilnehmern zugut kommende Wirkung. Es kommt hier allein auf die rechtliche Natur des Straftilgungsgrundes an. Zweifellos ist eine dem Täter gewährte Begnadigung nicht zugleich für den Anstifter wirksam, und umgekehrt, sofern nicht der die Begnadigung Erteilende die Absicht wie die rechtliche Befugnis hat, die Begnadigung objektiv auf die ganze Tat zu erstrecken. Die Verjährung der Strafverfolgung ist nach dem StGB. rein persönlich gefaßt; die Verjährung, welche zugunsten des Täters abgelaufen ist, kommt daher dem Anstifter nicht zustatten, und ebenso nicht die zugunsten des Anstifters abgelaufene Verjährung dem Täter.<sup>169)</sup> Ob dies prinzipiell richtig sei, kann freilich fraglich erscheinen. Ebenso kommt es darauf an, wie man die Bedeutung des Strafanspruchs des Verletzten auffaßt, ob der Ablauf der Antragsfrist gegen einen der Beteiligten auch zugunsten eines anderen Beteiligten wirke. Diese Fragen, in welche bekanntlich positive Vorschriften unseres StGB. stark einschneiden, gehören nicht in die Lehre von der Teilnahme, da vom Gesichtspunkte der Teilnahme aus durchgreifende Grundsätze hier sich nicht aufstellen lassen.

§ 356. Seit der Zeit der mittelalterlich-italienischen Jurisprudenz betrachtet man Anstifter und Täter prinzipiell als gleich strafbar, was jedoch eine durchaus gleiche Strafzumessung innerhalb des für den Täter geltenden Strafrahmens und der besonderen Berücksichtigung rein persönlicher Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe nicht ausschließt. Der Erwägung, daß der erste Anstoß zur Tat von dem Anstifter ausgeht, und

<sup>168)</sup> *Carrara*, *Opuscoli* 1 § 342; *Crivellari* 4 S. 133.

<sup>169)</sup> Daß die Verjährung der Strafvollstreckung nur persönlich wirken kann, ist klar. Nicht um die Tat, sondern um die gegen die Person ausgesprochene Strafe handelt es sich hier.

daß dem Anstifter oft das moralische Verderben des Angestifteten mit auf Rechnung gesetzt werden kann, Erwägungen, welche eine höhere Strafe des Anstifters zu fordern scheinen,<sup>170</sup> steht die Erwägung gegenüber, daß, wenn der Anstifter nicht eine zur Tat geneigte Person fände, die Ausführung der Tat in vielen Fällen unterbleiben würde,<sup>171</sup> und daß die Tat nicht selten in ihrer gesamten abschreckenden Gestalt sich besonders dem Täter zeigt, der also, indem er ausführt, oft mannigfache moralische Gegenmotive durch Intensität seines verbrecherischen Willens überwindet.

§ 357. Das StGB. straft nach § 48 („zu der begangenen strafbaren Handlung“) die Anstiftung auch bei Übertretungen. Es dürfte sich aber empfehlen, die Anstiftung der Regel nach nur bei Verbrechen und Vergehen zu bestrafen, wie das auch nach französischem und belgischem Rechte<sup>172</sup> der Fall ist, um so mehr, als schon jetzt nach dem StGB. die Beihilfe nur bei Verbrechen und Vergehen bestraft wird, intellektuelle Beihilfe aber und Anstiftung oft kaum unterscheidbar sind. Wie *Garraud* hervorhebt, wird auch bei vielen Polizeiübertretungen nicht unterschieden zwischen doloser und kulposer Begehung, und die Teilnahme bezieht sich nur auf dolose Begehung. Endlich aber sind viele Polizeiübertretungen nur Gefährdungsdelikte: ist hierbei der Tatbestand schon in vielen Fällen schwer festzustellen, und kommt es dabei nicht selten selbst zu Verurteilungen mehr oder weniger schuldloser Personen, so muß der letztere Übelstand noch mehr hervortreten, wenn man auch die bloße Teilnahme, sofern der Angeklagte nicht etwa Mittäter ist, bestraft.

<sup>170</sup>) Vgl. darüber schon die Erörterungen bei *Aristoteles*, *Rhet.* I c. 7. Während *Kallistratos* den Mandanten für strafbarer erklärte, als den Mandatar, der die Tat ausführt, war *Chabrias* der entgegengesetzten Ansicht. Im Mittelalter waren anfangs viele der ersteren Ansicht, so *Accursius*, *Gl. ad leg. Athletos* (4 § *Pomponius D. de hic qui notantur* 3, 2; *Gandinus*, *Rubr. de poena reorum* n. 12 (der Mandans sündigt doppelt). Schließlich aber erklärte sich die *Communis opinio* für die gleiche Strafbarkeit des Anstifters und des Angestifteten, vgl. *Decianus* IX 39 n. 1.

<sup>171</sup>) Die Scheußlichkeiten, welche die Geschichte Tyrannen auf Fürstenthronen zur Last legt, wären wohl größtenteils nicht begangen worden, wenn nicht stets bereite Ausführungsorgane auch freiwillig sich gefunden hätten. Vgl. über die Anschauung der Griechen *Plato*, *de legg.* IX. c. 11 und dazu *Steinhart*. Platons sämtliche Werke Bd. 7, 1 S. 273.

<sup>172</sup>) Vgl. *Garraud* 2 § 621. — Anders das italienische Gesetzbuch, welches jede Art der Teilnahme bei allen Delikten als strafbar behandelt. *Tuossi* 1 S. 193.

## Beihülfe.

§ 358. Beihülfe kann geleistet werden intellektuell dadurch, daß der Hülfeleistende den oder die Täter in dem verbrecherischen Vorhaben bestärkt oder die Ausführung erleichternde Ratschläge und Anweisungen erteilt, möglicherweise nur Ratschläge gibt, deren Befolgung die aus der Tat hervorgehenden Vorteile oder den Schuldigen vor Verfolgung sichern soll — intellektuelle Beihülfe —, oder dadurch, daß er äußere Hindernisse hinwegräumt, Mittel zur Ausführung beschafft oder geradezu an der Ausführung teilnimmt — physische Beihülfe. Die physische Beihülfe wird meistens auch intellektuelle Beihülfe sein; wenn der die Tat Ausführende die Unterstützung bemerkt, wird er dadurch meist in seinem verbrecherischen Vorhaben bestärkt werden. Nur eine Konsequenz dieser Erwägung ist es, wenn StGB. § 257 Abs. 3 die vorher zugesagte Begünstigung, welche jedenfalls geeignet ist, den Täter in seinem Vorhaben zu bestärken, als Beihülfe bestraft.

Wie sich nun physische Beihülfe und Täterschaft unterscheiden, ist oben dargelegt worden; die intellektuelle Beihülfe unterscheidet sich dadurch von der Anstiftung, daß der Helfende den Willen des Täters, das Delikt zu begehen, als unabhängig von seiner, des Gehülfen, Tätigkeit vorhanden voraussetzt. Das Kennzeichen der Anstiftung wird dabei regelmäßig sein, daß die Tat ausschließlich oder doch ganz überwiegend den Interessen des Anstiftenden dient. Ist dies nicht der Fall, so wird nur intellektuelle Beihülfe anzunehmen sein.

Die Anstiftung kann in intellektuelle Beihülfe übergehen (vgl. oben), wenn der Anzustiftende bereits entschlossen war; dagegen kann nicht umgekehrt, wer nur intellektuelle Beihülfe leisten wollte, wegen Anstiftung verantwortlich werden, sollte auch die nur auf Beihülfe (Bestärkung des Entschlusses) gerichtete Tätigkeit tatsächlich erst den Entschluß des Täters bewirkt haben; denn der Dolus reicht nicht soweit, und fahrlässige Anstiftung existiert nicht.

Ebenso wie zur Anstiftung nicht eine allgemeine Aufforderung zur Begehung von Verbrechen genügt, jene vielmehr sich auf individuelle Taten beziehen muß, ist es auch erforderlich, daß der Vorsatz des Gehülfen auf eine individuelle Tat



(oder mehrere) sich beziehe; es kann aber der Beihülfe Leistende die Auswahl der konkreten Umstände, unter denen gehandelt werden soll, dem Täter überlassen, z. B. die Auswahl des Individuums, gegen welches das Verbrechen begangen werden soll; z. B. demjenigen, der einen anderen mit Diebeswerkzeugen versieht, ist es gleich, ob der Diebstahl in dem Hause des X oder des Y begangen wird.<sup>173)</sup> Will dagegen der Gehülfe bestimmt nur die Begehung der Tat in bestimmter individueller Weise, so ist er nicht verantwortlich, wenn der Täter sie an anderen Individuen, an anderen Sachen begeht; der Täter begeht dann eine Tat, welche ganz außerhalb des Rahmens des Dolus des Gehülften steht, ein Rahmen, den der Gehülfe freilich weiter und enger stellen kann.<sup>174)</sup> Dabei wird die Nennung eines Namens seitens des Täters nicht immer beweisen, daß der Gehülfe nur in bezug auf den Träger dieses Namens das Delikt verübt wissen wollte. Ja, es ist möglich, daß Beihülfe geleistet wird zu einem Verbrechen, dessen Täter der Schuldige gar nicht kennt.<sup>175)</sup> Wie die Verantwortlichkeit des Gehülften, des Helfenwollenden nicht weiter reicht als die Tat des Täters, zu welcher Hülfe geleistet wird, so reicht sie auch nicht weiter als die Vorstellung, welche der Helfende von dieser Tat hat,<sup>176)</sup> und über die Frage, ob Abweichungen der Tat als wesentliche für den Gehülften anzusehen sind, müssen die allgemeinen Grundsätze entscheiden, welche gelten, sofern es sich um die lediglich von einem einzigen ausgeführte Tat handelt. Daher kann denn auch jemand, der einem anderen bei Ausführung einer strafbaren Tat Hülfe leistet, wegen tatsächlichen Irrtums entschuldigt sein, während dieser andere, welcher die Tatsachen genau kennt, straffällig ist, z. B. ein Diensthote, ein Tagelöhner hilft dem Gastwirte, jemanden rechtswidrig hinauszuerwerfen (vgl. in bezug auf Nötigung in einem solchen Falle Rg. IV. 20./9. 87 Rs. 9. S. 447).

<sup>173)</sup> Der Angeklagte hat schlechte Waren geliefert, die ein anderer betrügerisch verkaufen soll. RG. III. 9./4. 81 E. 4 Nr. 35 S. 95. Angeklagter hat zu dem verbotenen Vertriebe von Losen mitgewirkt. RG. II. 15./2. 98E. 31 Nr. 16 S. 3.

<sup>174)</sup> So RG. III. 26./6. 84 E. 11 Nr. 22 S. 87.

<sup>175)</sup> RG. II. 13./3. 88 Rs. 10 S. 242.

<sup>176)</sup> Daher kann jemand wegen Beihülfe nur zu einer Beleidigung verantwortlich sein, während der Täter wegen Verleumdung zu strafen ist, da letzterer, nicht aber der Beihülfe Leistende, von der Unwahrheit des gemachten Vorwurfes überzeugt ist. RG. I. 7./7. 84 E. 11 Nr. 31 S. 118.

§ 359. Ebenso wie die Anstiftung setzt aber die Beihilfe voraus, daß der objektiv für die Ausführung eines Deliktes Hülfeleistende entweder diese Ausführung erstrebt, oder aber sie als mit einem anderen erstrebten Ziele notwendig verbunden betrachtet.<sup>176a)</sup> Eine Beihilfe mit eventuellem Dolus ist ausgeschlossen, noch mehr als Anstiftung mit eventuellem Dolus. Harmlose Handlungen könnten sonst durch den Gedanken, daß ein anderer den dadurch hergestellten Zustand zur Begehung eines Verbrechens benutzen könnte, strafbar werden. Ebenso wenig aber wie bei der Anstiftung ist es nötig, daß der Täter um die geleistete Beihilfe wisse.

Auch Beihilfe zur Anstiftung sowie Beihilfe zur Beihilfe ist möglich.<sup>177)</sup> Der Dolus des Schuldigen ist in solchem Falle doppelt bedingt, einerseits durch die Handlung des Anstiftenden, bzw. direkt Beihilfe Leistenden, andererseits durch die Handlung des Täters.

§ 360. So wenig wie es Anstiftung zu einem fahrlässigen Delikte gibt, kann auch Beihilfe zu einem solchen anerkannt werden. Das Rg. (vgl. besonders I 5/12. 83 E. 10 Nr. 4 S. 8)

<sup>176a)</sup> Der Waffenhändler, der einem ihm verdächtig erscheinenden Individuum eine Waffe verkauft, leistet nicht Beihilfe zu dem mittels der Waffe alsbald begangenen Verbrechen (vgl. *Kiska* S. 66 ff.); denn die Begehung des Verbrechens ist nicht notwendige Konsequenz des Verkaufs. Wohin würde es auch führen, wenn jeder, der Waffen oder Werkzeuge verkauft, die zur Begehung von Verbrechen dienen können, erst die Zuverlässigkeit der Käufer festzustellen verpflichtet wäre?

<sup>177)</sup> *Olshausen* § 49, 22 a ist der Ansicht, Beihilfe zur Beihilfe sei mittelbare Beihilfe zur Haupttat, und RG. III. 17./11. 93 E. 23 Nr. 103 bes. S. 396 führt aus, daß Beihilfe zur Beihilfe für sich allein, ohne jede Beziehung zur Haupttat gedacht, einen Widersinn enthalte. Dies ist richtig; es muß eben die Beziehung zur Haupttat vorhanden sein und in jedem Falle festgestellt werden. Letzteres wird in vielen Fällen schwer sein, da es in der Natur der Sache liegt, daß bei mittelbarer und zugleich nur sekundärer Teilnahme die Vorstellung des mittelbaren Teilnehmers von der Haupttat häufig sehr verschwommen sein wird, daß er selbst und noch weniger der Richter wissen wird, wozu die helfende Handlung unternommen wurde, namentlich wenn die Haupttat nicht ein schweres Verbrechen enthält. Die französische, sich auf den Wortlaut des Gesetzes berufende Ansicht, daß überhaupt Teilnahme zweiten Grades nicht strafbar sei (vgl. *Pandectes françaises, Complicité* n. 289), hat daher in Ansehung der Beihilfe manches für sich, und jedenfalls empfiehlt es sich, nur in besonders schweren Fällen Anklage zu erheben. Sonst bleibt am Ende nur die Feststellung übrig, „daß der Angeklagte jemanden in unbestimmter Weise“ gefällig sein wollte, wie das zitierte Erkenntnis sich ausdrückt. Übrigens wird bei Beihilfe zur Beihilfe die in § 49 StGB. vorgeschriebene Reduktion der Strafe in zweiter Potenz nicht einzutreten haben. Der der Tat nächststehende Gehülfe ist hier gleichsam nur der Kanal für die Mitwirkung des fernerstehenden Gehülften; ersterer braucht von dieser Mitwirkung nichts zu wissen.

leitet diesen Satz dialektisch aus der Fassung des § 49 StGB. ab, da zur Begehung nicht einer nur äußeren Handlung, sondern einer strafbaren Handlung Hülfe wissentlich geleistet sein müsse; derjenige, der wegen Beihülfe bestraft werden solle, müsse also eine strafbare Handlung fördern wollen. Das sei aber bei einem Fahrlässigkeitsdelikte ausgeschlossen. Die reale Begründung aber ergibt sich aus der Lehre vom Kausalzusammenhange. Soll A dafür haften, wenn B eine von A in unschuldiger Absicht getroffene Veranstaltung fahrlässiger Weise benutzt und so einen schädlichen Erfolg herbeiführt? Und selbst wenn A dem B ein Mittel verschafft hat, um eine Tätigkeit vorzunehmen, woraus unter Umständen ein schädlicher Erfolg entstehen kann? Z. B. er gibt ihm Streichhölzer, um ein Feuer anzuzünden — soll er sich nicht wenigstens häufig darauf verlassen können, daß B durch Vorsicht den schädlichen Erfolg zu vermeiden imstande sei? Außerdem aber kommt man zu einer völlig ungerechten Strafausmessung, wenn man dasjenige, was der andere aus dem Ergebnisse der Tätigkeit des einen macht, zum Maßstabe der Strafbarkeit des Gehülfen des fahrlässigen Deliktes nimmt — wie es doch bei der Beihülfe richtig wäre. Es ist das gleichbedeutend mit der Verantwortlichkeit des Gehülfen für allen und jeden Exzeß des Täters, selbst — eine Haftung, die doch bei doloser Beihülfe allgemein verworfen wird. Jedenfalls führt die Annahme einer strafbaren Beihülfe zu einem fahrlässigen Delikte noch zu einer weit unangemesseneren Ausdehnung der Verantwortlichkeit als wenn, man Anstiftung zu einem fahrlässigen Delikte für möglich erklärt.<sup>178)</sup> Die entschieden überwiegende Ansicht<sup>179)</sup> erklärt

<sup>178)</sup> *Birkmeyer* S. 141 leitet wie die Möglichkeit einer Anstiftung, so auch die Möglichkeit einer Beihülfe zu einem kulposen Delikte daraus ab, daß der Täter von der geleisteten Hülfe kein Bewußtsein zu haben brauche.

<sup>179)</sup> Eigentümlich lag der Fall, welcher durch RG. IV. 1./11. 87 E. 16 Nr. 87 S. 277 entschieden wurde. Die als Täterin bei fahrlässigem Bankrotte verantwortlich gemachte Person war in der entsprechenden Weise gar nicht selbst unmittelbar tätig gewesen; sie hatte vielmehr die Buchführung und die gesamte Geschäftsführung demjenigen, wie das Urteil sagt, „vertrauensvoll“ überlassen. Der nur wegen Beihülfe angeklagt war. Der Fall ist aber einfach so zu beurteilen. Das Gesetz geht davon aus, daß der Kaufmann bei der Buchführung sich anderer Personen bedienen kann und häufig dazu faktisch gezwungen ist. Für die Ordnungsmäßigkeit und Richtigkeit dieser Buchführung ist er bei ausbrechendem Konkurse wegen Fahrlässigkeit verantwortlich, wie wenn er selbst die Bücher geführt hätte. Der Buchführer kommt insoweit gar nicht in Betracht, mag er auch durch schlechte Buchführung den Prinzipal zu verkehrter Geschäftsführung ver-

sich ebenso wie bei der Anstiftung gegen die Möglichkeit einer Beihülfe zu einem fahrlässigen Delikte und selbstverständlich auch gegen die Möglichkeit fahrlässiger Beihülfe zu einem von einem anderen verübten dolosen Delikte. Diejenigen, welche eine Anstiftung zu einem fahrlässigen Delikte für möglich halten, sind auch in Ansehung der Beihülfe dieser Ansicht.

Wenn freilich die Beihülfe zu einer Handlung zu einem selbständigen Delikte vom Gesetze erhoben wird, ist auch kulpose Begehung denkbar. Dann aber bedeutet die zum selbständigen Delikte erhobene Beihülfe in Wahrheit Herbeiführung eines Erfolges, und daß fahrlässige Herbeiführung eines Erfolges strafbar sein kann, bedarf keiner Erläuterung. So ist nach StGB. § 121 Abs. 2 auch fahrlässige Beförderung der Entweichung eines Gefangenen strafbar, d. h. straffällig ist, wer fahrlässig die Befreiung eines Gefangenen bewirkt. Daß dabei die Handlung des Entweichens genannt wird, hat seinen Grund darin, daß angenommen ist, der Gefangene werde wohl nicht anders frei werden, als wenn er von der Befreiung Gebrauch macht.

**§ 361.** Die Streitfrage, ob jemand Beihülfe leisten könne zu einem Verbrechen, welches der Helfende selbst nicht würde begehen können, ist durch die für die Anstiftung gegebenen Ausführungen erledigt. Nur ist zu bemerken, daß diejenigen, welche die Anstiftung in solchen Fällen für unmöglich erklärten, doch kein Bedenken trugen, strafbare Beihülfe anzunehmen. Andererseits versteht es sich von selbst, daß intellektuelle Beihülfe zu einer Handlung, die in der Person des Täters kein Verbrechen ist, in der Person des Helfenden auch ein solches nicht ist, es sei denn, daß der Täter nur deshalb, weil er zurechnungsunfähig ist, oder im Irrtum sich befindet, nicht als doloser Täter bestraft werden kann. Objektiv betrachtet, ist in Fällen letzterer Art derjenige, der nur Hülfe leisten will, und im Falle der Zurechnungsfähigkeit des Täters oder der vollen Einsicht desselben in das Wesen der Tat auch nur Hülfe leisten wird, mittelbarer Täter; aber der geringere Dolus — es muß angenommen werden, daß der Helfenwollende den Täter für zurechnungsfähig, für nicht im Irrtum befangen hält

anlaßt haben und somit, moralisch betrachtet, der in höherem Grade schuldige Teil sein.

— kommt den Helfenwollenden zugute.<sup>180)</sup> Dieser Beurteilung steht nicht entgegen der bedingte Charakter des Teilnahme-Dolus; denn der Teilnehmer will die Tat, sofern ein anderer die Hauptrolle übernehmen werde; dabei ist es an sich gleichgültig, ob diese Hauptrolle mit Bewußtsein gespielt wird: der Unterschied liegt, wie oben bemerkt wurde, nur darin, daß die Verantwortlichkeit, sobald der Täter als mit Bewußtsein handelnd, vorgestellt wurde, erst später beginnt. Ist der Täter aber nur strafrechtlich entschuldigt, hat er nicht ein wirkliches Recht auf eine Handlung — was sich darin zeigt, daß gewaltsamer Widerstand gegen seine Handlung ebenfalls nicht unrechtmäßig ist — wie nach StGB. § 52 der im Notstande andere Personen Verletzende, so ist zwar, wie oben bemerkt, der Anstifter und um so mehr der nur intellektuelle Beihülfe Leistende ebenfalls straffrei, nicht aber derjenige, welcher physische Beihülfe leistet; denn das Gesetz will hier zwar nicht darein reden, wenn der im Notstand Befindliche selbst seine Kräfte gebraucht, aber es gestattet nicht, daß dritte Personen, abgesehen von nahen Angehörigen, die Kräfte des im Notstande Befindlichen verstärken: das wäre eine Notstandshandlung zugunsten von Nichtangehörigen. Anders steht es nach dem BGB. §§ 228, 904 wenn im Notstande nur Sachen anderer gebraucht oder verletzt werden sollen, da das BGB. hier dem im Notstande Befindlichen ein wirkliches Recht (Notrecht) gibt.

Selbstverständlich kann intellektuelle Beihülfe geleistet werden, z. B. durch Ermunterung, auch bei eigentlichen wie bei uneigentlichen Omissivdelikten; physische Beihülfe jedenfalls bei letzteren, insofern der Gehülfe dafür sorgt, daß die beabsichtigte Folge der Unterlassung eintrete, bei eigentlichen Omissivdelikten, insofern jemand dazu absichtlich behülflich<sup>181)</sup> ist, daß der zur Tätigkeit Verpflichtete sich außerstand setzt, der Verpflichtung nachzukommen.

Das StGB. unterscheidet, was die Beihülfe betrifft, nicht zwischen vorhergehender und der Ausführung der Tat gleich-

<sup>180)</sup> Die Entscheidung RG. III. 9./6. 84 Rs. 6 S. 408 ist in solchem Falle zur Freisprechung des Angeklagten gelangt. Die Weitläufigkeit der Entscheidungsgründe zeigt nicht undeutlich die Bedenklichkeit solcher Entscheidung, welche sich darauf stützt, daß Beihülfe nur zu einer strafbaren Handlung, nicht aber zur Tat eines Zurechnungsunfähigen möglich sei.

<sup>181)</sup> *Olshausen* § 49, 19.

zeitiger Beihülfe (Concursus antecedens, conc. concomitans), eine Unterscheidung, die von der älteren, gemeinrechtlichen Jurisprudenz<sup>182)</sup> in der Art gemacht wurde, daß die gleichzeitige Beihülfe im allgemeinen als strafbarer betrachtet wurde. Nur kann gleichzeitige Mitwirkung nach dem StGB. in Mittäterschaft übergehen.<sup>183)</sup>

Auch hat das StGB. die Mittel,<sup>184)</sup> durch welche Beihülfe geleistet werden kann, nicht näher bezeichnet. Daher ist ebenso wie nach dem früheren gemeinen Rechte auch die bloße irgendwie gegebene absichtliche Ermunterung strafbar, und das Rg. hat z. B. erkannt, daß der Ausspruch eines Ehrengerichts darüber, ob ein Zweikampf gerechtfertigt oder zulässig sei, bzw. welche Waffen zu wählen seien, die Mitglieder des Ehrengerichtes wegen Beihülfe straffällig machen könne.<sup>184a)</sup>

§ 362. Stets muß die Beihülfe, wenn sie strafrechtlich in Betracht kommen soll, in irgendeiner Weise für die Handlung des Täters kausal gewesen sein, wobei freilich zu beachten ist, daß die als physische Beihülfe unwirksame Handlung doch eine psychische Einwirkung gehabt haben kann, welche den Täter in seinem Entschlusse bestärkte. Z. B. jemand leiht dem Täter ein Kleidungsstück, welches diesen bei Ausführung der Tat unkenntlich machen soll. Legt der Täter dies Kleidungsstück bei Ausübung der Tat wirklich an, so ist freilich die ausgeführte Gewalttat an sich nicht dadurch erleichtert, wohl aber der Entschluß des Täters gefestigt, da dieser nun weniger Entdeckung und Bestrafung zu befürchten hat. Wenn dagegen die Tätigkeit desjenigen, der Hülfe leisten will, weder physisch noch psychisch mit der Handlung des Täters in Verbindung getreten ist, so kann von einer geleisteten Beihülfe nicht die Rede sein, z. B. der Täter hat die angebotene Hülfe zurückgewiesen, die brieflich abgesandte Instruktion oder Ermunterung zur Begehung des Verbrechens hat den Täter

<sup>182)</sup> Vgl. v. Wächter, Lehrb. I S. 87; Stübel, Teilnahme S. 53. — Faßt man die Beteiligung streng logisch auf, so ist Beihülfe auch nur als vorhergehende möglich, wie Luden, Hdb. I S. 452 bereits bemerkt hat; denn vorhergehend ist genau betrachtet alles, was der „Vollendungshandlung“ vorhergeht.

<sup>183)</sup> Nachfolgende Beihülfe ist als solche unmöglich.

<sup>184)</sup> Davon zu unterscheiden aber ist die prozessuale Frage, ob nicht das Urteil die Mittel, durch welche die Beihülfe erfolgt sein soll, einigermaßen anzugeben hat.

<sup>184a)</sup> I. 20./10. 81 E. 4 Nr. 41 S. 137; III. 18./1. 86 E. 13 Nr. 83 S. 265.

nicht erreicht,<sup>185)</sup> oder B will dem A bei einer Mißhandlung des von A verfolgten C helfen und den C deshalb aufhalten. wird aber daran von D gehindert, ohne daß A diesen ganzen Zwischenvorgang bemerkt.<sup>186)</sup> Ein Versuch der Beihilfe wird in solchem Falle von der herrschenden Ansicht mit Recht abgelehnt,<sup>187)</sup> und diese Ansicht ist m. E. darin begründet, daß der Gehülfe das Verbrechen nur bedingt will, d. h. nur unter der Bedingung will, daß seine Handlung kausal sei, daß der Täter sie zu seiner Handlung benutze; sie soll erst durch die Handlung des Täters Bedeutung erhalten.

Diese Bedingung trifft nun in den fraglichen Fällen nicht zu. Außerdem würde es ungerecht sein, eine sonst oft nicht einmal als Versuchshandlung zu bestrafende Handlung, welche nur mit dem Dolus eines Gehülfen erfolgt, zu bestrafen, während sie, wenn mit dem Dolus eines Täters unternommen, straflos sein würde. Andererseits ist jede für eine Versuchungshandlung des Täters kausal werdende Beihilfehandlung schon vollendete Beihilfe für einen Versuch, und es ist für diesen Begriff unerheblich, daß der Gehülfe weit mehr zu tun beabsichtigte. aber nicht dazu gelangte; ebenso wie bei der Anstiftung. fehlt es auch an einem objektiven Kriterium der Vollendung bei der Beihilfe als solcher. Daher gibt es vielmehr nur Beihilfe zu versuchten und zu vollendeten Delikten. Wie die Anstiftung, so wird auch die Beihilfe mit der Tat des Täters Versuch und Vollendung.

**§ 363.** Beihilfe kann auch durch Unterlassung geleistet werden, sog. negative Beihilfe, dies jedoch nur dann, wenn

<sup>185)</sup> Vgl. RG. I. 10./5. 83 E. 8 Nr. 76 S. 267.

<sup>186)</sup> Vgl. *Bar*, Versuch u. Teiln. S. 71; *Geyer* in *Holtendorffs* Hdb. 4 S. 167; *H. Meyer* § 35 Nr. 6; *Merkel* S. 147; *List* § 51 Anm. 8; *Frank* § 49, II. *Olshausen* § 49, 8 ist der Ansicht, die Hülfe müßte zwar etwas zur Tat beigetragen haben, nicht aber brauche sie förderlich gewesen zu sein, wohl mit Rücksicht auf die durch RG. I. 20./4. 82 E. 6 Nr. 62 S. 169 gegebene Entscheidung: es genüge, daß die geleistete Beihilfe bei einer unwirksamen Versuchshandlung wirksam gewesen sei, wenngleich sie für die Vollendungshandlung nicht wirksam gewesen zu sein brauche. Dies ist auch richtig; nur daß dann, sofern nicht zugleich intellektuelle Beihilfe in der geleisteten physischen Beihilfe lag, nur wegen Beihilfe zur Versuch bestraft werden dürfte. Es wird aber in der Regel auch intellektuelle Beihilfe zum vollendeten Delikt vorliegen, wenn das Delikt überhaupt vollendet wurde. In dem vom RG. entschiedenen Falle war Beihilfe zum Diebstahl durch Hingabe eines Schlüssels geleistet, der aber versagte, worauf der Täter auf andere Weise öffnete.

<sup>187)</sup> In diesem Sinne auch die französisch-belgische Jurisprudenz. *Pandectes belges*, *Coauteur* n. 360 ff. *H. Meyer* erachtet einen Versuch der Beihilfe nur als *lege lata* für ausgeschlossen.

überhaupt die Unterlassung als kausal zu betrachten ist. Jedenfalls wird also eine besondere Pflicht<sup>188)</sup> der Verhinderung<sup>188a)</sup> vorausgesetzt, und sodann muß die Unterlassung der Hinderung gerade zu dem Zwecke erfolgt sein,<sup>189)</sup> das Verbrechen zu fördern, oder aber der pflichtwidrig nicht Hindernde muß einsehen, daß sein Nichteinschreiten notwendig die Begehung des Verbrechens zur Folge haben werde.<sup>190)</sup> Endlich aber muß die Pflicht<sup>191)</sup> gerade in dem besonderen Falle, um den es sich handelt, verletzt sein; eine Verpflichtung zu hindern, ist keinesfalls immer eine Verpflichtung, etwa mit eigener Lebensgefahr zu hindern. Ein Strafgesetz, welches wie StGB. § 139 Anzeige gewisser Verbrechen behufs Hinderung solcher Verbrechen vorschreibt, bedeutet aus den bezeichneten Gründen noch keineswegs, daß bei Nichterfüllung der Anzeigepflicht der Schuldige wegen Beihülfe zu dem nicht angezeigten und nicht verhinderten Verbrechen verantwortlich sein solle. Die Zusage, nicht hindern zu wollen, ist aber jedenfalls Ermunterung, d. h. intellektuelle Beihülfe zur Begehung des Ver-

<sup>188)</sup> Geyer in *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 391; *Ilälschner* 1 S. 384; *Olshausen* § 49, 12; RG. III. 18./12. 82 Rs. 4 S. 885; Bedienstete, welche die Verpflichtung haben, rechtswidrige Eingriffe in das Eigentum des Dienstherrn zu verhüten, sind wegen Beihülfe zu einem Diebstahl verantwortlich, den sie wissentlich, wenn auch nur stillschweigend, geschehen lassen. — RG. IV. 21./10. 84 E. 11 Nr. 41 S. 153; desgleichen die Hofwächter, die Diebstähle auf den von ihnen zu bewachenden Höfen wissentlich geschehen lassen.

<sup>188a)</sup> In diesem Sinne auch *Pandectes belges*, *Coauteur* n. 269 ff.

<sup>189)</sup> *Rossi* 3 S. 68 bemerkt, daß Untätigkeit und Schweigen gegenüber dem Verbrechen aus einem ganz anderen Motive hervorgehen könne, als aus der Neigung, das Verbrechen zu fördern.

<sup>190)</sup> Durchaus abzusehen ist hier ein *Dolus eventualis*. Durch die Beschränkung des Dolus auf die im Texte erwähnte Alternative kommt das sonst für die Kausalität durch Unterlassung erforderliche Moment in Wegfall, daß nach allgemein vernünftigen Anschauungen regelmäßig der schädliche Erfolg bei gehöriger Pflichterfüllung würde verhindert worden sein. Der die Pflicht Nichterfüllende muß auf den Eintritt des Erfolges, d. h. auf die Begehung des Deliktes durch den Täter rechnen. — Dagegen hat StGB. § 357, welcher auch die Konnivenz des Amtsvorgesetzten gegenüber seinen Amtsuntergebenen in Ansehung strafbarer im Amte vorgenommener Handlungen mit der auf letztere gesetzten Strafe ahndet, den Dolus des Amtsvorgesetzten mit den Worten „wissentlich“, nicht „vorsätzlich“ weiter gefaßt. Hier wird also nach allgemeinen Grundsätzen über den Kausalzusammenhang zur Bestrafung des Vorgesetzten nur gefordert, daß bei Untätigkeit des Vorgesetzten die Begehung des Deliktes durch den Untergebenen wahrscheinlich war.

<sup>191)</sup> Es kann aber allerdings in engen staatlichen Verhältnissen und zugleich bei Mangel einer mit genügender Macht ausgerüsteten Obrigkeit eine allgemeine Bürgerpflicht zur Verhinderung gewisser Verbrechen, wie zur Verfolgung gewisser Verbrechen (auch Aufforderung) gedacht werden. Gerade primitive Verhältnisse machen solche allgemeine Pflichten auch weniger bedenklich.



brechens, kann sogar positive Förderung in der Hinsicht sein, daß der Täter nunmehr, ohne auf eventuelle Beseitigung von Hinderung Rücksicht zu nehmen, seine Kräfte und Mittel vollständiger auf die positive Erreichung seines Zweckes konzentriert.

Die Bestrafung der (nicht vorher zugesagten) Nichthinderung, ohne besondere Pflicht der Hinderung, als sog. negative Beihilfe ist nach Maßgabe der für den Kausalzusammenhang für richtig zu erachtenden Grundsätze verkehrt und legislativ noch weniger zweckmäßig und stellt noch mehr eine Verwechslung des rechtlichen Gesichtspunktes mit dem moralischen dar, als die Bestrafung der unterlassenen Hinderung eines nur objektiv schädlichen Erfolges auf den Titel der Verursachung dieses Erfolges. Denn erstens ist es oft demjenigen, der hindern soll, weit schwerer zu beurteilen, ob ein Verbrechen wirklich begangen werden soll — namentlich wenn es sich um eine nicht sofort zu geschehende Ausführung handelt —, als zu beurteilen, ob ein schädlicher Erfolg unmittelbar aus einer besonderen Konstellation sich ergeben wird. Täuschungen sind hier leicht möglich, und unter Umständen enthält die Hinderungspflicht, die Verpflichtung, auch die Handlungen anderer rechtlich zu beurteilen, eine Forderung, die gegenüber demjenigen, der nicht als Beamter die Verpflichtung der Hinderung haben soll, zuweilen exorbitant erscheinen muß. Zweitens kann gerade die Hinderung von Verbrechen für denjenigen, der hindern soll, mit besonderen Gefahren verbunden sein, z. B. wegen Zorn oder Rachsucht des oder der Gehinderten, Gefahren, welche hinterher der Richter oft ungenügend würdigen wird, und unbedingt etwa das eigene Leben zu riskieren, um die Begehung eines Verbrechens zu hindern, kann doch schwerlich gefordert werden. Dies gilt auch von der Beschränkung der Hinderungspflicht auf eine Verpflichtung zur rechtzeitigen Anzeige,<sup>191a)</sup> sei es bei der Obrigkeit, sei es bei den durch das Verbrechen bedrohten Personen, und zwar um so mehr als unbegründete Anzeigen, oder Anzeigen, deren Begründetheit sich nicht erweisen läßt, den Anzeigenden in den Verdacht böswilliger Denunziation bringen können. Endlich kann die Anzeige-

<sup>191a)</sup> So auch *Binding*, Lehrb. 2 S. 671; a. M. *Heimberger*, vgl. Darstellung Bes. T. 2 S. 424 ff.

pflicht, wenn etwa der Schuldige schon wegen Versuchs (oder Vorbereitungshandlung, falls diese strafbar ist) straffällig sein soll, eine schwere Kollision moralischer Pflichten herbeiführen. Es ist daher richtiger, die unterlassene Hinderung wie die unterlassene Anzeige von Delikten, selbst von schweren Verbrechen, abgesehen von besonderen Pflichtverletzungen, nicht zu bestrafen, vielmehr der Moral des einzelnen zu überlassen. Ist die allgemeine Moral nicht auf einen Tiefpunkt gelangt, so wird ein schweres Verbrechen nicht selten selbst unter Bestehung eigener Gefahr freiwillig gehindert werden. Das StGB. erkennt daher mit gutem Grunde eine allgemeine Hinderungs- und selbst nur Anzeigepflicht bevorstehender Verbrechen, von denen man Kunde erhalten hat, nicht an und bestraft nach § 139 nur die Unterlassung der Anzeige als besonderes Omissivdelikt bei einzelnen schweren und insbesondere gemeingefährlichen Verbrechen,<sup>192)</sup> wozu dann durch das Sprengstoffgesetz § 13 und durch das Gesetz v. 3. Juli 1893 betr. den Verrat militärischer Geheimnisse § 9 noch weitere Verbrechen hinzugekommen sind,<sup>192a)</sup> im Maximum mit drei Jahr Gefängnis, allerdings aber ohne Zulassung mildernder Umstände stets mit Gefängnis.

§ 364. Übrigens hat die Frage der negativen Beihilfe bzw. der Beihilfe durch unterlassene Anzeige eine nicht ganz einfache historische Entwicklung gehabt.

Das römische und kanonische Recht wie das deutsche Recht des Mittelalters betreffend, so kann hier auf das oben § 127 Gesagte Bezug genommen werden. Die italienische Jurisprudenz des späteren Mittelalters hielt meist als Regel die Straflosigkeit der Nichthinderung (Nichtanzeige) fest, machte aber insbesondere beim *Crimen majestatis*<sup>193)</sup> eine Ausnahme durch Bestrafung der unterlassenen Pflichterfüllung als Teilnahme, und wird dann später von einzelnen Autoren diese Pflicht verallgemeinert, so ist es schwer zu unterscheiden, ob bei der Verhängung einer arbiträren oder außerordentlichen Strafe der Gesichtspunkt der Teilnahme durch Unterlassung

<sup>192)</sup> Nur unter der Bedingung, daß das Verbrechen begangen wird.

<sup>192a)</sup> Diese letzteren Fälle sind besonders bedenklich, da das Urteil darüber, ob etwas im Interesse der Landesverteidigung geheim zu halten ist, sehr verschieden ausfallen kann.

<sup>193)</sup> So *Clorus* § fin. qu. 86 n. 3 unter Berufung auf die Bestimmungen der *S. Cum Silaniamum*.

oder aber der Gesichtspunkt eines besonderen Deliktes maßgebend ist. Weiter gehen nach und nach<sup>194)</sup> die deutschen Autoren. *Carpzov* (qu. 134 n. 56—65) hält noch fest an der Regel, daß Nichthinderung überhaupt straflos sei und macht nur eine Ausnahme bei den *Crimina atrocissima, Cr. majestatis, parricidii assassinii, latrocini*,<sup>195)</sup> Verbrechen, bei welchen die Nichthinderung aber doch nur arbiträr bestraft werden soll. Andererseits scheidet er von diesen Fällen noch deutlich die Fälle, in welchen die Nichthinderung wegen einer besonderen Pflicht der Aufsicht den Täter verantwortlich macht (a. a. O. n. 63). Bei *Kress* (art. 177 Reg. IV) herrscht aber schon ziemlich vollständige Verwirrung und Unklarheit, und immer mehr gewinnt die Ansicht Boden, daß bei allen Verbrechen Nichthinderung arbiträr gestraft werden könne, wie denn *Leyser* die Fälle straffälliger Nichthinderung, die man im römischen Recht glaubte gefunden zu haben, nur für spezielle Anwendungen eines allgemeinen Grundsatzes erklärt, während wieder *Boehmer* art. 177 § 7, indem er bestimmt es ablehnt, die Fälle der Nichthinderung zum *Concursus ad delictum* zu rechnen, nur (unter arbiträrer Strafe) Anzeigepflicht solcher bevorstehender Verbrechen annimmt, welche *contra rem publicam aut salutem publicam* sich richten, wohin denn freilich auch *Homicidium* und *Rapina* von ihm gezählt werden. Von den Gesetzgebungen dieser Zeit stellen der *Codex. Max. Bavar.* I § 12 § 2, die *Theresiana* art. 3 § 14 und das preuß. allgem. Landr. II, 20 § 180, 82, eine allgemeine Anzeige- bzw. Hinderungspflicht auf der *Codex Max.* nur unter sehr mäßiger Strafdrohung und bei dieser allgemeinen Bestimmung sich begnügend.<sup>196)</sup> Dagegen gehen die *Theresiana* art. 56 § 3 und 61 § 2 und das preuß. allg. Landr. bei einzelnen Verbrechen weiter, die *Theresiana* indem sie geradezu den Schweigenden oder die Hinderung Unterlassenden als Mitschuldigen behandelt, das preuss. allgem. Landr., indem es vermöge der Härte der (bei Staatsverbrechen

<sup>194)</sup> Die verschiedenen Fälle genau unterscheidend *Matthacus prolog. c. 1 n. 15. Leyser Med. Spec. 541 n. 16.*

<sup>195)</sup> Die aus der Bigotterie der Zeit hervorgegangene Bestimmung der Reichsgesetzgebung (R.-Polizei-Ord. v. 1548 I § 4 und R.-P.-O. v. 1577 I 4. 5. über Schweigen bei Hören einer Gotteslästerung und Nichtanzeige derselben mag hier nur nebenher erwähnt werden.

<sup>196)</sup> Vgl. auch den bei *Stübel*, Über den Tatbestand des Verbrechens (1805) S. 63, mitgeteilten § 21 einer sächsischen Verordnung v. 1783.

angedrohten Strafe die pflichtwidrige Unterlassung tatsächlich als Beihilfe behandelt. (II, 97, 104, 107, 131). Andererseits ist in dem österr. Gesetzbuche *Josephs* II. die allgemeine Verpflichtung als besonderes Delikt fortgelassen aber bei dem Verbrechen des Landesverrats und des Aufruhrs Schweigen und Nicht-hinderung als Teilnahme behandelt (§§ 47, 51); jene allgemeine Verpflichtung erscheint dann neben der als Teilnahme behandelten Nicht-hinderung des Hochverrats wieder in dem österreichischen GB. v. 1863 (§ 54, 191), aber mit der Beschränkung, daß die Unterlassung aus „Bosheit“ geschehen sein müsse.

Die Theorie aber, derzufolge der Nichthindernde als Teilnehmer betrachtet wurde, ist in Deutschland eigentlich erst durch die abstrakte Logik *Stübel's*<sup>197)</sup> eingeführt worden zugleich mit einem stark polizeilichen Anfluge, da Gewaltanwendung zu Hinderung von Verbrechen mit Umgehung der Obrigkeit in der Regel ausgeschlossen sein soll. *Farcke*<sup>198)</sup> hat dies beschränkt auf den Fall „wirklicher Bosheit“, wenn jemand, ohne sich selbst einer Gefahr auszusetzen, eines anderen Gesundheit oder Eigentum retten konnte, nachdem bereits das bayerische GB. v. 1813 Art 78 die Fälle einfacher Nichtanzeige, bzw. Nichthinderung von den Fällen unterschieden hatte, in welchen erwiesen wäre, daß wegen eines eigenen Interesses an der Entstehung der strafbaren Tat jene Verpflichtung nicht erfüllt wurde; diese Pflichtverletzung war zugleich durch die nach der Schwere der Tat selbst abgestuften Strafsätze als eine Art der Teilnahme charakterisiert.<sup>199)</sup> Das bayerische Gesetz näherte sich damit der Ansicht *Köstlins*, welcher, wie schon früher das österreichische (und noch das gegenwärtig geltende, österr.) GB., den mangelnden Kausalzusammenhang durch den Dolus des Untätigen glaubt ersetzen zu können.

In der Folge ist man aber allgemein<sup>200)</sup> von der Auffassung der unterlassenen Hinderung als negativer Beihilfe —

<sup>197)</sup> Tatbestand des Verbrechens S. 58, 66. *Stübel* leitet die Pflicht ab aus dem Staatsvertrage.

<sup>198)</sup> Hdb. d. gem. d. Strafrechts S. 232. *Stübel* hat später (Teilnahme S. 58) die eigene frühere Ansicht nachdrücklich bekämpft (negative Hülfe sei soviel als nicht geleistete) und die Gesetze, welche zur Hinderung von Verbrechen, einer „Tugendpflicht“, verpflichteten, für Polizeigesetze erklärt.

<sup>199)</sup> Das Thüringische GB. Art. 39 strafe die Nichthinderung eigentümlicher Weise als Fall der Begünstigung.

<sup>200)</sup> Dagegen schon bestimmt *Feuerbach*, Lehrb. § 49; *Mittermeier* das.

abgesehen von dem Falle besonderer Pflicht — zurückgekommen; die späteren Gesetze bestrafen Nichthinderung daher nur noch als besonderes Delikt, und zwar auch oft nur in einer Anzahl von Fällen,<sup>200a)</sup> einige (z. B. Hannov. GB. Art 126) nur bei Hoch- und Landesverrat, Hessen Art. 134 nur bei Hochverrat, und unter Befreiung der nächsten Angehörigen des Schuldigen von der Hinderungs- bzw. Anzeigepflicht. Letzteres ist auch noch im bayerischen GB. von 1861 Art. 62 geschehen (hier allerdings nur, wenn die Hinderung nur durch Anzeige bei der Obrigkeit geschehen konnte). Diese Ausnahmen kennt das preußische Gesetzbuch (§§ 39, 112) nicht. (Die frühere preußische Gesetzgebung befreite auch nahe Angehörige vom Zeugnisse gegeneinander) und so kennt sie auch das deutsche StGB. in § 139 nicht. Das französische Strafrecht, welches im *Code pénal* v. 1811 eine Anzeigepflicht nur bei Staatsverbrechen (*contre la chose publique* art. 103—107) kannte und die unterlassene Anzeige zwar streng, aber nicht als Beihilfe bestrafte, außerdem die nächsten Angehörigen von der Strafe eximierte,<sup>201)</sup> hat seit dem Gesetze vom 28. April 1832 durch Beseitigung der bezeichneten Artikel des *Code pénal* auf jede Strafe wegen bloßer Nichthinderung, abgesehen von dem Falle besonderer Pflicht der Hinderung, verzichtet. Auch das italienische GB. v. 1889 kennt keine allgemeine Hinderungspflicht oder Anzeigepflicht bevorstehender Verbrechen. Sie findet sich in den Entwürfen für Österreich und im norwegischen StGB. § 139, nicht aber im schweizerischen Vorentwurf v. 1903.

StGB. § 139 bestraft aber, wie bemerkt, richtigerweise die Unterlassung rechtzeitiger Anzeige an die Behörde oder die durch das Verbrechen bedrohte Person nicht als Beihilfe, sondern als eigenartiges Delikt. Die Auslegung dieser Vorschrift ist in vielfacher Beziehung bestritten,<sup>201a)</sup> und während unschuldige Personen dabei leicht in Untersuchungen verwickelt werden können, scheinen Verurteilungen:

---

Anm. 1 *Hepp*, N. Arch. 1 1837 S. 30 (der S. 36 Erfahrungen über solche Strafbestimmungen mitteilt); *Geib* 2 S. 393.

<sup>200a)</sup> Nach dem sächsischen StGB. Art. 70 allerdings bei jedem Verbrechen.

<sup>201)</sup> Sie konnten freilich unter Polizeiaufsicht gestellt werden.

<sup>201a)</sup> Vgl. insbes. *Olshausen* zu StGB. § 139. Es lassen sich sehr leicht Entschuldigungsgründe geltend machen, insbesondere, daß man nicht an die Ernstlichkeit des Unternehmens geglaubt habe usw.

nur selten erfolgt zu sein. Der Nutzen ist also gering, und am besten wird vielleicht die künftige deutsche Gesetzgebung auf eine dem jetzigen § 139 entsprechende Bestimmung, ebenso wie im französischen Rechte geschehen, verzichten.<sup>201 b)</sup>

§ 366. Die Möglichkeit eines straflosen Rücktritts bei der Beihülfe muß von denselben Voraussetzungen abhängen, welche in dieser Hinsicht für die Anstiftung maßgebend sind. Die in der Lehre von der Anstiftung behandelten Kontroversen wiederholen sich daher in der Lehre von der Beihülfe. Der Gehülfe ist, falls er zurücktreten will, straflos, wenn es ihm gelingt, das, was er zur Förderung des Verbrechens getan hat, unwirksam zu machen. Geleistete intellektuelle Beihülfe ist oft schwerer rückgängig zu machen als physische Beihülfe; namentlich bei erteilter Instruktion wird solcher Rücktritt dem Gehülfen oft nicht möglich sein.

## Mittäterschaft.

§ 367. Schon bei den Italienern des Mittelalters steht es fest, daß, wenn mehrere Personen bei der Tötung eines Menschen unmittelbar mitgewirkt haben, jeder, vorausgesetzt, daß ihm der Vorsatz nachgewiesen werden kann, die volle Strafe des Täters zu erleiden habe.<sup>202)</sup> Es genügte dabei die bloße Gegenwart bei Ausführung der Tat.<sup>203)</sup> Dieser Satz ist in die CCC. art. 148 übergegangen, wo es im Anfang heißt:

„Item so etlich personen mit fürgesetztem vnd vereinygtem willen vnd mut jemandt bösllich zu ermorden eyinander hilff vnd beistandt thun, dieselben thätter alle haben das leben verwirckt.“

Daraus ist die Lehre vom Komplott oder, wie es früher lateinisch hieß, der „*Conspiratio*“ hervorgegangen.<sup>203 a)</sup> Jeder,

<sup>201 b)</sup> In England und Nordamerika wird Bestrafung wegen „*Misprision*“, d. h. Unterlassung der Hinderung oder der Anzeige geplanter (oder begangener) Verbrechen, als obsolet angesehen. *Wharton* 1 § 249; *Archbold-Craies-Stephenson* S. 1308; nur bei Hochverrat scheinen diese Schriftsteller eine Ausnahme vorzubehalten, ohne jedoch dafür Entscheidungen aus neuerer Zeit anzuführen.

<sup>202)</sup> *Gandinus, Rubr. de homicidiariis* n. 14. Die Meinungsverschiedenheiten über den Fall, daß der Tötungsvorsatz nicht nachzuweisen war, können hier übergangen werden. *Clarus, § homicidium* n. 37.

<sup>203)</sup> *Sive appareat non omnes vulnerare; sive sit dubium quinam vulneraverint, vel ne . . . .*

<sup>203 a)</sup> *Boehmer* in CCC. 148 § 1 nimmt die Möglichkeit einer stillschweigenden

der an einer vorherigen Verabredung, ein Verbrechen zu begehen, teilnahm und nachher in irgend einer Weise an der Ausführung sich beteiligte, wurde mit der vollen Strafe des Täters belegt.<sup>203b)</sup> Ob auch derjenige, der ohne vorausgegangene Verabredung bei der Ausführung mitwirkte, war bestritten; aber beteiligte sich jemand in hervorragender Weise oder durch unmittelbares Handanlegen, so hatte er ohnehin die volle Strafe wegen *Auxilium proximum* zu erleiden.<sup>204)</sup>

Den Grund, weshalb selbst derjenige, der auch nur bei Ausführung der Tat gegenwärtig war, die volle Strafe des Verbrechens zu erleiden hatte, fand man einerseits in der gegenseitigen Bestärkung des verbrecherischen Vorsatzes, andererseits in der besonderen Gefährlichkeit der gemeinschaftlich von mehreren begangenen Verbrechen, und *Tittmann* (I § 141 namentlich führte aus, daß, da der Vertrag der Komplottanten überhaupt nur auf gemeinschaftliche, nicht aber auf gleiche Kraftanwendung gerichtet sei, das Mehr oder Weniger der Kraftanwendung in Betracht komme.<sup>205)</sup> Aus der gegenseitigen Bestärkung ist dann eine gegenseitige Anstiftung (so insbes. bei *Stübel* und *Feuerbach*, Lehrb. § 47) geworden und jeder Komplottant, in Ansehung dessen die Erwartung des Beistandes bei der Vollendung fort dauerte, als Anstifter für die letztere verantwortlich gemacht,<sup>206)</sup> obwohl nur eine gegenseitige Bestärkung, nicht aber eine gegenseitige Anstiftung (vgl. oben gedacht werden kann. Auch der bei Ausführung der Tat Ausbleibende konnte wohl alsdann der angenommenen Anstiftung wegen mit der vollen Strafe belegt werden, er hätte denn seine Anstiftungstätigkeit durch Rücktrittserklärung den Genossen gegenüber hinterher unwirksam gemacht, während

---

den *Conspiratio* an, desgl. *Quistorp* I § 231 Anm. 6. — Dagegen erklärte sich *Kleinschrod* I § 180, *Stübel*, Über den Tatbestand § 61, und sodann v. *Schirack* N. Arch. I S. 517.

<sup>203b)</sup> *Codex Max. Bavar.* I, 12 § 7: „Wer in ipso actu delicti mit fürgesetzten und vereinigten Willen und Muth Hülff und Beistand leistet, wird für einer Haupt-Delinquenten mitgehalten, einfolglich mit der Ordinarstraff angesehen. es mag gleich der Will per Verba oder Facta zu erkennen gegeben sein.“

<sup>204)</sup> Vgl. z. B. *Gilhausen*, *Arbor judiciaria* II lit. 12 n. 14; *Berlich*, *Conci.* 56 n. 8. 9.

<sup>205)</sup> Aus diesen Gründen wurde von den meisten auch die Möglichkeit eines stillschweigenden Komplottes bestritten. Vgl. gegen solche Möglichkeit namentlich *Kleinschrod* a. a. O. und *Bauer*, Abhandl. I S. 442.

<sup>206)</sup> Siehe dagegen allerdings z. B. v. *Schirack*, N. Arch. d. Cr. I S. 531.

andere den nicht mitwirkenden Komplottanten, der nicht in besonderer Weise als Anstifter des gesamten Unternehmens tätig war, nur wegen Versuchs bestrafen wollten. In dieser Weise ging die Lehre vom Komplott in die partikularen deutschen Gesetzbücher über, modifiziert nur durch die kriminalpolitisch-polizeiliche Rücksicht, welche ebenso wie bei der Anstiftung die Anzeige des Komplottes bei der Obrigkeit zur milderen Bestrafung oder zur Strafflosigkeit des vor der Ausführung zurücktretenden Komplottanten forderte.<sup>207)</sup> Besonders strenge behandelte man daneben noch die Häupter des Komplottes (die Anstifter des ganzen Unternehmens) und diejenigen, welche die Ausführung leiteten (Rädelsführer).

§ 368. Nach und nach erkannte man indes, daß in der Eingeheung eines Komplottes<sup>208)</sup> an sich weder eine gegenseitige Anstiftung — vielmehr nur eine gegenseitige intellektuelle Beihilfe — noch ein Versuch liege, daß überhaupt das Komplott gar keine besondere Schuldform enthalte,<sup>208a)</sup> vielmehr die einzelnen Komplottanten nur als Anstifter, Gehülfen und Mittäter in Betracht kommen, — ja daß sie zuweilen (etwa aus Furcht dem Komplotte beitreten) als bloße Figuranten, als weder intellektuell noch physisch mitwirkend, als nur scheinbare Teilnehmer ohne weiteres straflos sein müssen.<sup>209)</sup>

Selbstverständlich bedurfte das preuß. StGB., da es prinzipiell alle Teilnehmer gleich bestrafte und nur im Falle einer unwesentlichen Beihilfe eine Milderung der Strafe eintreten ließ, einer Lehre vom Komplotte nicht. Dagegen hat man, während der erste Entwurf des deutschen StGB. eine Bestimmung über die Ausführung eines Verbrechens durch mehrere mit der Strafe des Täters zu treffende Personen für überflüssig gehalten hatte, in dem zweiten Entwurf den jetzt geltenden § 47 einzufügen für zweckmäßig erachtet, den Zweck aber, bei

<sup>207)</sup> Vgl. z. B. bayerisches GB. 1813 Art. 30—53, württemberg. GB. Art. 78 bis 83, hannover. Art. 57—61.

<sup>208)</sup> Es kann allerdings ein Anstifter dabei vorkommen, möglicherweise können mehrere Personen dabei Anstifter der übrigen sein.

<sup>208a)</sup> Höchstens die Bedeutung habe, daß jeder auf Grund der vorherigen Verabredung bei der Ausführung Mitwirkende als Täter (Mittäter) zu bestrafen sei.

<sup>209)</sup> So *Stübel*, Teiln.; *Bauer*, Abhandl. I S. 443; *Heffter*, Lehrb. § 87; *Ziegler* S. 73; *Bar*, Versuch u. Teiln. S. 85; *Hälschner*, Preuß. Strafr. I S. 389 (der jedoch noch die Möglichkeit gegenseitiger Anstiftung anerkennt) *Geib* 2 S. 359 und die daselbst Zitierten.



Ausführung der Tat geleistete Beihilfe von der Mehrtäterschaft wirklich zu unterscheiden, nicht erreicht.<sup>210)</sup> Nur steht es fest, daß eine solche Unterscheidung gemacht werden soll; die Angabe der Unterscheidungsmerkmale fehlt. Streng genommen ist also § 47 überflüssig; und wie zufolge der richtigen Ansicht über die Beurteilung des Kausalzusammenhanges eine vorherige Abrede zur Ausführung einer Tat nicht zu fordern ist, vielmehr eine wirkliche Teilnahme aller Beteiligten unmittelbar bei Ausführung der Tat durch Einverständnis der Beteiligten improvisiert werden kann,<sup>210a)</sup> so ist auch volle Verantwortlichkeit mehrerer Personen für einen verbrecherischen Erfolg möglich, ohne daß von einer Teilnahme im juristischen Sinne zu reden ist, d. h. ohne daß irgend ein Einverständnis der tätigen Personen im Verhältnis zueinander in Betracht kommt.<sup>210b)</sup> Der Wortlaut des § 47: „Wenn Mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird Jeder als Thäter bestraft“, steht aber der richtigen Lehre nicht entgegen, wenngleich er nach Ansicht der gesetzgebenden Faktoren nur auf den Fall wirklicher Teilnahme zu beziehen ist. Das nach der meist angenommenen Ansicht erforderliche Einverständnis über gemeinschaftliches Zusammenwirken ist ein Einverständnis, demzufolge jeder die Tätigkeit des anderen als in seinem, und jeder die eigene Tätigkeit als im Dienste des anderen erfolgend betrachtet,<sup>210c)</sup> läßt die Verantwortlichkeit eines jeden für den ganzen Erfolg nur als eine unzweifelhafte erscheinen; daß die Einverständnis aber in jedem Falle erforderlich sei, um mehrere mitwirkende Personen voll verantwortlich zu machen, sagt das Gesetz nicht. Die Verantwortlichkeit der Mittäter ist aus der Lehre vom Kausalzusammenhange zu konstruieren: die Tätigkeit des

<sup>210)</sup> *Hälschner*, Deutsches Strafr. I S. 419.

<sup>210a)</sup> *Köstlin*, Neue Revision S. 562. Zufällige Miturheberschaft: jeder benutzt den anderen als Mittel und wird von ihm wieder für den gemeinsamen Zweck benutzt; System 335. *Berner*, Teiln. S. 349; *Hälschner*, Syst. d. preuß. Strafr. I S. 376.

<sup>210b)</sup> Allerdings muß die Tätigkeit der mehreren Personen sich auf einen einheitlichen Erfolg beziehen. Wo dieser fehlt, existiert überhaupt keine Mitäterschaft; es liegen vielmehr völlig getrennte Straftaten vor. Vgl. RG. I. 24./3. 04 E. 37 Nr. 33 S. 92. Falsche Versicherungen an Eides statt, die von mehreren Personen abgegeben werden, sind völlig getrennte Straftaten, sollten sie auch zu einem und demselben Protokolle abgegeben sein.

<sup>210c)</sup> Vgl. *Birkmeyer*, Teiln. S. 104; *Oppenhoff-Delius* § 47, Anm. 10; *Olshausen* § 47 Anm. 7.

Mittäters kann als solche nie akzessorischen Charakter haben, während dies bei der Teilnahme umgekehrt sich verhält. Ist ein Einverständnis der Personen, deren Tätigkeit zusammen einen einheitlichen Erfolg herbeiführt, nicht vorhanden,<sup>211)</sup> so kann:

1. mittelbare Täterschaft vorliegen, wenn A den Erfolg herbeiführen will, B aber, ohne davon zu wissen, ihn herbeiführt und A hierauf rechnet. Dasselbe Ergebnis, auf seiten des A Verantwortlichkeit für vorsätzlich begangenes vollendetes Verbrechen, auf seiten des B möglicherweise Verantwortlichkeit für Fahrlässigkeit, kann aber auch eintreten, wenn A zwar nicht ausschließlich auf das Eingreifen der Tätigkeit des B rechnet, wohl aber selbst nichts mehr zur Herbeiführung des Erfolges glaubt tun zu müssen, vielmehr im Vertrauen darauf handelt, daß nach dem wahrscheinlichen natürlichen Verlaufe der Dinge oder durch wahrscheinliche (z. B. unvorsichtige) Tätigkeit eines anderen der Erfolg eintreten werde. Tritt hier von diesen Alternativen die Tätigkeit des B ein, so ist nach den Grundsätzen des Kausalzusammenhanges die Verantwortlichkeit des A dieselbe, als hätte etwa der von ihm für wahrscheinlich erachtete Naturkausalismus zu dem erstrebten Erfolge geführt. Wenn A, um eine Überschwemmung herbeizuführen, einen Damm teilweise durchstoßen hat, und nun darauf rechnet, daß derselbe von selbst oder bei geringem Andrang des Wassers oder etwa durch Befahren einstürzen werde, so wird seine Verantwortlichkeit sicher nicht dadurch geändert, daß B durch unvorsichtige Benutzung des Dammes jenen Erfolg herbeiführt.

2. Versuch auf seiten des A, vollendetes vorsätzliches oder fahrlässiges Delikt auf seiten des B vorliegen, wenn A nicht auf die Tätigkeit des B gerechnet, vielmehr sich noch vorbehalten hat, späterhin selbst noch das letzte, was zur Herbeiführung des Erfolges nötig ist, zu tun. Benutzt aber B in solchem Falle das, was A schon bewerkstelligt hat, ohne dem A davon Kenntnis zu geben, so ist der Fall ebenso zu beur-

<sup>211)</sup> Vgl. *Haas*, Mehrtäterschaft, bes. S. 14; auch *Kohler*, Studien I S. 105: Mittäterschaft wie Beihilfe sei möglich ohne reziprokes Bewußtsein voneinander, vielmehr nur reziprokes Wirken, und diese Reziprozität setze nur auf der einen Seite Tendenz, auf der anderen lediglich Benutzung der gewährten Unterstützung voraus. — Bei Mittäterschaft bedarf es m. E. nicht einmal jener Tendenz. Schließlich dürften auch *Liszt's* Ausführungen § 50 III sachlich nicht von der im Text vertretenen Ansicht differieren.

teilen, als hätte irgend ein Zufall diese für Herbeiführung des Erfolges günstige Lage geschaffen. B ist also für den Erfolg als dolos handelnder Täter verantwortlich.

3. Beide, A wie B, sind für das vollendete Verbrechen als Täter verantwortlich, wenn A auf die entsprechende Tätigkeit des B rechnete, und B nun den Erfolg vorsätzlich herbeiführt.

4. Sind beide Personen gleichzeitig ohne Einverständnis für denselben Erfolg tätig, und wird der Erfolg nur durch Zusammenwirken der beiden Tätigkeiten herbeigeführt, oder kann nicht entschieden werden, welche der beiden Tätigkeiten den Erfolg ausschließlich oder schneller herbeigeführt habe, so können beide nur wegen Versuchs bestraft werden. (Z. B. die beiden Wilddiebe A und B schießen, ohne daß Einverständnis nachgewiesen ist, gleichzeitig auf den Förster X; die beiden durch die Schüsse herbeigeführten Wunden bewirken zusammen, daß der Förster sofort stirbt.)

Die Fälle 2, 3 und 4 bezeichnet man als *Mehrtäterschaft*. Es ist daher nicht richtig mit *Schwarse* (Kommentar S. 524) in allen Fällen, wo mit Dolus, aber ohne gegenseitiges Einverständnis durch Zusammenwirken der verbrecherische Erfolg herbeigeführt wird, nur Versuch anzunehmen. Wer freilich hier wegen vollendeten dolosen Verbrechens verantwortlich gemacht werden soll, muß entweder mit Dolus zuletzt tätig gewesen sein, den Erfolg mindestens beschleunigt haben, oder er muß, wenn er zuerst tätig war, auf die spätere Tätigkeit des anderen gerechnet haben, oder es muß, wenn er zuerst oder gleichzeitig tätig war, ihm nachgewiesen werden, daß der Erfolg durch die Tätigkeit des anderen auch nicht um einen minimalen Zeiteil beschleunigt wurde, und letzteres wird meistens schwer sein, wenngleich es nicht undenkbar ist, daß zwei für einen Erfolg jede für sich schon ausreichende Ursachen genau in demselben Momente diesen Erfolg herbeiführen.<sup>212)</sup>

<sup>212)</sup> So das interessante Urteil des RG. III. 20./12. 88 E. 19 Nr. 39 S. 141. bes. S. 144, welches S. 145 auch das oben über die Beschleunigung des Erfolges Gesagte anerkennt. Es war daher richtig, daß das RG. ein schwurgerichtliches Urteil nicht aufhob, welches als Totschläger zwei Personen verurteilte, die ohne Einverständnis durch zusammenwirkende Tätigkeit den Tod einer dritten Person herbeigeführt haben sollten. Die Geschworenen hatten, wenn der auf die

§ 369. Zu teilweise anderen Ergebnissen gelangt die (übrigens beachtenswerte) Dissertation von *Ludw. Haas*, indem sie den Satz nicht in allen Fällen gelten läßt, daß, wer den Eintritt des Erfolges beschleunigt, den Kausalzusammenhang in Ansehung der früheren Tätigkeit eines anderen (im juristischen Sinne) unterbricht. Dieser Satz soll nach *Haas* (S. 29) nur gelten, wenn die von dem zweiten Täter gesetzte Bedingung anderer Art ist als die von dem ersten gesetzte, nicht wenn sie wesentlich derselben Art ist. Abgesehen aber von dem sehr oft möglichen Zweifel, ob eine Wirkung derselben Art ist wie eine andere, wird durch jene Unterscheidung das natürliche Rechtsgefühl keineswegs besonders befriedigt. Man wird in letzterer Beziehung die nach *Haas* anzunehmende Differenz in folgenden beiden von ihm angeführten Fällen nicht anerkennen können. 1. A hat dem B eine schwere Wunde beigebracht; B muß ohne Zweifel infolge des Blutverlustes in kurzer Zeit sterben; C verwundet ihn abermals; der Tod durch Verblutung tritt dadurch schneller ein. A soll für den Tod des B verantwortlich sein. 2. A hat den B tödlich verwundet; C sticht ihm ins Herz; der Tod tritt sofort ein, wie er beim gesunden Menschen eingetreten wäre. A soll für den Tod des B nicht verantwortlich sein. Vom Standpunkte einer dem Gefühle entsprechenden Gerechtigkeit aus wird man vielleicht nur folgenden Gegensatz konstruieren können, in dem einen Falle tötet C, weil er den Tod aus denselben Motiven, aus welchen die Tat des A hervorging, um so sicherer und schneller herbeiführen will; in dem anderen Falle, weil er den Qualen des B, dessen Leben ihm wertlos erscheint, ein Ende machen will. Die Art der Tätigkeit wird als unerheblich zu betrachten sein.

Es kann übrigens eine Mehrtäterschaft auch dadurch entstehen, daß einer der Schuldigen die Tätigkeit des anderen durch Unterlassung wirksam macht. A und B wälzen einen Stein auf die Bahnschienen; der Bahnwärter sieht den Stein, entfernt ihn aber nicht; der Zug entgleist. Hier haben A und B darauf gerechnet, daß der Bahnwärter untätig bleiben werde; anderenfalls würde das Attentat überhaupt nicht glücken; die sämtlichen genannten Personen sind, auch ohne daß Einver-

Beschleunigung bezügliche Satz richtig ist, es zu verantworten, daß sie jenes selten vorkommende, kaum nachweisbare Zusammenwirken angenommen hatten.

ständnis vorhanden war, wegen vollendeten dolosen Verbrechens zu bestrafen.<sup>212a)</sup>

§ 370. Es kann aber, wenn eine wirkliche Verabredung nicht vorliegt, vielmehr die Schuldigen sich nur in der Ausführung selbst zusammenfinden, tatsächlich, seltene Fälle abgerechnet, ebenso ungerecht sein, mittelbare Täterschaft wie Teilnahme in juristischem Sinne anzunehmen. Keiner der Teilnehmer weiß, wie der andere handeln wird, wenngleich er das, was der andere bereits getan hat, benutzen mag. Die gewöhnlichen Fälle sind die einer Mißhandlung, allenfalls eines Hausfriedensbruches, eines Aufruhrs, eines Landfriedensbruches. Aber für die letzteren Fälle hat die Gesetzgebung durch Spezialbestimmungen bereits vorgesorgt, und die Bestimmungen über den Raufhandel, bei dem mehrere Personen mit vereinigten Kräften eine gemeinsame Mißhandlung oder Verletzung anderer beabsichtigten, zeigen, daß es in anderen Fällen ungerecht ist, für alles, was jeder einzelne getan hat, sämtliche Teilnehmer solidarisch verantwortlich zu machen. Drei Personen werfen mit Steinen nach anderen Personen; zwei werfen nur mit kleinen und leichten Steinen, einer trifft gar nicht, der zweite fügt durch einen leichten Stein dem Getroffenen eine leichte Verletzung zu, der dritte verletzt schwer durch einen Wurf mit einem mehrpfündigen Stein. Ist es wirklich in solchem Falle gerecht, diejenigen, die gar nicht darauf ausgingen, eine schwere Verletzung beizubringen, und nur dementsprechend tätig waren, mit derselben Strafe zu belegen, wie denjenigen, der ohne ihr Zutun einen schwereren Stein benutzte?<sup>213)</sup> Wer zu einer nur geringfügigen Straftat

<sup>212a)</sup> Haas, S. 37, der hier übereinstimmend entscheidet. Der meiner Theorie des Kausalzusammenhangs von Haas S. 41 gemachte Vorwurf beruht auf Mißverständnis.

<sup>213)</sup> So freilich RG. IV. 6./3. 96 E. 28 Nr. 77 S. 246: „Stände fest, wer von den Angeklagten den Stein, durch den L. getroffen und verletzt worden ist, geworfen hat, so würde der andere Angeklagte — weil beide in bewußtem und gewolltem Zusammenhange gehandelt haben — nichtsdestoweniger für den eingetretenen Erfolg verantwortlich sein.“ Man könnte die im Text vertretene Ansicht gefährlich finden, sofern zuweilen der einzelne Täter nicht zu ermitteln, es aber sicher ist, daß einer von mehreren beteiligten Personen die Verletzung zugefügt hat. *De lege lata* ist das richtig, hat aber seinen Grund nur in der mangelhaften Bestrafung des Versuchs der Körperverletzung. — Richtig im umgekehrten Sinne RG. II. 9./1. 91 E. 21 Nr. 95 S. 269: die Haftung nach § 47 greife nur soweit Platz, als Gemeinschaftlichkeit der Ausführung vorliege. Das kann aber, wenn nicht jeder Exzeß mitgerechnet werden soll, doch nur heißen.

mitwirken will, will doch deshalb noch nicht zu einer Straftat mit schwererer Folge mitwirken, wenn seine Handlungsweise nur dem leichteren Erfolge entspricht. Anders kann die Sache liegen, wenn das, was der eine tut, die Vorbedingung herstellt für eine schwerere Verletzung, die ein anderer zufügt, z. B. wenn mehrere Personen sich auf eine andere stürzen und nun einer dem solchergestalt wehrlos Gemachten einen besonders schlimmen Schlag oder Stoß versetzt, hier muß jeder darauf gefaßt sein, daß so etwas vorkomme: *Vulnera* (und ebenso Schläge) *non dantur ad mensuram*. Anders wiederum, wenn einer der Mitschuldigen ohne Wissen der übrigen einen besonders gefährlichen Gegenstand zur Verletzung benutzt.<sup>214)</sup> Es wird übrigens bei einem äußerlich gemeinsamen Handeln, wenn einer der Täter *dolos*, der andere nur fahrlässig handelt, zwar die Tätigkeit des zweiten dem ersten, nicht aber die Tätigkeit des ersten dem zweiten zuzurechnen sein. Mittäterschaft im Sinne des StGB. § 47 ist dann freilich ausgeschlossen.<sup>215)</sup> Betrachtet man aber Mittäterschaft im Sinne des § 47 und Mittäterschaft ohne Einverständnis aller Beteiligten als wesentlich verschieden, so ergibt sich, wenn zur Verwirklichung des Tatbestandes des Deliktes die Tätigkeit der nur fahrlässig tätigen Personen erforderlich war, der *dolos* Handelnde aber irrig diese Person für wissentlich handelnd hielt, Straflosigkeit oder höchstens Strafbarkeit wegen Versuchs für den *dolos* Handelnden: er wollte nur Mittäter im Sinne des § 47 sein; was erfolgte, war aber mittelbare Täterschaft. Es sind jedoch Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft in der Strafbarkeit nicht, vielmehr nur in gewissen hier nicht in Betracht kommenden Beziehungen verschieden. Der *dolos* handelnde Schuldige hat also die volle

„soweit die Absicht reicht, daß die eigene Tätigkeit Vorbedingung oder Mitbedingung der Handlung des anderen Teilnehmers sei“. Ebenso richtig RG. IV. 18./9. 03 (Deutsche Juristenzeitung 1903 S. 550): „Im vorliegenden Falle ist festgestellt, daß nicht schon eine einfache Körperverletzung, sondern nur eine mittels gefährlichen Werkzeugs ausgeführte die Lähmung verursacht hat. Es bedurfte deshalb des Nachweises, daß derjenige Angeklagte, der den Schlag mit dem gefährlichen Werkzeug nicht geführt hat, Kenntnis von dem Gebrauch desselben gehabt und die Tat des anderen in ihrer Ausführung mittels des gefährlichen Werkzeugs als seine eigene gewollt hat.“

<sup>214)</sup> Vgl. den durch RG. IV. 7./5. 86 E. 14 Nr. 31 S. 119 entschiedenen Fall.

<sup>215)</sup> RG. 14./6. 92, GArch. 40 S. 159. A verkauft wissentlich verdorbenes Fleisch und B beteiligt sich nur fahrlässig an diesem Verkaufe, da er sich von der Gesundheitsgefährlichkeit des verkauften hätte überzeugen können.

Strafe für das Geschehene zu tragen. Das oben hinsichtlich der Anstiftung und mittelbaren Täterschaft Ausgeführte findet auch hier Anwendung.

§ 371. Festzuhalten aber ist für jede Verantwortlichkeit als Täter oder Mittäter, daß derselbe mindestens bei Ausführung der Tat zugegen gewesen sein muß.<sup>216)</sup> Es könnte zwar auch ein Wachestehen oder selbst eine Anwesenheit genügen, bei der der Anwesende bereit gewesen wäre, im Notfalle anderweite Hülfe zu leisten, falls das eine oder das andere vorher mit den wirklich tätigen Personen verabredet wäre. Aber man wird in solchen Fällen untergeordneter Tätigkeit oder zunächst nur untätiger Assistenz den Beweis des erforderlichen Täterschaftsdolus allermeistens nicht liefern können und daher nur wegen Beihülfe zu strafen berechtigt sein. Hat jemand aber überhaupt irgend eine Tätigkeit bei der Ausführung entwickelt, so ist selbstverständlich Schweigen bei einer allerdings wesentlichen Tätigkeit kein Hindernis der Mittäterschaft, z. B. zwei Personen begehen zusammen einen Betrug; sie präsentieren sich beide als Käufer; aber nur einer macht die betrügerischen Angaben.<sup>217)</sup>

Bei eigentlichen Omissivdelikten dürfte Mittäterschaft nicht denkbar sein, hier liegt die Verpflichtung jedem einzelnen als solchen ob. Eine gemeinsame Verletzung der geforderten Verpflichtungen ist also unmöglich.<sup>218)</sup>

§ 372. Die Verantwortlichkeit des Täters wegen Versuchs beginnt für den auf Grund vorheriger Abrede bei der Ausführung anwesenden Mittäter, sobald nur einer der Mittäter irgend etwas bei der Ausführung getan hat.<sup>219)</sup> Wegen intellektueller (möglicherweise auch physischer) Beihülfe kann unter

<sup>216)</sup> Mit Recht hat daher RG. I. 15./1. 80 E. 1 Nr. 74 S. 145 erkannt, daß die Feststellung, es sei eine Tat im Einverständnis und mit Zustimmung des Angeklagten geschehen, den Erfordernissen der Mittäterschaft nicht genüge. Vgl. auch RG. I. 6./12. 80 E. 3 Nr. 54 S. 143, welches Urteil eine Mitwirkung bei der Ausführung fordert. *Olshausen* § 47, Anm. 18.

<sup>217)</sup> Vgl. preuß. OT. 22./1. 74; *Stengleins* Zeitschr. 3 S. 351; *Olshausen* § 47 Anm. 18.

<sup>218)</sup> *Schwalbach*, GS. 31 S. 611; *Seligsohn*, GArch. 28 S. 219; *Olshausen* § 47 Anm. 19.

<sup>219)</sup> RG. III. 7./5. 83 E. 9 Nr. 3 bes. S. 8 (unten 11). Wer der Abrede gemäß mit einem Korb wartet, um sich der zu stehlenden Sachen zu bemächtigen und sie dann mit fortzutragen, kann als Mittäter bezüglich Diebstahlsversuchs angesehen werden, wenn der Täter, während er ein Schloß zu öffnen versucht, ertappt wird.

Umständen aber auch ein der Abrede zuwider Ausbleibender ohne weiteres verantwortlich sein, sobald einer der Genossen bis zum Versuche gelangt. Die Versuchstätigkeit des einen Genossen ist der Tätigkeit der übrigen zuzurechnen. Das der Abrede entgegen erfolgende Ausbleiben bei der Ausführung kann indes möglicherweise auch die früher geleistete intellektuelle Beihülfe wieder unwirksam machen, vorausgesetzt, daß der wirklich zur Tat Schreitende die Abwesenheit des Genossen, auf dessen Mitwirkung er gerechnet hatte, vor Beginn seiner Tätigkeit bemerkt. Tritt aber jemand dem verbrecherischen Unternehmen erst dann bei, wenn bereits ein Versuch von anderer Seite gemacht war, so kann seine bloße Gegenwart am Orte der Tat, wenn nicht eine fernere Ausführungshandlung erfolgt, nicht Verantwortlichkeit wegen Mitäterschaft, ja nicht einmal wegen Beihülfe begründen.<sup>219a)</sup> Und nach Eintritt der Vollendung ist Beihülfe nur bei Dauerbrechen, z. B. bei widerrechtlicher Gefangenhaltung,<sup>219b)</sup> und bei solchen Verbrechen möglich, bei denen das Gesetz zwei aufeinanderfolgende Vollendungen kennt, die aber bei demselben Schuldigen nur für eine Handlung gerechnet werden.<sup>219c)</sup>

Wirkliche Rücknahme des Versprechens der Mitwirkung, bevor einer der Genossen zur Ausführung schreitet, hat aber regelmäßig die Wirkung, daß die Verantwortlichkeit auch wegen intellektueller Beihülfe wegfällt.<sup>220)</sup> Die bloße Verabredung ist, wie jetzt allgemein anerkannt wird, nicht als Versuch strafbar; denn Abrede und Ausführung stehen nach der eigenen Absicht der Genossen nicht im kontinuierlichen Zusammenhang.

<sup>219a)</sup> Vgl. RG. II. 2./5. 85 RS. 7 S. 341. B hatte behufs eines Diebstahls mit Einbruch schon eine Öffnung am Giebel eines Hauses gemacht. Er nahm dann die beiden Mitangeklagten zur Ausführung des Diebstahls in der folgenden Nacht mit; es kam aber nicht zu einer weiteren Ausführungshandlung, da die sämtlichen Beteiligten schon in der Nähe des Hauses, durch Hundegebell und das Erscheinen einer Person erschreckt, umkehrten. Es fehlte hier an jeder Mitwirkung.

<sup>219b)</sup> *Finger* 1 S. 358. — RG. II. 8./11. 92 E. 23 Nr. 102 S. 292 in bezug auf fortgesetzte Veränderung des Personenstandes StGB. § 169.

<sup>219c)</sup> Wie nach StGB. §§ 146, 147 bei der Münzfälschung.

<sup>220)</sup> Übereinstimmend *Hälschner* S. 435. Es lassen sich allerdings Ausnahmefälle denken, wo selbst durch Widerruf (z. B. unmittelbar vor der Ausführung) die durch den Beitritt zum Komplote etwa erteilte Ermunterung zur Tat nicht mehr völlig unwirksam gemacht werden kann. Vgl. auch *Olshausen* Anm. 27.



§ 373. Auch nach dem Beginne der Ausführung unter eigener Mitwirkung kann der einzelne Genosse noch durch freiwilligen Rücktritt sich Straflosigkeit verschaffen, wenn es ihm gelingt, alles, was er getan hat, wieder unwirksam zu machen; völlige Straflosigkeit kann ihm aber hiernach, falls die übrigen Genossen in der Ausführung beharren und strafbar bleiben, nur dann werden, wenn es ihm gelingt, auch die etwa durch seine Mitwirkung geleistete intellektuelle Beihilfe (Ermunterung zur Tat) mit unwirksam zu machen.

Der Rücktritt der übrigen Genossen kann der Logik zufolge dem in seiner Tätigkeit Beharrenden Straflosigkeit nicht verschaffen; denn der Dolus des Mittäters ist kein durch die Ausführung seitens anderer bedingter, wie der des Gehülfen oder Anstifters. Man kann einen derartigen Fall sich etwa so denken. A hat den B, der ein gewandter Kletterer ist, ein Tor geöffnet, damit B, an einer Rinne des Hauses heraufkletternd, einen Diebstahl ausführe, dem B aber kommt plötzlich der Gedanke, er könne vielleicht bei dem Unternehmen zur Tötung von Menschen veranlaßt werden, er kehrt um; darauf werden beide, der A, während er noch Wache hält, ertappt. Nimmt man nun an, A sei Mittäter, so ist er jedenfalls straffällig, während B straffrei ausgeht. Nähme man in solchem Falle aber an, daß A nur Beihilfe geleistet habe — im Sinne der früheren, gemeinrechtlichen Theorie Hauptgehülfe sei —, so wäre er straffrei, freilich nur, wenn man von der oben verteidigten Ansicht ausgeht, daß der freiwillige Rücktritt des Täters auch dem Gehülfen zustatten komme.

§ 374. Daß die Eingehung eines Komplottes — Verabredung, ein Verbrechen zu begehen — als Versuch des beabsichtigten Verbrechens nicht zu betrachten ist, wird jetzt allgemein angenommen. Indes kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht aus Zweckmäßigkeitsgründen die Eingehung eines Komplottes wenigstens bei schweren Verbrechen allgemein in bestimmter Weise unter Strafe zu stellen sei. Diese Frage dürfte indes verneinend zu beantworten sein.<sup>220a)</sup> Einerseits ist bei Bestrafung des Komplottes als solchen die Gefahr unge-

<sup>220a)</sup> Das englisch-nordamerikanische Recht bestraft freilich allgemein die „*Conspiracy*“. Vgl. *Wharton* 2 §§ 1337 ff. *Archbold-Craies-Stephenson* § 1277.

rechter Bestrafung der einzelnen Teilnehmer zu erheblich: der ernstliche Wille zeigt sich erst bei der Ausführung oder wirk-samen Beihülfe; und andererseits ist gerade die Gewißheit, schon straffällig geworden zu sein, besonders geeignet, die einzelnen Teilnehmer bei dem Unternehmen festzuhalten. Wenn endlich eine Mehrzahl früherer deutscher Gesetzbücher<sup>220 b)</sup> gar rechtzeitige Anzeige bei der Obrigkeit für die Strafflosigkeit eines zurücktretenden Komplottanten verlangten, so erschwerte dies stark polizeiliche und zugleich gehässige Erfordernis den Rücktritt und das Ausbleiben bei der Ausführung noch mehr. Die der Gerechtigkeit entsprechende Anwendung der allge-meinen Grundsätze über Beihülfe und Anstiftung ergibt auch hier das Zweckmäßige. Daß ausnahmsweise die Eingehung eines Komplottes, wie nach StGB § 83 beim Hochverrate der Fall ist, als besonderes Delikt bestraft werden mag, ist mit dieser Ansicht vereinbar.

Noch weniger als die Eingehung eines Komplottes kann — darüber ist heutzutage kaum ein Zweifel — der Eintritt in eine Verbrecherbande oder die Begründung einer solchen, d. h. einer Vereinigung zur Verübung nur im allgemeinen bezeichneter, im einzelnen noch unbestimmter Verbrechen schon als strafbar betrachtet werden, wenngleich früher wohl die Ansicht vertreten war, daß hierin bereits ein strafbarer Versuch (der schwersten der beabsichtigten Verbrechen) zu finden sei, und einzelne deutsche Gesetzbücher den Eintritt in eine Ver-brecherbande als besonderes Delikt bestrafen. Man wird an dergleichen Vorschriften bei Reform unseres Strafrechts nicht denken, während es rationell wäre, den Erschwerungsgrund bandenmäßiger Begehung bei einzelnen Delikten bestehen zu lassen. (Vgl. StGB. §§ 243, 250.)<sup>221)</sup>

<sup>220 b)</sup> Vgl. darüber *Geib* 2 S. 364.

<sup>221)</sup> Unter den Mittätern zeichnet das StGB. bei zwei Delikten (Aufruhr und Landfriedensbruch §§ 115, 125) die sog. Rädelsführer aus, d. h. diejenigen, welche die Ausführung ganz oder zum Teil leiten. Zu juristischen Erörterungen bietet dieser völlig arbiträre Begriff keinen Anlaß.

Das norwegische StGB. stellt allgemeine Bestimmungen über die Bestrafung der Teilnahme nicht auf, bestimmt vielmehr nur bei den einzelnen Delikten, ob Mitwirkung strafbar sein solle (vgl. auch den japanischen Vorentwurf Art. 82 in Ansehung des Anstifters und des Gehülfen). (Dagegen aber *Stoob*, Vergleichende Darstellung, bes. Teil. § 3. 405.) Teilnahme ist bei allen Delikten möglich; folglich muß man darüber allgemeine Grundsätze aufstellen. Die Auswahl dieser und jener Delikte, bei denen Teilnahme strafbar sein soll, kann schließlich nur

§ 375. Den vorstehend gegebenen Ausführungen über Beihilfe und Mittäterschaft dürften folgende gesetzliche Bestimmungen entsprechen.

§ 1. Wer die Begehung einer (ohne Rücksicht auf Rückfälligkeit des Täters) als Verbrechen (oder Vergehen?) strafbaren Handlung vorsätzlich<sup>221 a)</sup> fördert, wird wegen Beihilfe bestraft.

Die Strafe der Beihilfe darf die für den Täter gesetzlich angedrohte Strafe im Höchstbetrage nicht erreichen; sie kann bis auf ein Viertel (oder ein Sechstel?) dieser Strafe ermäßigt werden. Wird jedoch festgestellt, daß ohne die Beihilfehandlung die strafbare Handlung voraussichtlich nicht zur Vollendung gebracht worden wäre, so kann die Strafe wie für einen Täter bestimmt werden.

§ 2. Wer mit dem Vorsatze, eine Straftat zur Vollendung zu bringen, bei der Ausführung mitwirkt, wird (als Mittäter) mit der Strafe eines Täters bestraft, wenn er imstande und nötigenfalls bereit war, die Vollendungshandlung selbst vorzunehmen.

§ 3. Die Art und Weise der Förderung einer Straftat und bzw. der Mitwirkung bei derselben ist im Urteile, bzw. im Wahrspruche der Geschworenen festzustellen und unterliegt im Rechtsmittelverfahren der Überprüfung durch das höhere Gericht.<sup>222)</sup>

---

den Eindruck des Willkürlichen machen, dessen Konsequenzen und Kontraste das Gerechtigkeitsgefühl verletzen. Anders steht es selbstverständlich um die Nichtberücksichtigung von Teilnahmehandlungen bei Übertretungen im allgemeinen. Auch die Lehre vom Versuche kann hier nicht herangezogen werden; denn beim Versuche handelt es sich besonders auch um den Eindruck der Tat, und manche Delikte sind gewissermaßen flüchtiger Art; sie hinterlassen keine länger dauernden Spuren.

<sup>221 a)</sup> Das StGB. sagt „wissentlich“; dies ist m. E. zweideutig. Den *Dolus eventualis* sollte man bestimmt hier ausschließen. Vgl. oben.

<sup>222)</sup> Nach der von *Olshausen* § 49 Anm. 10 geteilten, allerdings nur auf dem Wortlaut des Gesetzes fußenden Ansicht des RG. I. 22./4. 80 E. 1 Nr. 182 bes. S. 394 (früher auch schon des preuß. OT. v. 14./7. 75; *Stengleins* Zeitschr. 5 S. 259) genügt jetzt die Feststellung, daß Angeklagter durch „Rat oder Tat-Hilfe geleistet habe. Darunter kann man sich vieles denken, was rationell schwerlich genügen möchte, jemanden wegen wirklicher Förderung des Verbrechens zu strafen. Die französisch-belgische Jurisprudenz nimmt z. B. an, daß ein einfacher Rat, ein Verbrechen zu begehen, nicht verantwortlich mache; wer sich durch einfachen Rat bestimmen lasse, sei in Wahrheit schon entschlossen. Vgl. *Haus* I n. 543. Wie wäre es, wenn der eine oder andere Geschworene ein Gebet, (das Umgekehrte des bekannten sog. Gesundbetens!), ein verbrecherisches Unternehmen

§ 376. Vielleicht kann als allgemein bei uns angenommen der Satz gelten, daß in bezug auf dieselbe Tat eine mehrfache Teilnahme derselben Person ausgeschlossen ist, vielmehr für dieselbe Person strafrechtlich nur die schwerste Art der Teilnahme in Betracht kommt.<sup>223)</sup> Die Begründungen differieren aber; lediglich aus der akzessorischen Natur der Teilnahme wird das Ergebnis abgeleitet z. B. von *Birkmeyer* S. 179, anscheinend auch von *H. Meyer* (§ 32 Anm. 12). Die meisten und so auch das RG. geben eine rein dialektische Begründung.<sup>224)</sup> Das StGB. setze bei jeder Art der Teilnahme voraus, daß sie erfolge in bezug auf das von einem anderen begangene Verbrechen. Hier handele es sich aber um ein von dem Teilnehmer selbst begangenes Verbrechen. Indes ist gegen diese Begründung eingewendet worden, daß sie nicht passe auf den Mittäter, der z. B. jemanden anstiftet, Beihilfe zu leisten; denn hier werde auch Beihilfe zu der Tat geleistet, die ein anderer, wenn auch nicht ausschließlich begangen habe. Der Beweis würde also für diesen Fall aus dem Wortlaut des Gesetzes nur dann geführt sein, wenn das Gesetz das Vorhandensein einer Teilnahme davon abhängig gemacht hätte, daß die Tat ausschließlich von einem anderen begangen sei, und das sei nicht geschehen.<sup>224 a)</sup> Andere sind der Ansicht, daß der einzelne Teilnehmer, auch wenn er sich in mehrfacher und verschiedener Art beteilige, stets nur eine Handlung begehe, weil Erfolgseinheit (in der endlichen Vollendung des Verbrechens) vorliege.<sup>225)</sup> Diese Beweisführung scheint indes nicht zuzutreffen, wenn man davon ausgeht, daß der Wille des

möge gelingen, für eine wirksame Beihilfe halten würde? Darüber fehlt nach der jetzt bei uns geltenden Ansicht jede Kontrolle. Die Alternative „Rat oder Tat“ ist für solche Kontrolle völlig bedeutungslos.

<sup>223)</sup> Letzteres ist besonders deutlich ausgesprochen durch RG. I. 4./11. 1900 E. 33 Nr. 131 S. 402. Diesem Prinzip entsprechen folgende Entscheidungen: OAG. Dresden, 29./1. 72 (*Stengleins* Zeitschr. 1 S. 327); RG. III. 1./5. 80 E. 2 Nr. 58 S. 147, Bestrafung wegen Anstiftung in realer Konkurrenz mit Beihilfe bei Ausführung der Tat ist unzulässig. RG. III. 5./5. 84 E. 10 Nr. 119 S. 409; RG. II. 13./11. 94 E. 26 Nr. 79 S. 198 (Mittäterschaft, Anstiftung zur Mittäterschaft ausschließend); RG. IV. 3./5. 95 E. 27 Nr. 98 S. 273 (Täterschaft, Anstiftung zur Beihilfe ausschließend); RG. III. 3./11. 87 Rs. 9 S. 553 (Anstiftung durch vorher zugesagte, daher als Beihilfe zu bestrafende Begünstigung ist nicht in Konkurrenz mit Beihilfe zu bestrafen). *Merkel* S. 146, *Frank* zu § 73 VII, 2.

<sup>224)</sup> Eine besonders genaue Darstellung der Kritik der verschiedenen Begründungen gibt *Freudenthal*, Die notwendige Teilnahme S. 49—83.

<sup>224 a)</sup> Eingewendet von *Freudenthal* S. 56.

<sup>225)</sup> *Bünger*, Zeitschr. 8 S. 682.

Anstifters und Gehülfen nicht direkt auf den Erfolg, vielmehr auf ein Anderes, sei es auf den Entschluß, sei es auf die Handlung des Täters gerichtet ist. Sodann ist gesagt, die Strafsatzung gegen die Teilnehmer sei im Verhältnis zu der gegen den Täter oder Mittäter gerichteten eine weniger strafbare Art der Teilnahme nur eine subsidiäre Strafnorm,<sup>226)</sup> dagegen jedoch erwidert worden, daß diese Subsidiarität zwar anzunehmen sei, aber das Ergebnis nur in anderer Form wiedergebe, nicht aber die Begründung dieses Ergebnisses liefere. Diese Lücke der Beweisführung hat *Freudenthal* S. 78 f. durch den Hinweis auszufüllen unternommen, daß Anstiftung und Beihilfe gegenüber der Tat als Gefährungsdelikte, und wenn die Tat selbst nur ein Gefährungsdelikt sei, als entferntere Gefährungsdelikte zu betrachten seien; es sei aber allgemein anerkannter Grundsatz, daß das von derselben Person in der Richtung auf denselben Erfolg unternommene Gefährungsdelikt von dem weiter fortgeschrittenen absorbiert werde; der Versuch werde von der Vollendung, der entferntere Versuch von dem weitervorgeschrittenen absorbiert. Abgesehen indes davon, daß die hier zur Anwendung gebrachte Theorie des Versuchs wohl allgemeiner Zustimmung sich nicht erfreut — nach dem oben Dargelegten kann ich sie nicht für richtig halten — ist das Verhältnis von Gefährungs- und Verletzungsdelikt jedenfalls in jener Allgemeinheit nicht anzuerkennen, und unrichtig dürfte es sein, in der Handlung eines Teilnehmers im Gegensatze zur Handlung des Täters nur eine Gefährungshandlung zu erblicken: die sog. physische Beihilfe gefährdet nicht nur, sondern sie ist für den Erfolg direkt mitwirksam und oft kaum von der Mittäterschaft zu unterscheiden, und wenn die Anstiftung zurückgeführt wird auf psychische Kausalität, so verhält es sich bei ihr auch nicht anders. Jedenfalls ist die Teilnahme nicht immer zeitlich der Täterhandlung vorhergehend, wie die Versuchshandlung der Vollendung, oder die Gefährung der Schädigung; wenn der Gehülfe den Gemordeten festhielt, während der Täter ihn erdrosselte, so war die Tätigkeit des Gehülfen der Tätigkeit des Täters vollkommen gleichzeitig.

<sup>226)</sup> *Binding* 1 S. 362 und *Grundr.* 1 § 25 II; *Frank* zu § 73 VII, 2.

§ 377. Dagegen ist der dialektische Beweis nach Maßgabe des StGB., daß bei schon vorliegender Täterschaft oder Teilnahme eine nochmalige Teilnahme an der Tat eines anderen nicht anzuerkennen sei, zu führen, wenn man die Kausalität der Teilnahmehandlung und insbesondere der Anstiftung nicht leugnet, eine Kausalität, deren Berücksichtigung freilich *Liszt* (S. 130) und andere, und so auch *Freudenthal* (S. 68) nach Maßgabe des StGB. positiv für ausgeschlossen erachten (vgl. oben S. 594). Die Handlung als Ganzes ist stets auch Handlung eines jeden Teilnehmers und deshalb niemals die Tat eines anderen — nur daß die Schuld der einzelnen verschieden bemessen wird.<sup>227)</sup> Der von *Freudenthal* vermißte Beweis dafür, daß jedesmal die strafbarere Art der Teilnahme beachtet werde, liegt in der einfachen Erwägung, daß die schwerere Art der Teilnahme nicht deshalb weniger strafbar werden kann, weil der Schuldige sich daneben auch einer leichteren Art der Teilnahme schuldig gemacht hat.

Aber der gesamte dialektische Beweis ist bei Betrachtung der realen Verhältnisse der Teilnahme Nebensache. Auch wenn der Wortlaut des StGB. nicht gerade von der Tat eines „anderen“ redete, würde das gleiche Ergebnis anzunehmen sein, wie denn die ganze Frage erst aufgekommen ist, seit die deutsche Strafwissenschaft, dann aber auch das Reichsgericht in so hohem Grade der Dialektik gehuldigt hat. Die alte gemeinrechtliche Jurisprudenz hat kaum daran gedacht,<sup>228)</sup> daß der an einer strafbaren Handlung Teilnehmende in mehrfacher Weise als Teilnehmer könne bestraft werden; dem einfachen gesunden Verstande liegt diese Möglichkeit fern.

Die reale Begründung aber dürfte folgende sein. Jede der verschiedenen Teilnahmehandlungen ist nur ein Mittel, die Tat,

<sup>227)</sup> In diesem Sinne spricht *Köhler*, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz S. 75, von Graden und Abstufungen der Beteiligung.

<sup>228)</sup> In der älteren Literatur ist die Frage schon für einen Fall beantwortet. *Aretinus*, *Rubr. Et Andream Lanificem* n. 18 sagt unter Berufung auf *Bartolus* und *Dynus*, daß jemand, der mehreren Personen zur Begehung eines und desselben Deliktes Hülfe leiste, doch nur eine Strafe zu erleiden habe.

*Garraud* 2 n. 658 erklärt eine konkurrierende Beihilfe mit der Eigenschaft eines *Auteur ou Coauteur* für unvereinbar; der Täter oder Mittäter helfe sich selbst, nicht einem anderen. Die französische Praxis, sagt *Garraud*, sei jedoch zuweilen entgegengesetzter Ansicht gewesen.

die Vollendung selbst herbeizuführen. Wollte man dem Teilnehmer verschiedene Arten der Teilnahme anrechnen, so müßte man dem Täter es auch mehrfach anrechnen, wenn er mehrfache Mittel zur Erreichung desselben Erfolges anwendet oder in mehrfachen Zeitpunkten zu diesem Zwecke tätig ist. Es könnte freilich eingewendet werden, daß z. B. der Täter, der zugleich einen anderen anstiftet, ihm Beihilfe zu leisten, deshalb mehrfache Strafe verdiene, weil der zur Beihilfe Angestiftete auch ein Verbrechen begehe, und dieses der Anstifter und Täter verursacht habe. Aber dies wäre eine nur der Moral angehörende Betrachtung. Man müßte, wollte man diese Betrachtung als Grund mehrfacher Bestrafung gelten lassen, auch den Anstifter erstens wegen der Tat und zweitens wegen der Anstiftung strafen. Auch liegt in der Natur der Sache, daß jemand, der ein Verbrechen begeht, den Beistand anderer sucht, wenn er die Ausführung sich nicht zutraut. Findet er solchen Beistand, so kommt die gesamte Tat ihm zur Last; aber es werden ihm nur diejenigen Beistand leisten, die überhaupt in irgend einer Weise geneigt sind, Verbrechen zu begehen; daß sie solcher Neigung folgen, dafür werden sie bestraft; aber den Täter oder Mittäter dafür besonders zu strafen, daß er diese Neigung sich zunutz gemacht hat, scheint unbillig. Auch würde oft das Verbrechen unterbleiben, wenn der Täter nicht zur Unterstützung geneigte Personen fände.

§ 378. Es kommt vor, daß das Gesetz eine Handlung an und für sich straflos läßt, aber die Hülfeleistung dazu aus besonderen Gründen bestraft. Kann dann als Teilnehmer an der strafbaren Hülfeleistung bestraft werden derjenige, der einen anderen anstiftet, ihm zu der straflosen Haupthandlung Hülfe zu leisten, oder diesem anderen zu dieser Hülfeleistung behülflich ist? Der Gefangene kann sich selbst straflos befreien: wird er nun straffällig, wenn er andere anstiftet, ihm bei der Selbstbefreiung Hülfe zu leisten? Ist, wer einer Frau Geld gibt, damit sie ein Mädchen zur Begehung von Unzucht verschaffe, der Anstiftung zur Kuppelei schuldig?

Das Reichsgericht hat die Frage in konstanter Praxis bejaht; <sup>228 a)</sup> einfach aus dem (dialektischen) Grunde, daß, wenn eine

<sup>228 a)</sup> RG. I. 29./11. 80 E. 3 Nr. 52 S. 141; III. 13./11. 82 Rs. 4 S. 812: Selbstbefreiung eines Gefangenen und Beihilfe dazu, welche letztere nach StGB.

Handlung des Angeklagten an sich auch straflos sei, dies doch nicht dazu führe, eine andere Handlung des Angeklagten, durch welche er eine strafbare Handlung eines anderen verursacht habe, ebenfalls für straflos zu erklären.

Die Theorie dagegen nach dem Vorgange von *v. Kries* hat sich überwiegend für Straflosigkeit entschieden. *Kries* begründet diese Ansicht mit der Erwägung, daß die vom Gesetze gewollte Straflosigkeit nicht dadurch vereitelt werden dürfe, daß man den Täter als Teilnehmer an dem Verbrechen eines anderen strafe. Dies befriedigt nicht völlig;<sup>229)</sup> es ist genau betrachtet eine *Petitio principii*.<sup>229a)</sup> Allerdings wird in vielen Fällen derjenige, den das Gesetz zunächst als straffrei behandelt, durch die Umstände bewogen werden, sich an andere Personen zur Unterstützung seines Vorhabens zu wenden. Aber durchaus notwendig ist dies doch nicht, und man kann auch erwidern, daß, wenn das Gesetz jemandem die Freiheit gewährt, gewisse Handlungen zu begehen, damit keineswegs der Gebrauch eines jeden Mittels zur Begehung der Handlung erlaubt worden sei.

*Frank* S. 69, der die Handlung des Täters als Ursache, die Handlung eines Teilnehmers nur als Bedingung betrachtet, meint, wenn erstere nicht strafbar sei, so könne auch letztere nicht als strafbar angesehen werden.

*Freudenthal* endlich (S. 109) hält auch hier das Verhältnis des Verletzungs- zu dem Gefährdungsdelikte für entscheidend. Die erlaubte Handlung ist die verletzende Handlung — der Gefangene bricht den staatlichen Gewahrsam —, die Teilnahmehandlung die gefährdende Handlung; wenn (in der Person des Handelnden) die verletzende Handlung nicht strafbar sei, so könne noch weniger die gefährdende für strafbar erachtet werden.

Die Begründung *Franks* dürfte schon mit der Unterscheidung von Ursache und Bedingung fallen, welche in

§ 120 als besonderes Delikt strafbar ist. III. 14./6. 81 E. 4 Nr. 92 S. 252; IV. 22./5. 94 E. 25 Nr. 125 S. 369: Anstiftung zur Kuppelei behufs Begehung von Unzucht.

<sup>229)</sup> Zeitschr. 7 S. 534. Im Ergebnisse übereinstimmend *Liszt* § 52, V, 2; *H. Meyer* § 32 Anm. 50; *Frank* § 47 IV, 2; *Freudenthal*, der S. 85—121 auch diese Frage im Zusammenhange mit analogen Fragen der sog. notwendigen Teilnahme besonders genau und gründlich erörtert.

<sup>229a)</sup> Es ist aber ebenso *Petitio principii*, wenn *Beling*, Zeitschr. 18 S. 272, umgekehrt die Norm konstruiert: „Du sollst andere nicht in Schuld und Strafe führen.“



der bezeichneten Weise unrichtig ist (vgl. oben). Gegen *Frank* sowohl wie gegen *Freudenthal* ist aber zu bemerken, daß der Gesetzgeber nicht immer die materielle Verletzung<sup>230)</sup> als das entscheidende Moment zu betrachten braucht, um eine Handlung unter Strafe zu stellen, sogar unter Erwägung des Gefährlichkeitsmomentes, und gerade in den hier fraglichen Fällen ist dies der Fall. Der Gesetzgeber kann sehr wohl die Erwägung anstellen, wenn jemand durch eigene Kraft eine Handlung vornimmt, die einem natürlichen, und daher leicht verzeihlichen Triebe, z. B. dem Drange nach Freiheit, dem Geschlechtstriebe, entspringt, so mag diese Handlung straflos bleiben, weil es eben hart oder aus anderen Gründen nicht ratsam sein würde, dagegen einzuschreiten. Anders aber, wenn auch andere Personen ihm ihre Kräfte dazu leihen, in seinem Interesse mit tätig werden; deren Handlung kann einen für die Rechtsordnung weit mehr bedrohlichen oder sittlich weit weniger entschuldbaren Charakter<sup>230a)</sup> annehmen und ist dann aus diesem selbständigen Grunde als strafbar zu behandeln. Die reale Erklärung der eigentümlichen Erscheinung daher, daß eine Handlung an sich straflos ist, während die Beihülfe (oder eine besonders geeigenschaftete Beihülfe) dazu als Delikt behandelt wird, steht der dialektisch abgeleiteten Subsidiarität oder strafrechtlichen Minderbedeutsamkeit durchaus entgegen, und jene dialektische Argumentation beruht zugleich auf der willkürlichen Prämisse, daß das Gefährdungsdelikt stets weniger bedeutsam sei, als das Verletzungsdelikt, während das Verhältnis von Brandstiftungsversuch zur Sachbeschädigung dieselbe widerlegt; man vergleiche in dieser Hinsicht StGB. § 308 in Verbindung mit § 44 und andererseits StGB. § 303. Gleichwohl läßt auch eine reale Betrachtung zu dem Ergebnisse

<sup>230)</sup> Übrigens paßt das Verhältnis von Gefährdung und Verletzung gar nicht auf sämtliche hierher gehörige Fälle. Könnte man von Verletzung im rechtlichen Sinne reden, wenn A von der gewerbsmäßigen Kupplerin X gegen vorheriges Honorar zur Vollziehung des Beischlafs ein Mädchen zugeführt erhalten hat, welches dazu sehr bereit war? Hier ist doch nur von Verletzung der allgemeinen Moralität zu sprechen.

<sup>230a)</sup> Alle Welt wird doch die aus gemeiner Gesinnung hervorgehende gewerbsmäßige Kuppelei anders beurteilen als die einfache außereheliche Befriedigung des Geschlechtstriebes, und wer eine andere Person bezahlt, damit sie ihm dazu Gelegenheit verschaffe, teilt jene Gesinnung nicht, während wer sonst zu einem Verbrechen anstiftet, die wirkliche Rechtsverletzung ebenso will wie der ausführende Täter.

gelangen, welches die Theorie verteidigt. Wenn das Gesetz eine Handlung ausdrücklich für straflos erklärt oder sie — was auf dasselbe hinauskommt — unter den zu strafenden nicht aufführt, so gestattet es damit dem Täter, beliebige Naturkräfte, soweit das nicht ausdrücklich verboten sein sollte, zur Erreichung seines Zweckes mit zu verwenden, der Gefangene darf z. B. den Schlüssel, der zufällig in der Tür steckt, benutzen, um zu entfliehen usw.; es gestattet ihm auch andere Personen zur Erreichung seines Zweckes zu täuschen (sofern darin nicht wieder ein besonderes Delikt zu befinden), also auch als mittelbare Täter zu benutzen. (Der Gefangene weiß sich eine Uniform zu verschaffen und veranlaßt so den Schließer, ihm das Tor des Gefängnisses zu öffnen.) Wenn aber die Benutzung anderer Personen als blinder Werkzeuge gestattet ist, so muß auch konsequent gestattet sein die weit weniger gefährliche Verleitung zur Unterstützung, bei welcher doch immer die Rechnung auf eine schlechte oder der Pflicht abwendige Gesinnung stimmen muß. Die Erwägung, daß bei Benutzung einer Person, welche den wahren Charakter der von ihr gewünschten Handlung erkennt, der die Unterstützung Suchende doch die Schuld auf sich lade, einen anderen zu einer strafbaren Handlung zu veranlassen, ist eine rein moralische und jedenfalls von unserem positiven Rechte als strafbegründend nicht anerkannt, da sonst der Anstifter strenger bestraft werden müßte, als der Täter. Und dazu kommt folgendes. Es liegt in der Natur der Sache, daß jemand zu einer Handlung, die ihm erlaubt ist, die Unterstützung anderer sucht, und ihm erscheint die Handlung des anderen, die er begehrt, überwiegend unter seinem Gesichtspunkte, d. h. als Unterstützung einer erlaubten Handlung. Es wird erst genauerer, einem Nicht-Rechtskundigen nicht leicht kommenden Erwägung bedürfen, sich auf den Standpunkt desjenigen zu versetzen, von dem der Beistand begehrt wird, während allerdings demjenigen, der den verbotenen Beistand leisten soll, diese Erwägung von selbst kommen wird. Der die Freiheit suchende Gefangene wird in dem mächtigen Freiheitsdrange nicht leicht daran denken, daß er Unterstützung anderer nicht suchen dürfe. Wer ihm helfen soll, empfindet diesen Freiheitsdrang nicht in sich selbst; das Gegenmotiv des Verbotenseins macht sich hier ganz anders geltend

und in gewissem Sinne ist es wahr, daß mit der Bestrafung des erfolgreichen Beistandsuchens wir dem Handelnden das, was wir mit der einen Hand geben, gleichsam mit der anderen nehmen.<sup>230 b)</sup>

§ 379. Der unmittelbare Täter hört deshalb nicht auf Täter zu sein, weil ein anderer sich seiner zur eigenen Verletzung bedient, sofern der unmittelbare Täter weiß, was er tut. Aber der Verletzte selbst wird gleichfalls nicht als strafbarer Teilnehmer zu betrachten sein, wenn er einen anderen veranlaßt, ihn zu verletzen. Wer den Tod von der Hand eines anderen begehrt, wird nach natürlicher Auffassung seinen Tod als eigene Tat ansehen, und es bedarf erst eines tiefergehenden Rasonnements, um von seiner Stelle aus einzusehen, daß damit eigentlich dem anderen eine strafbare Tat zugemutet wird.

Ebenso sind ferner die Fälle zu beurteilen, in denen das Gesetz jemanden auch vor den schädlichen Folgen eigenen Leichtsinns, eigener Unbesonnenheit oder eigener Unreife schützen will, und aus diesem Grund anderen Personen gewisse Handlungen verbietet, welche entweder ohne eigene Teilnahme der Geschädigten nicht möglich sind (Fälle, die man zur sog. notwendigen Teilnahme rechnet, von welcher unten ausführlicher die Rede sein wird), oder bei denen doch ein energischer Widerstand jener zu schützenden Personen nicht zu erwarten ist. Der Verschwender, der Minderjährige werden oft die Handlung des Wucherers provozieren, gerade aus Leichtsinn oder Unbesonnenheit; ihnen wird meist die Tat des helfenden Wucherers einsteilen als Wohltat erscheinen. Es kommt aber noch ein Grund hinzu, die Provokation der Handlung des anderen hier nicht als Teilnahme zu behandeln. Wollte man die durch Wucher Geschädigten selbst, welche selbst die Handlung des Wucherers provozierten, wegen Anstiftung oder intellektueller Beihilfe zum Wucher bestrafen, so würde man ihren Leichtsinn, der nur, weil er verzeihlich erscheint, die Bestrafung des

---

<sup>230 b)</sup> Es folgt aus dem im Texte Dargelegten ebenfalls, daß auch in dem Falle, daß das Gesetz eine Handlung milder straft, als eine besonders qualifizierte Teilnahmehandlung (z. B. wenn diese gegen Entgelt erfolgt), die seitens des Täters erfolgte Anstiftung zu solcher Teilnahmehandlung nicht als solche zu bestrafen ist. Anders in Beziehung auf das Verhältnis der Verbrechen StGB. §§ 218, 219, RG. III. 10./4. 90 E. 1 Nr. 166 S. 350.

Wucherers rechtfertigt, wieder als unverzeihlich behandeln, außerdem aber die Entdeckung und Bestrafung des Wuchers äußerst erschweren.

Die Straflosigkeit dieser letztgenannten beiden Klassen von Fällen hat *v. Kries*<sup>231)</sup> und nach ihm die deutsche Doktrin<sup>232)</sup> daraus abgeleitet, daß stets, wenn ein Gesetz zum Schutze einer Person gegeben, diese Person nicht selbst der Teilnahme der in dem Gesetze verbotenen Handlung sich schuldig machen könne. Auch das RG. hat diesen Grundsatz als richtig bezeichnet.<sup>233)</sup>

Das Gesetz kann aber auch in anderen Fällen als denjenigen, in welchen der eine Teilnehmer in letzter Linie eine Selbstverletzung beabsichtigte oder in welchen er vor den Folgen des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit bewahrt werden soll, eine Handlung, zu der eine gewisse Mitwirkung einer anderen Person erforderlich ist, nur auf der Seite eines Teilnehmers für strafbar erklären, obschon hier auf seiten des straf freien Teilnehmers nicht gerade entschuldbare Motive vorzuliegen brauchen. So bestraft StGB. §§ 331, 332 die Bestechung eines öffentlichen Beamten, wenn sie eine nicht pflichtwidrige Handlung betrifft, nur auf seiten des Beamten; ferner bestraft das Gesetz oft den Verkäufer (z. B. StGB. § 184 den Verkäufer unzüchtiger Schriften, § 367 Nr. 3, den Verkäufer von Giften, das Gesetz vom 14. Mai 1879 in mehrfachen Bestimmungen den Verkauf gesundheitsschädlicher Nahrungsmittel) und nach der meist angenommenen Auslegung bestraft z. B. KO. § 241 nur den Gemeinschuldner, der in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit einem Gläubiger eine Sicherheit oder Befriedigung gewährt, auf welche derselbe nicht oder nicht in der Art oder zur Zeit Anspruch hat.<sup>234)</sup> Es fragt sich nun, ob die im Gesetze als straf fällig nicht bezeichnete Person auch dann straflos sein muß, wenn sie über die zu der zweiseitigen unbedingt erforderlichen Mitwirkung hinausgehend, die vom Gesetze als straffällig ange-

<sup>231)</sup> Zeitschr. 7 S. 521.

<sup>232)</sup> So *H. Meyer* § 32 Anm. 48; *Liszt* § 52 V. 1; *Olshausen* zu T. 1 Abschn. 3 Nr. 9b. *Jäger*, Konkursordnung § 241 Anm. 11.

<sup>233)</sup> Vgl. 30./11. 88 E. 18 Nr. 69 S. 281 in bezug auf Wucher und die Delikte des § 174 Nr. 1—3.

<sup>234)</sup> So liegt nach RG. II. 24./5. 87 (E. 16 Nr. 29 S. 117) in der bloßen Annahme einer verbotswidrig verbreiteten Druckschrift noch keine Teilnahme an der Verbreitung selbst.

sehene Person zu der Handlung anstiftet, oder ihr dazu in besonderer Weise Beihilfe leistet. *Kries*, *Liszt* und *Freudenthal* bejahen die Frage, während das RG. in Ansehung des zitierten § 241 der KO. die Strafbarkeit der Anstiftung gleichmäßig in einer Anzahl von Urteilen angenommen hat.

*Kries* stützt sich dabei auf den Grund, daß das Gesetz seinen eigenen Willen: Strafflosigkeit des anderen (notwendigen) Teilnehmers, doch durch Anwendung der Bestimmung über die Teilnahme nicht indirekt aufheben könne, also auf einen dialektischen Grund, *Freudenthal* S. 110 ff. auf den bereits erwähnten und widerlegten realen Grund, daß Teilnahme als bloße Gefährdungshandlung nicht strafbar sein könne, während die Verletzungshandlung straflos sei; das RG. führt für die entgegengesetzte Ansicht wiederum den dialektischen Grund an, daß die Bestimmungen über Teilnahme allgemein anzuwenden seien, falls nicht das Gesetz ihre Anwendung besonders ausgeschlossen habe.

Eine absolut geltende, allgemeine Entscheidung wird sich in der fraglichen Beziehung über derartige Gesetzesbestimmungen nicht geben lassen. Es ist denkbar, daß das Gesetz, ungeachtet es direkt nur die eine der beteiligten Personen als straffällig bezeichnet, die Straffälligkeit auch der anderen rationell wollen muß, sofern diese sich einer weitergehenden Teilnahmehandlung schuldig macht; nur so kann vielleicht der Zweck des Gesetzes vollständig erreicht werden, und man muß zugeben, daß es z. B. nicht unbedenklich erscheint, den Gläubiger straflos zu lassen, der etwa besondere Überredungskünste oder Pressionsmittel anwendet, um von dem Gemeinschuldner eine nach KO. § 241 verbotene Befriedigung zu erlangen, daß also die Entscheidung des RG., ungeachtet nur ein dialektischer Grund angegeben wird, gerade im Falle der KO. § 241 eines realen Grundes nicht entbehrt. Andererseits aber wird da, wo das Gesetz einen Gewerbetreibenden bestraft, weil er im Gewerbebetriebe Handlungen vornimmt, die mit unbestimmter Gefahr für das Publikum verbunden sind, es vielleicht nicht bedenklich erscheinen, daß der notwendige Teilnehmer (Käufer), straflos gelassen werde, da er solche allgemeine Gefahr für das Publikum durch seine Handlung nicht herbeiführt. Der Pression und Überredung wird der Gewerbetreibende, der überhaupt das Gesetz beobachten will,

auch im einzelnen Falle nicht leicht nachgeben. Indes wird in den bei weitem meisten derartigen Fällen es schwer sein, diejenige sozusagen reservierte und notwendige Teilnahme, die das Gesetz freilassen will, von derjenigen mehr aktiven Teilnahme richtig zu unterscheiden, die als Teilnahme bestraft werden soll, und aus diesem Grunde wird es bei derartigen Gesetzen richtiger sein, die Bestimmungen über die Teilnahme nicht in der fraglichen Weise anzuwenden. Dies entspricht auch den allgemeinen Grundsätzen der Interpretation von Strafgesetzen.

§ 380. Da jede Teilnahme für die Tat in irgend einer Weise kausal sein muß, ist eine erst der Vollendung nachfolgende Teilnahme ausgeschlossen. Moralische Tendenzen,<sup>235)</sup> denen wir im Mittelalter zuweilen begegnen, haben jedoch in der älteren Jurisprudenz zur Erörterung der Frage geführt, ob nicht die Genehmigung (*Ratihabition*) eines Verbrechens zu bestrafen sei. Möglicherweise ist die bejahende Ansicht aber auch dadurch aufgekommen, daß infolge der mannigfachen im Mittelalter existierenden Abhängigkeitsverhältnisse schwere Verbrechen oft auf stillschweigend oder versteckt erteiltes Mandat begangen wurden, das dann schwer nachzuweisen war. Man berief sich für die bejahende Ansicht wohl auf L. 152 § 2 D. de R. J., eine Stelle, die nur redet von der privatrechtlichen Haftung für eine genehmigte gewaltsame Besitznahme. Doch ist vielleicht *Clarus* (§ fin. qu. 87 n. 5) der letzte unter den bedeutenderen Juristen, der noch ernstlich an die Zulässigkeit einer Bestrafung der *Ratihabition* in dem Falle denkt, daß ein nicht wesentlich wegen eigener *Libido* zu begehendes Verbrechen, insbesondere ein *Homicidium* im Namen des Mandanten begangen war.<sup>236)</sup> Nur bei sog. Dauerverbrechen, d. h. bei solchen Verbrechen, welche nach dem

<sup>235)</sup> Vgl. auch Kap. 23 in VI. 5, 11 und in Ansehung der Attentate gegen Kardinäle Kap. 5 in VI. 5, 9. Nach der ersten dieser Stellen wird allerdings vorausgesetzt, daß das Verbrechen im Namen des Ratihabierenden begangen sei. Eine derartige Vorschrift konnte allerdings mit Rücksicht auf die Verhältnisse des Mittelalters nicht als völlig widersinnig bezeichnet werden.

<sup>236)</sup> Siehe dagegen *Menochius* c. 352 n. 19, der allerdings nur die *Poena ordinaria* ausdrücklich ausschließt, besonders aber *Mattheus* proleg. c. 1 n. 14; *Kress* Art. 177 § 9; *Hefter* § 82 Anm. 3. Heutzutage denkt niemand mehr daran, die *Ratihabition* eines bereits begangenen Verbrechens als Teilnahme aufzufassen.

Gesetz als Unterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes nicht durch einen einmaligen Willensakt, sondern durch einen fort-dauernden rechtswidrigen Willen aufgefaßt werden, ist nach der Vollendung eine wirkliche Teilnahme denkbar, und in der Ratihabition eines bereits begangenen Deliktes kann auch die Begehung eines neuen selbständigen Deliktes liegen, z. B. einer Beleidigung, wenn jemand seine Freude über die einem anderen widerfahrene Mißhandlung in beleidigender Weise äußert.

Das frühere gemeine Recht und im gewissen Umfange auch ausländische Rechte kennen freilich auch eine Art Teilnahme in der sog. Begünstigung und besonders der Hehlerei, welche erst nach der Vollendung des Verbrechens und gewissermaßen als eine Befestigung (Perpetuierung) der Folgen des Verbrechens betrachtet wird, davon wird unten besonders zu reden sein.

§ 381. Die Behandlung der Teilnahme im sog. internationalen Strafrecht ist bereits Bd. 1 § 65 erledigt worden. Es mag hier nur an das Ergebnis erinnert werden, daß für jeden einzelnen Teilnehmer das Gesetz des Ortes entscheidend ist, wo er handelt, nicht das Gesetz, wo der Täter handelt, nur daß die nach letzterem Gesetze geltende Strafflosigkeit der Haupthandlung auch jedem Teilnehmer zugut kommen muß. Analog gilt dies auch für den freilich seltener vorkommenden Fall einer zwischen dem Zeitpunkte der Handlung des Teilnehmers und dem Zeitpunkte der Handlung des Täters etwa erfolgten Änderung des Strafgesetzes.

Vielleicht wird aber jetzt, nachdem die Lehre von der Teilnahme in der Hauptsache erörtert worden ist, die entgegengesetzte Ansicht, welche für Zeit und Ort die Handlung des Täters entscheiden lassen will, noch weniger als begründet erscheinen. Diese Ansicht stützt sich wesentlich auf den sog. akzessorischen Charakter der Teilnahme.<sup>237)</sup> Aber dieser bedeutet wie wir gesehen haben nicht, daß die Handlung des Teilnehmers nur ein Teil der Handlung des Täters wäre, vielmehr, daß der Teilnehmer (Anstifter und Gehülfe) einen bedingten Vorsatz hat, und daß die Strafbarkeit der Handlung des Teilnehmers von der Strafbarkeit der Handlung des Täters

<sup>237)</sup> Vgl. dagegen die treffenden Ausführungen *Kitsingers*, Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht S. 217 ff.

abhängt. Der bedingte Vorsatz kann aber einem örtlich oder zeitlich verschiedenen Strafgesetze nicht unterwerfen, und für die Frage der Strafbarkeit ist die Frage des örtlichen, bzw. zeitlichen Herrschaftsgebietes des Strafgesetzes Vorfrage, nicht aber kann die Strafbarkeit die örtliche, bzw. zeitliche Herrschaft eines Strafgesetzes bedingen.

## Notwendige Teilnahme.<sup>238)</sup>

§ 382. Es gibt Delikte, die ihrem Begriffe, oder wie man sagen kann, ihrem gesetzlichen Tatbestande<sup>238 a)</sup> nach, voraussetzen, daß mehrere Personen dabei tätig sind, daß also die Tätigkeit des einen ohne die im Gesetze bezeichnete Tätigkeit des anderen — mag diese verschieden oder gleichartig sein — den Tatbestand des Deliktes nicht herstellen kann (so der Zweikampf, die Bigamie, der Aufruhr, der verbotene Stimmenkauf und Verkauf StGB. § 109) und bei denen das Gesetz die mehreren Teilnehmer (selbstverständlich ihre Zurechnungsfähigkeit vorausgesetzt) auch zweifellos gleichmäßig strafen will. Es fragt sich, ob bei diesen Delikten der sog. notwendigen Teilnahme (*Concursus necessarius*) auf diejenigen Personen, welche den Tatbestand des Deliktes als Hauptpersonen<sup>239)</sup> unmittelbar verwirklichen, die Grundsätze der Teilnahme anzuwenden seien.

Der Ausdruck *Concursus necessarius* ist erst seit *Martin* (Lehrb. § 72) aufgenommen,<sup>239 a)</sup> die Frage zuerst bei *Berner* gründlich behandelt worden.<sup>240)</sup> *Berner* (Teiln. S. 165, 168) verneinte zuerst die Anwendung der allgemeinen Lehre von der Teilnahme deshalb, weil das Objekt des Verbrechens hier

<sup>238)</sup> Besonders genaue kritische Darstellung der verschiedenen Ansichten gibt die schon mehrfach zitierte Monographie *Freudenthals*.

<sup>238 a)</sup> Es dürfte auf das gleiche hinauskommen, ob man mit *Kries*, Zeitschrift 7 S. 756 sagt „dem Begriffe nach“ oder statt des Ausdruckes Begriff den Ausdruck „gesetzlicher Tatbestand“ wählt, welchen letzteren Ausdruck *Freudenthal* S. 100 ausschließlich für richtig erklärt. — Setzt ein Delikt in einfacher Form nicht die Tätigkeit mehrerer Personen voraus, während es als qualifiziertes solche Tätigkeit verlangt, so ist für das qualifizierte Delikt ein gesonderter Begriff vorhanden.

<sup>239)</sup> Daß die Grundsätze über die Teilnahme Anwendung finden auf solche Personen, die nicht als Hauptpersonen den Tatbestand des Deliktes unmittelbar verwirklichen, wird einem Zweifel nicht unterliegen. Es kann jemand zu einem Zweikampf, einem Aufruhr anstiften, zu einer Bigamie Beihülfe leisten.

<sup>239 a)</sup> Auf die Sache selbst hat wohl zuerst *Stübel*, Tatbestand d. Verbr. § 28 aufmerksam gemacht.

<sup>240)</sup> Ihm folgten *Zachariat*, Arch. d. Cr. 1850 S. 268 und *Langenbeck* S. 141.



identisch sei mit der mithandelnden Person; die mithandelnde Person soll deshalb der anderen gegenüber nur als „Objektivität“ in Betracht kommen. *Köstlin*<sup>241)</sup> erblickte das Wesen der wahren im Gegensatz zur notwendigen Teilnahme darin, daß bei der wahren Teilnahme ein verbrecherisches Handeln durch Zutritt von Teilnehmern ohne Not verstärkt wird. Die Grundsätze der wahren Teilnahme sollen danach auf die notwendige unanwendbar sein. Die entgegengesetzte Ansicht vertritt sodann *Hälschner*; er sieht nicht ein, weshalb die Duellanten nicht als Miturheber, die Sekundanten als Gehülfen des Zweikampfes betrachtet werden können,<sup>242)</sup> und der Verteidigung dieser Ansicht hat *Schütze*<sup>243)</sup> seine Monographie gewidmet; aber gleichwohl hält er, während nach der herrschenden von *Schütze* geteilten Ansicht nur schuldhafte Personen Teilnehmer im gewöhnlichen Sinne sein können, es nicht für erforderlich, daß bei der notwendigen Teilnahme alle Teilnehmer strafrechtlich verantwortlich seien. Die notwendig Beteiligten bezeichnete er als Miturheber.<sup>244)</sup> *Geyer* und *Liszt*<sup>245)</sup> halten die Aufstellung der Kategorie der notwendigen Teilnahme für unrichtig. Notwendige Teilnahme sei, sagt *Geyer*,<sup>246)</sup> ein Sammelname für eine Anzahl verschiedenartiger Verbrechenstatbestände, die nur das gemeinsam haben, daß irgend eine (nicht immer dolose) Beteiligung mehrerer Personen Begriffsmerkmal sei. Bei den meisten Autoren läßt aber eine klare Ansicht, unter welchen Voraussetzungen notwendige Teilnahme anzunehmen sei, sich kaum feststellen; die Grundsätze von der Mittäterschaft scheint man meist nur anwenden zu wollen, wenn die notwendigen Teilnehmer dolos handeln.<sup>247)</sup>

Eine schon von *Schütze*<sup>247 a)</sup> bemerkte Verschiedenheit benutzt die neue Monographie *Freudenthals*, um das Wesen der notwendigen Teilnahme festzustellen und die möglichen zweifelhaften Fälle solcher Teilnahme besonders genau zu

<sup>241)</sup> System 257 Anm. 2 S. 348.

<sup>242)</sup> System des preuß. Strafrechts 1 S. 299.

<sup>243)</sup> Vgl. besonders S. 318, 319, 369.

<sup>244)</sup> Derselben Ansicht ist *Buri*, GS. 22 S. 221, besonders S. 226.

<sup>245)</sup> § 49 IV. 3.

<sup>246)</sup> In *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 323.

<sup>247)</sup> Über verschiedene Ansichten, die zum Teil wenig scharf ausgedrückt, zum Teil nicht weiter begründet sind, vgl. *Freudenthal* S. 17—22.

<sup>247 a)</sup> Notw. Teiln. S. 318.

untersuchen. Es ist die Unterscheidung von Begegnungs- und andererseits Konvergenzdelikten.<sup>248)</sup> Bei den ersteren wollen die notwendigen Teilnehmer zunächst etwas Verschiedenes, z. B. jeder Duellant will den Gegner verletzen; das Gesetz konstruiert aber aus diesen verschiedenen Erfolgen ein Gesamtverbrechen. Daraus folgert *Freudenthal* (S. 13), daß bei der Unabhängigkeit des Willens der notwendigen Teilnehmer es für die Verurteilung des einen gar nicht darauf ankomme, ob der andere strafbar sei; er ist, wenn dieser schuldlos ist, Alleintäter; dagegen soll es unmöglich sein, daß ein Mittäter des vollendeten, ein anderer des versuchten Deliktes sich schuldig mache; denn entweder sei der tatbestandmäßige (Gesamt-) Erfolg erreicht; dann könne kein Mittäter eines bloßen Versuches schuldig sein. Oder er sei nicht erreicht, dann könne keiner das Delikt vollendet haben. Dagegen sei es allerdings möglich, daß einer der Teilnehmer des Versuchs, ein anderer nur einer Vorbereitungshandlung schuldig sei (S. 47). Bei den Konvergenzdelikten entwickelt jeder Teilnehmer, wie z. B. beim Aufruhr, dieselbe Tätigkeit, ihr Zusammenwirken bildet das Delikt. Auch hier entscheidet sich *Freudenthal* dafür, daß Mittäterschaft vorliegen könne, aber nicht vorzuliegen brauche, es könne jemand auch mit zurechnungsunfähigen Personen zusammen einen Aufruhr, einen gewaltsamen Hausfriedensbruch begehen (vgl. insbes. S. 183): nur einer brauche vorsätzlich gehandelt zu haben. Eine Teilnahme bleibt die notwendige Teilnahme nach *Freudenthal* (S. 190) aber insofern immer, als der notwendige Teilnehmer nicht auch noch wegen Teilnahme an der Handlung des anderen bestraft werden kann, und es macht dabei keinen Unterschied, ob das Gesetz nur den einen Teilnehmer ausschließlich für straffällig erklärt. Bei dem Verbrechen mit notwendiger Teilnahme ist, damit schließt *Freudenthals* Erörterung, die Teilnahme (im technischen Sinne) keine notwendige.

Die Lösung der Schwierigkeit<sup>249)</sup> dürfte einfach folgende sein.

<sup>248)</sup> S. 1, S. 122.

<sup>249)</sup> Die Frage der Verjährung der Handlungen der verschiedenen Teilnehmer, die *Freudenthal* S. 41 (vgl. auch *Olshausen* Nr. 29 zu § 47) nach der Theorie der notwendigen Teilnahme entscheiden will, dürfte wesentlich von der Auffassung des Grundes vom Zwecke der Verjährung abhängen.

§ 383. Das Gesetz betrachtet bei allen die Mitwirkung mehrerer Personen erfordernden Delikten, sofern nicht Unterschiede besonders gemacht werden, diese Personen als Mittäter, wie dies auch der allgemeinen Meinung entspricht. Mittäterschaft aber ist nicht Teilnahme im wahren Sinne.<sup>250)</sup> Der Mittäter hat nicht, wie der Anstifter oder Gehülfe, einen durch die Tat des Täters bedingten Dolus; er ist selbständig verantwortlich und kann daher verantwortlich sein, während ein anderer Mittäter es nicht ist, obschon das Ergebnis der Tätigkeit des nicht verantwortlichen Mittäters möglicherweise der Tätigkeit des verantwortlichen unter Umständen hinzugerechnet werden kann und bei den hier fraglichen Delikten eine gewisse Mitwirkung irgend eines Mittäters zur Vollendung, ja zum Versuche erforderlich sein mag. So sind die Grundsätze der eigentlichen Teilnahme nicht anwendbar mit Ausnahme des einzigen negativen Satzes, daß der notwendige Teilnehmer, weil er Mittäter ist, nicht zugleich der Teilnahme an der eigenen Tat schuldig sein kann, also nicht nebenher z. B. noch wegen Anstiftung eines anderen notwendigen Teilnehmers bestraft werden kann, ein Grundsatz, der auch dem unbefangenen Rechtsbewußtsein leicht einleuchten wird.<sup>250a)</sup> Wer ein solches zur Begehung mehrere Personen erforderndes Delikt überhaupt begehen will, kann es kaum anders als indem er sich diese Personen sucht oder bei dem Unternehmen festhält.

Die Untersuchung also, wann bei der sog. notwendigen Teilnahme die Strafbarkeit wegen Versuchs beginnt, und ob neben dem zurechnungsfähigen Teilnehmer (richtiger Mittäter noch ein weiterer zurechnungsfähiger Teilnehmer oder eine Mehrzahl solcher Teilnehmer vorhanden sein kann, ist nicht allgemein, vielmehr nur nach Maßgabe der juristischen Natur der einzelnen Deliktsarten zu beantworten. So setzt der Zwei-

<sup>250)</sup> Daher sondert *Finger* 1 S. 355 (vgl. S. 342) auch systematisch richtig die Mittäterschaft von der Teilnahme (Anstiftung und Beihülfe). — Die Aufnahme der Mittäterschaft in die Lehre von der Teilnahme empfiehlt sich nur aus dem praktischen Grunde, daß die Unterscheidungsmerkmale von Mittäterschaft und Beihülfe festzustellen sind. — Dagegen schreibt *Birkmeyer* (vgl. Teilnahme bes. S. 148) auch der Mittäterschaft akzessorischen Charakter zu und bezeichnet sie als wirkliche Teilnahme. Dies ist undurchführbar. Die Strafbarkeit eines Mittäters kann nicht allgemein wie die eines Anstifters oder Gehülfs von der Strafbarkeit eines anderen Mittäters abhängen.

<sup>250a)</sup> Es ist auch durch die Praxis des RG. anerkannt. Vgl. z. B. Entscheidungsgünde RG. IV. 8/1. 97 E. 29 S. 305 und dazu *Freudenthal* S. 95.

kampf m. E. unzweifelhaft voraus, daß die Duellanten zurechnungsfähig seien,<sup>251)</sup> während bei Ehebruch und Bigamie und Aufruhr sich über diese Frage streiten läßt, die ich freilich verneinend beantworten möchte. In Wahrheit lösen denn auch, abgesehen von jener allgemein negativ zu beantwortenden Frage, ob der notwendige Teilnehmer nebenbei auch einer gewöhnlichen Teilnahme an der Tat schuldig sein könne, die interessanten Untersuchungen *Freudenthals* sich auf in solche Spezialbetrachtungen über einzelne Delikte, und zwar so, daß auch die von *Freudenthal* zugrunde gelegte Einteilung in Begegnungs- und Konvergenzdelikte als überflüssig und irreleitend sich erweist, zumal viele Delikte ebensogut der einen wie der anderen Klasse zugeteilt werden können: es kommt dabei nur darauf an, wie man den Erfolg auffaßt. Wenn der Erfolg beim Zweikampf gedacht wird als Schädigung oder Gefährdung des einen Gegners durch den anderen, so ist der Zweikampf, wie *Freudenthal* annimmt, Begegnungsdelikt. Sagt man aber, die Duellanten wollen beiderseitig ihr Leben durch eine gemeinsame Tätigkeit freventlich gefährden, so ist der Zweikampf Konvergenzdelikt usw.

Aber auf folgendes ist aufmerksam zu machen. Wenn das Delikt Zurechnungsfähigkeit (oder Dolus) der mehreren notwendigen Teilnehmer voraussetzt, so wird der zurechnungsfähige Teilnehmer, der wissentlich mit einem zurechnungsunfähigen Teilnehmer das Delikt begeht, mittelbarer Täter (Urheber) des gesamten Enderfolges, und damit kann der Charakter des Delikts, dessen der Zurechnungsfähige schuldig ist, sich wesentlich ändern. Wer, wissend, daß sein Gegner zurechnungsunfähig ist, ihn im Zweikampf verletzt oder tötet, ist nicht wegen Zweikampfes, vielmehr wegen doloser Körperverletzung (den Umständen nach wegen doloser Körperverletzung mit tödlichem Erfolge oder wegen Mordes oder Totschlags) zu verurteilen. Wer die Zurechnungsunfähigkeit seines Gegners nicht kennt, kann nur wegen Zweikampfes verurteilt werden; denn sein Vorsatz war nur auf Zweikampf gerichtet, nicht auf Körperverletzung oder Tötung außerhalb eines Zweikampfes.

<sup>251)</sup> Übereinstimmend *Liszt* § 49 Anm. 7.

## Begünstigung.

§ 384. Logisch betrachtet ist eine Teilnahme nicht mehr möglich, sobald das Verbrechen vollendet ist. Indes wer dem Verbrecher nach begangener Tat dazu behülflich ist, sich ungestört durch die zivile von dem Verletzten ausgehenden Rechtsverfolgung, dessen zu erfreuen, was er durch das Verbrechen erlangt hat, oder ihn schützt vor der strafenden Gerechtigkeit, die im Interesse aller einschreitet (wer, wie der deutsche Ausdruck lautet, den Verbrecher begünstigt), macht sich doch im gewissen Sinne zum strafwürdigen Genossen, zum Mitschuldigen des Verbrechers; denn das ungesühnte Verbrechen, zumal wenn es dem Verbrecher greifbare Vorteile gebracht hat, kann im weiteren Sinne als fortdauernd angesehen werden. Und weiß der Verbrecher namentlich bei solchen Taten, welche die allgemeine Sicherheit besonders beeinträchtigen, daß er nach der Tat leicht solchen Schutz bei bestimmten Personen finden werde, so liegt der Gedanke nahe, diese Personen, wenn sie dann wirklich jene Förderung dem Verbrecher nach der Tat gewähren, als indirekt Schuldige zu behandeln; sie provozieren nicht besonders das einzelne Verbrechen; aber sie ermuntern allgemein zur Begehung gewisser Straftaten; wären sie nicht, so würden diese, sagt man, nicht oder nur selten begangen. Häufigkeit oder Gewerbsmäßigkeit solcher Beistandsleistungen nach der Tat kann daher sogar eine besonders strenge Strafe rechtfertigen.

Andererseits liegt aber auch die Auffassung nicht fern, daß jene dem Verbrecher nach der Tat gewährte Förderung, ein Trotz bieten gegenüber der Rechtsverfolgung besonderer Art, also ein Delikt eigener Art sei. Das ist logisch richtiger. Aber die Schuld des solchergestalt die Rechtsverfolgung Hindernden scheint immer abhängig, sowohl nach Existenz wie nach ihrem Maße von dem Verbrechen, das gegen die Rechtsverfolgung geschützt wird. Die Behandlung der Begünstigung als völlig selbständiges Verbrechen wird daher sich nicht durchführen lassen. Es wird aber aus dem Gesagten erklärlich, wie Theorie, Gesetzgebung und vielleicht selbst die Volksansicht hier verschiedenen Auffassungen folgen können.

§ 385. Im römischen Rechte ist wohl der älteste Fall der Begünstigung die Verhehlung der gestohlenen Sachen im Einverständnis mit dem Diebe. Die Handlung wird nach den XII Tafeln als besonderes Eigentumsdelikt dem *Furtum* zur Seite gestellt (Gaj. III, 186).<sup>252)</sup> Derjenige, bei dem mittels feierlicher Haussuchung die gestohlene Sache gefunden wird, zahlt den dreifachen Wert als Strafe. Sodann wurden in dem *Scum de Bacchanalibus* diejenigen bestraft, welche die nach diesem Senatsschlusse Verfolgten verborgen hielten, ihnen zur Flucht behülflich waren (Livius 39, c. 17).

Daß andere Fälle von (nicht vorher zugesagter) Begünstigung in der Zeit der Republik bestraft wurden, ist bis jetzt nicht nachgewiesen. Dagegen wird in der Kaiserzeit (*extra ordinem*) die Bestrafung der *Receptores* (oder *Receptatores*) üblich. Es sind Personen, welche wissentlich denjenigen Unterschlupf gewähren, die sich schwerer Eigentumsverbrechen schuldig gemacht haben;<sup>253)</sup> vielleicht sind nur solche als *Receptores* — *pessimum genus* —<sup>254)</sup> gemeint, die gewohnheits- oder gewerbsmäßig jenen Verbrechern solche Förderung leisteten. Meist erleiden sie dieselbe Strafe, von welcher das Verbrechen getroffen wird.<sup>255)</sup> Doch wird nach L. 1 C. de des. 12, 45 auch derjenige bestraft, der nur einmal einen Deserteur wissentlich bei sich aufgenommen hat.

Es ist oben bemerkt worden, daß im älteren deutschen Rechte bei der mangelhaften Organisation des Staates in gewissem Umfange eine allgemeine Verpflichtung zur Hinderung schwerer Verbrechen dem Rechtsbewußtsein der Zeit entsprechen konnte. Damit stimmt überein, daß das Schützen und Hegen von Verbrechern selbst wieder als schwere Mißtat, als Auflehnung gegen das Gemeinwesen behandelt wurde. Wer für den Friedlosen, den Geächteten sorgt, ist selbst Feind des Gemeinwesens, sagen nordische Quellen, und nach einem Kapitular Karls des Großen<sup>255a)</sup> wird, wer einen *Latro* und *infidelis*

<sup>252)</sup> In § 4 I. 4, 1 heißt es sogar: „*Manifestissimum est, quod omnes qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.*“ Vgl. L. 14 C. 6, 2.

<sup>253)</sup> *Sacrilegi, fures, latrones, plagiarii* (L. 15 D. de off. prac. 1, 18), *abigeei* (L. 3 § 3 D. 47, 14). Mommsen S. 775, auch S. 747.

<sup>254)</sup> L. 1 D. 47, 16.

<sup>255)</sup> *Receptores non minus delinquent quam aggressores* L. 3 § 3 D. 47, 9.

<sup>255a)</sup> *Cap. per missos cognita facienda* c. 2.

aufnimmt, gleich diesem behandelt. (Es fehlt aber auch nicht an Bestimmungen für einzelne Fälle.) Nach der älteren *Lex Salica* büßt mit dem halben, nach der jüngeren mit dem ganzen Wergelde, wer einen noch Lebenden vom Galgen nimmt, und Todesstrafe bestimmt die *Lex Salica* dem, der den gebundenen Verbrecher dem Richter entreißt und dadurch der Strafe entzieht; ja wer den von ihm selbst gebundenen Dieb ohne des Richters Erlaubnis wieder frei läßt, zahlt nach der *Lex Ribuaria* (73, 1) 60 solidi Strafe, und ebenfalls nach der *Lex Ribuaria* (78) wird, wer einen Dieb aufnimmt, gleich dem Diebe verurteilt. Wer dem Diebe die gestohlenen Sachen aufbewahrt und den Besitz ableugnet, wird nach der *Lex Bajuuv.* 9, 15 als Dieb behandelt.<sup>256)</sup> Die gleiche Bestrafung von Täter und Begünstiger findet sich sodann in mehrfacher Anwendung in Konstitutionen späterer deutscher Kaiser bei Landfriedensbruch, Räuberei und Diebstahl und setzt sich fort in vielfachen Bestimmungen der Stadtrechte des Mittelalters, wie denn auch der Sachsenspiegel II, 13, 6 sagt: „Die düve hudet oder rof . . . werdet sie des verwunnen, man sol over sie richten als over jene,“ und sprichwörtlich<sup>257)</sup> heißt es: „Der Hehler ist so gut wie der Stehler.“ Andererseits fehlt es nicht an feineren Unterscheidungen, die zum Teil selbst unserem hier nach der Schablone redigierten zu sehr generalisierenden modernen Rechte als bessere Muster vorgehalten werden könnten<sup>258)</sup> — selbstverständlich freilich in einer anderen den modernen Verhältnissen entsprechenden Fassung.<sup>258a)</sup>

<sup>256)</sup> Andere besondere Bestimmungen bei *Wilda*, Strafr. d. Germanen S. 286; *Brunner*, D. Rechtsgeschichte 2 S. 575. Vgl. auch darüber bes. *Rethwisch* 17 und namentlich *Friderici* I const. 1150, *Friderici* II const. pac. a. 1235 § 14. *Rudolfi* I const. pacis in *Franconia*.

<sup>257)</sup> Vgl. Goslarsche Statuten S. 38. — Nach Schwabensp. 174 wird: „wer einen Dieb oder Mörder huset oder horet“ ebenso wie der Mörder bestraft. — Über die Behandlung der Begünstigung in verschiedenen Fällen vgl. namentlich *Frits.* Strafr. des Sachsenspiegels S. 91—98. Das bloße Beherbergen eines verfesteten Mannes wird mit dem „Gewette“ gebüßt. Vgl. dagegen über förmlichen Schutz eines verfesteten Missetäters in einer Burg: Sächs. Landr. II. 72 § 1, III. 60 § 3. Taidigung ist nach dem Sachsenspiegel erlaubt, während sie in früherer Zeit bei den von Amtswegen zu verfolgenden Verbrechen verboten war.

<sup>258)</sup> So die Unterscheidung der Fälle, daß der Verbrecher, den jemand beherbergt, bereits verfestet ist oder nicht, daß er bereits gebunden ist oder nicht. Vgl. darüber *John*, Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit d. Rechtsbücher (I) S. 234—256.

<sup>258a)</sup> Wenn es übrigens in manchen Rechtsquellen vom Begünstiger heißt. wer den Missetäter bei sich aufnehme, verberge, nehme dessen Schuld auf sich.

§ 386. Mildere Bestrafung finden wir nicht selten, wenn auch keineswegs als Regel, in den italienischen Statuten des späteren Mittelalters.<sup>259)</sup> Dagegen wird in der gelehrten italienischen Jurisprudenz<sup>260)</sup> die Ansicht herrschend, daß Begünstigung Beihülfe nach der Tat und daher, analog der Beihülfe vor der Tat, im Vergleich zur Täterschaft milder zu bestrafen sei; wenn ausnahmsweise Beihülfe, vor der Tat geleistet, aber *causam dans delicto*, der Täterschaft gleich bestraft wurde, so paßte diese Ausnahme selbstverständlich nicht für die der Tat erst nachfolgende Begünstigung.<sup>260a)</sup> Begünstigung beim Diebstahl ist aber von vielen auf Grund der römischen Bestimmung über die Receptatores dem Diebstahl in der Strafe gleichgestellt worden.<sup>161)</sup> Und in Konsequenz des alten Rechtsatzes über die Strafwürdigkeit desjenigen, der einen Friedlosen (*infidelis*) aufnahm, wurde auch mehrfach die Ansicht vertreten, daß den Receptator eines Bannitus die gleiche Strafe wie den Bannitus selbst treffe. Da die Banniti oft wirkliche Feinde der bestehenden Regierung einer Stadt oder eines Fürsten waren, so lag es freilich nahe, den Receptator als Mitverschworenen zu betrachten, und allgemein wurde solche Receptatio als ein wichtiges Indicium der wirklichen Teilnahme, namentlich bei vorherigem Versprechen der Receptatio, angesehen als ein Indicium, welches die Anwendung der Tortur wegen Verdachts solcher Teilnahme rechtfertigte.<sup>262)</sup>

Ob die *Carolina* unter der „hilff, beistand oder fürderung“ „zu übung eyner missthat“ (Art. 177) auch die Begünstigung mitverstanden habe, ist bestritten, indes mit Rücksicht darauf, daß nach der Theorie der Italiener die Begünstigung als Beihülfe (nach der Tat) betrachtet wurde, anzunehmen.<sup>263)</sup> Es

---

so ist dies nur ein anderer Ausdruck für den Ausspruch, daß der Begünstiger sich zum Genossen des Verbrechers mache, also als Teilnehmer am Verbrechen behandelt werden solle; denn straffrei wurde der Verbrecher durch die Handlung des Begünstigers nicht.

<sup>259)</sup> Vgl. darüber *Kohler*, Strafr. d. italienischen Statutes S. 260—270.

<sup>260)</sup> *Gandinus*, *Rubr. de homicid.* n. 8; *Menochius* c. 349 n. 21, 22. — *Aretinus*, *Rubr. Et Ardream* n. 5 betrachtet die Begünstigung nur im uneigentlichen Sinne als Beihülfe.

<sup>260a)</sup> Vgl. namentlich die Argumentation bei *Clarus* qu. 90 n. 8 und n. 2.

<sup>261)</sup> *Bonifacius de Vitalinis*, *Rubr. de receptatoribus furum* n. 1. Als besonderes Delikt wurde freilich die Hehlerei nicht behandelt.

<sup>262)</sup> Vgl. darüber *Farinacius* Pr. qu. 132 u. 133.

<sup>263)</sup> Vgl. besonders *Brunnenmeister*, Quellen der Bambergensis S. 128;



kommt aber auf diese Kontroverse insofern nicht an, als zweifellos die Begünstigung nach Maßgabe der italienischen Theorie auch nach dem Erscheinen der CCC als strafbar betrachtet, aber stets milder als die Tat und arbiträr, oft nur mit Geldstrafe geahndet wurde.<sup>264)</sup> *Carpzov*<sup>265)</sup> spricht insbesondere sich auch dagegen aus, die Begünstigung beim Diebstahl mit der vollen Strafe des Diebstahls zu ahnden.

§ 387. Die deutschen Landesgesetzgebungen,<sup>266)</sup> insoweit sie sich überhaupt über die Begünstigung aussprechen, bis zur Mitte des XVIII. Jahrhunderts<sup>267)</sup> fassen ebenso wie die Theorie die Begünstigung, und zwar mit Einschluß der Hehlerei als eine Art der Teilnahme am Verbrechen auf. Eine andere Auffassung der Begünstigung beginnt erst mit *Kress* (ad. CCC 177 Nr. 2) der als *Socius* des Verbrechens in Anschluß an *Pufendorfs* Ursachentheorie nur denjenigen betrachtet, der *antecedenter* mitgewirkt hat, aber doch wieder den „*qui quaestu participat*“ oder „*criminosum receptat*“ zu den „*sociis delicti*“ zählt. Mit größerer Konsequenz verfährt *Boehmer*. Der Begünstiger ist ihm nur *Socius delicti* im weiteren Sinne, und die Strafe soll sich nach der eigenen Handlung des Begünstigers, nicht nach der des begünstigten Deliktes richten.<sup>268)</sup> In der Dissertation von *Eisenhart de vera criminis socii notione* (§ 19) von 1750 findet sich aber bereits der Satz, daß die Receptatio „*peculiare aliquod delictum constituit*“, und ebenso ist in der *Theresiana* (Art. 3 § 12) gesagt, daß wer nach vollbrachter Tat dem Täter helfe, nicht als „Mitwirkter“ angesehen werden könne, vielmehr sich einer besonderen Missetat schuldig mache,<sup>269)</sup> eine Auffassung die auch in Josephs II. Gesetzbuch § 8 und in dem Österr. GB. 1803 (§ 6) freilich mit erheblicher Inkonsequenz § 162 (bzw. §§ 165, 175) beibehalten wird,<sup>270)</sup> während das preuß. allg.

*Heimberger* S. 252; *Boehmer* ad Art. 177 § 1; *Geib* 2 S. 340; *Rethwisch*, Begünstigung S. 21.

<sup>264)</sup> Vgl. auch die Rechtspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577 über die Begünstigung der Gotteslästerer und den Landfrieden Karls V. v. 1548 Tit. 16 § 1 1555 § 46 über die Begünstigung der Friedensbrecher.

<sup>265)</sup> Qu. 87 n. 36.

<sup>266)</sup> Nachweisungen bei *Heimberger* S. 250—267.

<sup>267)</sup> Vgl. auch *Codex Max Bavar.* II. §§ 8, 14, 15, 19.

<sup>268)</sup> Ad. CCC. 177 § 1.

<sup>269)</sup> Vgl. auch *Theresiana* Art. 102 § 1.

<sup>270)</sup> Übereinstimmend GB. von 1852 §§ 6, 211 ff. Vgl. darüber auch *Binding* Lehrb. 2 S. 663.

Landr. II, 20 § 83, 84 die Begünstigung im Anschlusse an die alte Theorie als Teilnahme behandelt. Diese ältere Auffassung der Begünstigung als einer Art der Teilnahme (als nicht eigentliche Teilnahme) dauert in der Theorie zunächst fort,<sup>271)</sup> ungeachtet man seit *Stellzer* 1793 der Hilfe oder Teilnahme nach der Tat den zusammenfassenden technischen Namen „Begünstigung“ gibt, ein Ausdruck, der alsbald in der Literatur allgemeine, gesetzliche Aufnahme aber zuerst in dem bayerischen GB. von 1813 gefunden hat. So sagt *Feuerbach* (Lehrb. § 53): „Wer erst nach vollendetem Verbrechen wissentlich an demselben teil nimmt, ist Begünstiger.“

Allmählich gewinnt die abstrakte Logik immer mehr Anhänger. Nachdem *Martin* (Lehrb. § 73) die Begünstigung schon als besonderes Polizeivergehen, gerichtet gegen die Sicherung des allgemeinen Rechtszustandes, charakterisiert, *Sander*<sup>272)</sup> aber eine gewisse Mittelstellung einnehmend unter Aussonderung der gewerbmäßigen Hehlerei sie als „Nebenverbrechen“ aufgefaßt hatte, dessen Strafbarkeit von der des Hauptverbrechens abhängt, traten *Köstlin* (N. Revision S. 479)<sup>273)</sup> *Mittermaier*<sup>274)</sup> *Luden* (Handb. I S. 453) *Berner*<sup>275)</sup> mit Nachdruck für die Auffassung der Begünstigung als eines selbständigen (gegen die Rechtspflege gerichteten) Vergehens ein, und *Hälschner*<sup>276)</sup> gab eine kurz gefaßte Theorie der Begünstigung als eines selbständigen Deliktes.

§ 388. Zwar nicht in dem preußischen Gesetzbuche, welches die Begünstigung im allgemeinen noch in dem der Teilnahme gewidmeten Abschnitte (§ 37) und nur die Hehlerei in den §§ 237—239 als besonderes gegen das Vermögen gerichtetes Delikt behandelte,<sup>277)</sup> ebenso nicht im bayerischen GB. v. 1861, wohl aber

<sup>271)</sup> Vgl. die genauen Nachweisungen bei *Heimberger*, S. 285, 286.

<sup>272)</sup> Arch. d. Cr. 1838 S. 431—463, 1839 S. 248—275.

<sup>273)</sup> Vgl. System I S. 261. Freilich soll nach *Köstlin* das besondere Delikt doch „eine akzessorische Eigenschaft“ hinsichtlich des begünstigten Verbrechens haben.

<sup>274)</sup> Zu *Feuerbachs* Lehrb. § 53 Anm. 1, 2.

<sup>275)</sup> Teiln. S. 6, vgl. auch *Zachariae* Arch. de Cr. 1850 S. 269.

<sup>276)</sup> Preuß. Strafr. 2 S. 556.

<sup>277)</sup> Die Regierung lehnte den Antrag des vereinigten ständischen Ausschusses ab, die Begünstigung von der Teilnahme zu trennen und sie unter die Vergehen gegen die öffentliche Sicherheit zu verweisen, weil doch immer eine innere Verbindung mit der Lehre von der Teilnahme vorhanden sei. *Goldsammer*, Materialien I S. 338.

im deutschen StGB. ist ebenso wie z. B. später im italienischen GB. Art. 225 diese Theorie der Selbständigkeit der Begünstigung zur gesetzlichen Anerkennung gelangt und überwiegt seitdem auch entschieden in der deutschen Doktrin, welche jedoch Übereinstimmung selbst in sehr wesentlichen Punkten vermissen läßt<sup>278</sup>;

Wie bemerkt, hat die Auffassung<sup>279</sup>) der Begünstigung als eines selbständigen Deliktes die abstrakte Logik für sich, und die Konstruktion desselben als doloser Hinderung der Justiz, der Strafjustiz, insofern der Schuldige der Strafe entzogen, der Ziviljustiz, insofern der Berechtigte gehindert werden soll, wieder zu dem Seinigen zu gelangen, scheint einfach und klar, nicht minder die Konstruktion der Hehlerei als eines Eigentumdeliktes.

§ 389. Indes wenn die Hinderung der Justiz, d. h. hier auch die Hinderung der Justiz, die Wahrheit zum Nachteile von Schuldigen zu entdecken, ein Delikt sein soll, warum ist es nicht auch ein Delikt und ein noch schwereres Delikt, die Justiz daran zu hindern, die Wahrheit zu gunsten eines Unschuldigen zu entdecken? D. h. warum ist es nicht auch ein Delikt, wenn Jemand Beweismittel, die dazu dienen würden, einen Unschuldigen vor Strafe oder Untersuchung zu schützen, vernichtet?<sup>280</sup>) Gelangt man nicht schließlich, wenn Hinderung der Justiz, insbesondere der Strafjustiz die eigentliche *Ratio legis* sein soll, dahin, auch dann eine strafbare Handlung anzunehmen,

<sup>278</sup>) Das badische GB. v. 1845 bezeichnete zwar (§ 142) die Begünstigung als besonderes Vergehen, behandelte sie aber im allgemeinen Teile im Anschluß an die Beihilfe.

<sup>279</sup>) Eigentümlich und zum Teil von übertriebener, von den französischen Schriftstellern als fehlerhaft bezeichneter Härte ist die Behandlung der Begünstigung im *Code pénal* (vgl. *Garraud 2* § 681 ff.). Den Hehler von Sachen trifft nach Art. 62 dieselbe Strafe wie den Verbrecher selbst (also die Strafe des Mordes, wenn die Sache durch Mord erlangt ist, nach dem Gesetze von 1832 freilich nicht mehr Todesstrafe); persönliche Begünstigung ist nur als besonderes Vergehen (Art. 248) unter besonderen Umständen strafbar. Es ist in gewisser Weise das umgekehrte System des preußischen Gesetzbuches, welches die persönliche Begünstigung im allgemeinen Teile, die Sachhehlerei im besonderen Teile behandelte. Art. 61 gehört nicht hierher; er bestraft präsumtive vor der That geleistete Teilnahme in einem besonderen Falle. *Ortolan n.* 1308. — Im englisch-nordamerikanischen Rechte wird die Begünstigung (ungefähr in demselben Umfange strafbar wie nach dem früheren gemeinen deutschen Strafrechte) als Teilnahme (*Accessoryship*) nach der Tat (*after the fact*) behandelt. (Doch gibt es über Sachhehlerei noch besondere Bestimmungen). *Archbold-Craies-Stephenson S.* 19—21 L. 1305. *Wharton 1* § 241 ff.; *Bishop 1* § 692 ff.

<sup>280</sup>) Selbst eine dahin wirkende Unterlassung straft das norweg. StGB. § 172. während der schweizerische Vorentwurf Art. 205 die Unterlassung der Anzeige des Schuldigen nur straft, wenn ein Nichtschuldiger in Untersuchung gezogen oder verurteilt ist. — Japanischer Vorentwurf Art. 130: „Wer Beweismittel, welche

wenn die Absicht obwaltet, nicht einen Schuldigen der Strafe, vielmehr einen Unschuldigen der Untersuchung und deren Nachteilen zu entziehen, eine Konsequenz, die doch manche Anhänger der neuen Theorie vermutlich zurückweisen werden, und die einstweilen glücklicher Weise in unserem gegenwärtigen Gesetze noch nicht gezogen ist?<sup>280a)</sup> Und wenn es allgemein ein Vergehen ist, Beweismittel zu vernichten, die zur Überführung eines Schuldigen dienen können, ist dann der Eigentümer auch verhindert, über sein Eigentum zu verfügen, wenn dieses zur Überführung dienen könnte? Muß ich eine Urkunde, die unbestritten mein alleiniges Eigentum ist, die aber, wie ich weiß, zur Überführung eines Fälschers dienen kann, solange aufbewahren, bis etwa die Fälschung verjährt oder der Fälscher gestorben ist? Ist man überall im Leben in der gesetzlichen und sonst gewohnten Bewegungsfreiheit gehindert, sobald man bemerkt, daß das, was man tun will, den Erfolg haben wird, der Justiz ein Beweismittel zu entziehen? Was kann nicht schließlich bei einer völlig freien, und zuweilen auf die unbedeutendsten Kleinigkeiten sich aufbauenden Beweiswürdigung Beweismittel sein? Und wenn Hinderung der Durchführung von Zivilansprüchen hier ein Delikt sein soll, warum ist sie es nicht auch, wenn eine strafbare Handlung nicht mituntergelaufen ist?

Es scheint, daß die Verteidiger der Selbständigkeitstheorie bis jetzt die schwerwiegende Frage, wie denn diese Theorie mit dem gesamten übrigen System unseres Strafrechts harmoniere, insbesondere harmoniere mit der Strafflosigkeit einer Reihe anderer Handlungen, wenig in Betracht gezogen haben. Was aber die berührte Frage des Dolus betrifft, so ist man weder in der deutschen Theorie noch in der Praxis des Reichsgerichts über Widersprüche und Unklarheit hinausgekommen.<sup>281)</sup>

die Strafverfolgung eines anderen betreffen, versteckt, vernichtet, nachmacht oder verfälscht, wird . . . bestraft.“

<sup>280a)</sup> Sie findet sich in dem freilich in seiner Auslegung nicht unbestrittenen Art. 225 des italienischen GB. *Crivellari-Suman*, 6 S. 668. Man soll also, wie mit Recht dagegen gesagt worden ist, die Justiz auch nicht hindern dürfen, Irrtümer zu begehen und solchen Irrtümern Opfer zu bringen, z. B. durch eine langdauernde und quälende Untersuchungshaft eines Unschuldigen. Die Verteidigung solcher Vorschritt kommt schließlich daraus hinaus, der Justiz eine Art Unfehlbarkeit zuzuschreiben, obschon oft, selbst wenn die Tatsachen richtig festgestellt sind, die rechtliche Beurteilung vieler Strafsachen den größten Bedenken unterliegt.

<sup>281)</sup> Das Bewußtsein, daß der Erfolg einer Handlung den Schuldigen

Es wird gesagt, der Zweck der Handlung müsse dahingehen, den Schuldigen der Strafe zu entziehen oder ihm die Vorteile der Tat zu sichern, aber andererseits wird dies für gleichgültig erklärt, da eine Mehrheit von Zwecken, worunter insbesondere ein erlaubter, die Begünstigung nicht ausschließe, und *Köhler* (GS. 61 S. 57) und *Frank* (zu § 256 VL 3), die jene Frage genauer untersuchen, billigen eine Entscheidung des Rg.,<sup>282)</sup> welche es für strafbar erklärt, wenn jemand, um sich nicht selbst zu kompromittieren, eine Begünstigungshandlung vornimmt, während *Frank* doch andererseits den Agenten einer Schiffahrtsgesellschaft nicht für strafbar erachtet, der nur mit Rücksicht auf seine Provision einen Überfahrtsvertrag nach Amerika mit einem Verbrecher (d. h. mit einer Person, die er als noch zu strafenden Verbrecher kennt) abschließt. Die Sache wird nicht klarer, wenn *Köhler* mit einer anderen Entscheidung des Rg.<sup>283)</sup> zur strafbaren Begünstigung fordert, daß die Veritelung der Bestrafung wesentliches Motiv einer persönlichen Begünstigung gewesen sein muß. Man weiß dabei nicht, ob die subjektive Ansicht des Beünstigenden hier entscheiden soll. Soll sie nicht entscheiden, so kann dem Begünstiger ein Motiv imputiert werden, das er in dieser Stärke nicht gehabt hat, vielleicht überhaupt nicht gehabt hat; soll aber die Ansicht des Begünstigenden entscheiden, so kann dieser immer mit Grund behaupten, daß er wesentlich seiner selbst wegen gehandelt habe — wenn er nicht aus reinem Mitleid mit dem Verbrecher gehandelt hat; es wird also dann der offenbar mindest strafbare Fall zu dem allein strafbaren!

Daraus ergibt sich schon eine weitgehende Rechtsunsicherheit. Handlungen, die das allgemeine Volksbewußtsein als strafwürdige in keiner Weise anerkennt, müssen nach dem nicht zu umgehenden Ausdruck des Gesetzes bestraft werden. Wer jemandem, der aus unverschuldeter Not die anvertraute Kasse angegriffen hat, das entstandene Defizit mitleidig deckt, muß die Strafe der Begünstigung erleiden; ebenso der Prinzipal, der entdeckt hat, daß ein Kommis ihn bestohlen hat, ihm verzeiht

begünstigen werde, soll allerdings nicht ausreichen. Vgl. *Hälschner* 2 S. 880; *Oltshausen* zu § 256 RG. IV. 10./5. 92 E. 23 Nr. 31 S. 106.

<sup>282)</sup> IV. 1./2. 99 (E. 32 Nr. 9 S. 25).

<sup>283)</sup> IV. 21./9. 97 (E. 30 Nr. 76 S. 236).

und den Fehlbetrag der Geschäftskasse anderweit ersetzt, wie derjenige, der den von ihm selbst ertappten und eingeschlossenen Dieb laufen läßt, weil er in ihm eine wirklich mitleidswürdige Person entdeckt!

§ 390. Die Theorie der Selbständigkeit der Begünstigung führt aber dazu, auch die Möglichkeit einer Begünstigung der eigenen Tat insofern wenigstens anzunehmen, als der Täter oder sonst an einem Delikte Schuldige einen anderen anstiftet,<sup>284)</sup> ihn, den Täter oder Mitschuldigen vor der Strafe oder im Genusse der erlangten Vorteile gegen die Verfolgung zu sichern, obschon es geradezu unnatürlich ist, jemanden dafür zu strafen, daß er sich gegen Bestrafung oder gegen Herausgabe der durch das Delikt erlangten Vorteile zu sichern sucht, und obschon es ebenso natürlich ist, daß er dazu auch die Hülfe anderer Personen, wenn nötig und tunlich, in Anspruch nimmt. Wollte man einwenden, daß der Täter (der Mitschuldige) zwar in jener Weise straflos sein müsse, wenn er allein handle, daß aber dann seine Bestrafung gerecht sei, wenn er andere Personen mit hineinziehe, so würde man Moral und Recht miteinander verwechseln und vergessen, daß der Anstifter, obschon er den Täter moralisch mitverderben kann, gleichwohl deshalb nicht eine höhere Strafe erhält, als der Täter. Ebenso wird auch darüber gestritten, ob und inwieweit ein Teilnehmer einem anderen Begünstigung leisten könne,<sup>285)</sup> ob-

<sup>284)</sup> Vgl. dafür *Oppenhoff* 257 Nr. 2; *Gretener* S. 159; *Geyer* in *Holtzendorffs* Hdb. 4, S. 172.

Die Meisten, so insbes. *Liszt* § 183, III, 2, weisen allerdings diese Konsequenz ab; aber die Gründe kommen darauf hinaus, die Selbständigkeit der Begünstigung insoweit nicht anzuerkennen; so wenn *Hülschner* 2 S. 882 ausführt, daß die Begünstigung hier nicht aus einer neuen Willensbestimmung und Schuld entspringe, oder wenn *Köhler* GS. 61 S. 60 bemerkt, wenn Beihilfe nur strafbar sei, welche man einem anderen leistet, so könne Anstiftung oder Beihilfe zu einer dem Handelnden selbst zu leistenden Begünstigung auch nur als mittelbare Selbstbegünstigung aufgefaßt werden. *Frank* zu § 257 IV, 2 führt aus, daß nach § 257 Abs. 3 die vorher versprochene Begünstigung nur als Beihilfe zu bestrafen sei, der leichtesten Form der Teilnahme (Beihilfe) also schon konsumierende Kraft in Ansehung der Begünstigung zukomme, daher sei den schwereren Formen der Teilnahme diese konsumierende Kraft um so weniger abzusprechen. Dies Argument ist nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht unzutreffend, beweist aber prinzipiell nicht; der Wortlaut scheint bei dieser Redaktion, was die berührte Streitfrage betrifft, nicht abgewogen zu sein.

<sup>285)</sup> Hier erklärt sich z. B. auch *Liszt* § 183 Anm. 10 und *H. Meyer* § 36 Anm. 26 für die Strafbarkeit, ebenso RG. II 26/2. 91 E. 21 Nr. 128 S. 375; dagegen *Hülschner* 2 S. 882.

wohl, sofern der begünstigende Teilnehmer, dessen Schuld noch nicht unumstößlich feststeht, auch die eigene Überführung hindert, indem er die Überführung eines anderen Teilnehmers abzuwenden sucht.

§ 391. Das StGB. erblickt nur mit Recht auch darin eine Begünstigung, daß jemand dem Verbrecher die durch das Verbrechen erlangten Vorteile zu sichern sucht (zu sichern gegenüber der Rechtsverfolgung). Die moderne Theorie glaubt in Konsequenz dieser Auffassung, je nach dem Zwecke des Handelnden zwei innerlich verschiedene Arten der Begünstigung annehmen zu sollen; persönliche (oder wie *H. Meyer* sagt, negative) Begünstigung mit dem Zwecke, die Bestrafung zu vereiteln, und sachliche (positive) Begünstigung mit dem erwähnten ersteren Zwecke; die sachliche Begünstigung soll ein besonderes Vermögensdelikt sein,<sup>286)</sup> während die persönliche Begünstigung sich gegen die staatliche Rechtspflege richtet. Dieser Unterschied läßt sich nicht durchführen. Da wo der Verbrecher unmittelbar greifbare Vorteile durch das Verbrechen in die Hand bekommen hat — und um solche kann es sich allein handeln — wird meistens die Sicherung dieser Vorteile, sofern der Verbrecher nicht schon überführt ist und in der Gewalt der Obrigkeit sich befindet, auch eine persönliche Begünstigung enthalten.<sup>286a)</sup> Wären hier wirklich zwei verschiedene Delikte vorhanden, so würde in den meisten Fällen der Begünstiger wegen idealer Konkurrenz zu verurteilen sein; er könnte wegen realer Konkurrenz bestraft werden, wenn er erstens die von einem anderen gestohlenen Sachen versteckt und zweitens Beweismittel vernichtet oder bei Seite gebracht hätte; wäre der Diebstahl aber von mehreren begangen worden, so könnte, falls die Begünstigungshandlungen sich nur auf einen der Teilnehmer bezögen, der andere Teilnehmer eintretenden Falles bestraft werden 1) wegen Mittäterschaft, 2) wegen Anstiftung (oder Beihilfe) a) zu persönlicher Begünstigung b) zu sachlicher Begünstigung, und zwar in realer Konkurrenz!

<sup>286)</sup> Vgl. besonders *Binding* Normen 2 S. 570 und besonders ausführlich und nachdrücklich neuerdings im Lehrb. des Teil 2 S. 663 ff., der hier nur unechte Begünstigung erblickt. *Gretners* S. 108; ebenso *Olshausen* zu § 257 Anm. 1 ff.

<sup>286a)</sup> Wie von *Herszog* GS. 29, S. 179 bereits bemerkt ist.

§ 392. Die rein logische Widerlegung der Selbständigkeitstheorie, welche *Waldthausen* unternommen hat, in der Meinung, damit zugleich einen Beweis für die Richtigkeit der Teilnahme-theorie geliefert zu haben, ist allerdings nicht gelungen. *Waldthausen* meint, durch die Begünstigung werde nicht ein einzelnes im Staatsinteresse liegendes Gut verletzt,<sup>287)</sup> vielmehr richte sich die Begünstigung gegen die rechtliche Ausgleichung aller möglichen Rechtsverletzungen, somit sei sie dem allgemeinen Charakter der Verbrechen überhaupt koordiniert, und es bleibe nur übrig, sie als eine Art der Beteiligung am Verbrechen zu behandeln. Aber es ist nicht ersichtlich, weshalb nicht die Vereitelung von Rechtsansprüchen, wenigstens unter gewissen Voraussetzungen, zu einem besonderen Delikte gemacht werden könnte, z. B. etwa chikanöses Ableugnen von Rechtsansprüchen im Zivilprozesse. Jene Widerlegung ist also *Petitio principii*.

Ebensowenig gelungen sind die Beweisführungen *Buri's*<sup>288)</sup> und *Villnows* in dieser Richtung. *Buri*<sup>289)</sup> hat ausgeführt, der Verbrecher erleide die im Gesetze für ihn bestimmte Strafe, 1) für die Tat selbst, 2) für die Aufrechterhaltung des durch die Tat geschaffenen Zustandes. Nur an dieser letzteren beteilige sich der Begünstiger, der deshalb auch nur weniger strafbar sei. Indes ist es eine unrichtige und verkünstelte, für viele Fälle z. B. für den Fall eines Mordes absolut nicht passende Auffassung, daß der Verbrecher auch für Aufrechterhaltung eines Zustandes — abgesehen von den besonderen Fällen der sogenannten Dauerverbrechen — straf-fällig werde. *Buri* scheidet daher auch von der Begünstigung aus die lediglich auf Sicherung des Verbrechers vor der Strafe gerichteten Handlungen<sup>290)</sup> und erklärt damit tatsächlich seine Theorie für hinfällig.<sup>291)</sup> Sie paßt denn auch, wenn man den falschen Obersatz überhaupt gelten lassen will, nur auf die

<sup>287)</sup> So auch bereits *John* in *Holtendorff's* Hdb. 3 S. 151.

<sup>288)</sup> *Liszt* § 183 Anm. 1 sagt, die heute herrschende Auffassung der Begünstigung sei 1860 von *Buri* begründet. *Buri* ist aber (vgl. Z. Lehre v. d. Teilnahme S. 98) gerade ein Gegner der Selbständigkeitstheorie. *Später* (G. S. 29 — 1877 — S. 43) hat allerdings v. *Buri* gesagt, das StGB. habe die Begünstigung als selbständiges Delikt aufgefaßt, aber wie hinzugefügt wird, noch in unklarer Weise.

<sup>289)</sup> Z. L. v. d. Teiln. S. 85.

<sup>290)</sup> *Buri* schlägt hier (S. 96) den oft benutzten Ausweg ein, die Begünstigung für ein Polizeivergehen zu erklären.

<sup>291)</sup> Gegen *Buri* richtig: *Hälschner* Preuss. Strafr. 2 S. 559.



sachliche Begünstigung. Umgekehrt paßt die von *Buri*<sup>292)</sup> scharf kritisierte Theorie *Villnows*,<sup>293)</sup> nur auf die persönliche Begünstigung, da sie in der Begünstigung eine Aufrechterhaltung der Schuld des Verbrechens erblickt und hiermit, abgesehen von fehlerhaften Einzelheiten, jedenfalls die rein sachliche Begünstigung als Begünstigung aufzufassen, gehindert ist.

Eine tiefere Begründung der Selbständigkeitstheorie ist andererseits *Gretener* (vgl. bei S. 100) nicht gelungen. Die Aufstellung einer Norm<sup>294)</sup>, welche „verbietet die dem Staate erwachsenen Strafansprüche zu vereiteln“ ist ebenso eine *petitio principii* wie das Axiom, „daß wer einen Zustand festigt und aufrecht erhält, den herbeizuführen vom Rechte verboten ist, selbst rechtswidrig handelt“ (S. 110) (d. h. hier in dem Sinne rechtswidrig, daß er Strafe zu erleiden hat).

Die reale Widerlegung der Selbständigkeitstheorie ist aber zu finden in den mannigfachen Schwierigkeiten, in die sie sich verwickelt, in den von ihr veranlaßten Entscheidungen, welche so oft von ziemlich unfaßbaren Kriterien (Motiven des Handelnden) abhängen und ebenso oft dem allgemeinen Verständnisse sich entziehen oder das gesunde Rechtsbewußtsein verletzen. Wird doch darüber gestritten und die Entscheidung mehrfach von den subtilsten Unterschieden abhängig gemacht, ob es Begünstigung sei, wenn man jemand in den Stand setzt, eine Geldstrafe zu bezahlen, und es soll sogar unberechtigte Zeugnisweigerung eine Begünstigung enthalten, wenn das verweigerte Zeugnis zur Überführung eines Schuldigen dienen würde, während andererseits die Teilnahme an einem vom Diebe mittels des gestohlenen Branntweins veranstalteten Zechgelage niemals Begünstigung sein soll.

Der alten gemeinrechtlichen Jurisprudenz lagen solche Subtilitäten ebenso fern, wie die Ansicht, daß der Dieb in bezug auf die von ihm selbst gestohlenen Objekte noch der Teilnahme an Begünstigung und Hehlerei schuldig sein könne.

<sup>292)</sup> GS. 29 S. 14 (wieder abgedruckte Abhandl.) in *v. Buris* Beiträgen zur Theorie d. Strafrechts (1894) S. 31. Vgl. aber auch *Merkel* in *Holtzendorffs* Hdb. 4 S. 419; *Hälschner* D. Strafr. 2 S. 861 Anm.

<sup>293)</sup> Vgl. besonders S. 64.

<sup>294)</sup> Es ist die Ausführung der von *Binding* Normen 2 S. 468 gegebenen Anregung.

Kommt man nicht zu richtigeren und besseren Entscheidungen, wenn man, ausgehend von der Theorie nachheriger (uneigentlicher) Teilnahme, sich einfach die Frage vorlegt, ob jemand durch seine Handlungsweise hinterher mit dem Verbrecher gemeinsame Sache, sich zu seinem „Genossen“ gemacht habe? Es liegt in Wahrheit in der Begünstigung eine nachträgliche Mitschuld<sup>295)</sup> an dem Verbrechen, insofern dies einstweilen dauernde, ideale Folgen hat — Verletzung der allgemeinen Rechtsordnung — und andererseits Verbleiben der rechtswidrig erlangten Vorteile in den Händen des Verbrechers.

Es ist indes nicht zu verkennen, daß die moderne Theorie der Selbständigkeit der Begünstigung, welche gezwungen war, das Wesen dieses besonderen Deliktes in mehrfachen Beziehungen schärfer festzustellen, als die alte mehr nach unbestimmtem Gefühle urteilende Theorie der Teilnahme, das Vorschubleisten, Fördern und sich an den Vorteilen beteiligen bestimmter gefaßt hat als Hinderung der rechtlichen Ausgleichung der Folgen des Verbrechens.

Von der richtigen Auffassung aber hat sich das StGB. auch insofern nicht losmachen können, als es notgedrungen in so mannigfachen Beziehungen die Strafbarkeit der Begünstigung von der Strafbarkeit des begünstigten Deliktes, und zwar, was besonders bemerkenswert erscheint, auch der „Art und dem Maße nach“ abhängig macht: bei wirklicher Selbständigkeit der Begünstigung würde letzteres unrichtig sein, es vielmehr in erster Linie ankommen müssen auf die größere oder geringere Hinderung des Eingreifens der Justiz oder der Wiedererlangung des Seinigen durch den Berechtigten und auf den dabei betätigten Dolus, bezw. auf die größere oder geringere materielle Schädigung des Berechtigten. Der Anlauf der Gesetzgebung, die Begünstigung als wirklich selbständiges Delikt zu behandeln, erscheint somit als theoretischer, gesetzgeberischer Versuch mit untauglichen Mitteln und braucht daher, soweit nicht besondere Vorschriften entgegenstehen, nicht beachtet zu werden. Systematisch gehört die Begünstigung aber auch deshalb in den allgemeinen Teil des Strafrechts, weil ebenso, wie jede beliebige Tätigkeit Beihilfe sein kann, so auch jede irgend be-

<sup>295)</sup> So auch *Schütze* Lehrb. § 48 Anm. 2 und *Hersog* GS. 29 S. 172.

stimmte Angabe des Gesetzes über das, was Begünstigung sein könne, abgesehen von der Hehlerei und Partiererei,<sup>295a)</sup> fehlt.

Die letzteren Handlungen können allerdings, weil hier besondere Tätigkeiten vorausgesetzt werden, dem besonderen Teile zugesprochen werden; aber innerlich sind sie nur besondere Arten der Begünstigung. Es ist somit richtiger, auch sie in den allgemeinen Teil zu stellen.<sup>296)</sup>

§ 393. Hiernach ist denn Begünstigung allerdings Teilnahme am Verbrechen, zwar nicht im abstrakt logischen Sinne, wohl aber im Sinne der Moral und des Rechts. Moral und Recht behandeln denjenigen, der nach geschehener Tat die Ausgleichung des Verbrechens — sei es nach der strafrechtlichen oder nach der zivilrechtlichen Seite — zu hindern unternimmt, als Teilnehmer der Tat.

Indes ist die Frage, ob die Begünstigung als selbständiges Delikt oder aber als Teilnahme zu behandeln, praktisch nicht die wichtigste Frage in der Lehre von der Begünstigung. Die praktisch weitaus wichtigste Frage ist die Frage: welches Verhalten kann die Rechtsordnung vernünftigerweise von dem einzelnen verlangen, wenn dieser in die Lage kommt, der Strafverfolgung oder der Verfolgung von Zivilansprüchen gegen einen Verbrecher hinderlich zu sein?

Die Antwort kann hier nur dahin gehen: den Gang des vernünftigen und gewöhnlichen Tuns braucht niemand deshalb zu unterbrechen, weil dieses Tun einem Verbrecher in jener Beziehung förderlich sein würde. Die gegenteilige Annahme würde dem allgemeinen Publikum geradezu Lasten im Interesse der Rechtsverfolgung auferlegen, unter Umständen faktisch der Annahme einer Denunziationspflicht gleichkommen.

Soll etwa der Biletteur einer Eisenbahn bei Strafe verpflichtet sein, demjenigen das Billet zu verweigern, den er für einen Verbrecher hält? Bin ich bei Strafe verpflichtet, meinen

<sup>295a)</sup> In diesem Sinne *John* Entwurf z. Strafgesetzb. f. d. Norddeutschen Bund. S. 260.

<sup>296)</sup> *Liszt* S. 49 IV. 2 spricht die Meinung aus, auch die Mehrzahl der ausländischen Gesetze und Entwürfe behandeln die Begünstigung als besonderes Delikt. Die Richtigkeit dieser Bemerkung dürfte zweifelhaft sein. Die Nachweisungen bei *Nieland* (1892) S. 30—42 (vgl. bes. S. 42 das.) ergeben das Gegenteil. Allerdings behandelt der Schweizerische Vorentwurf v. 1003, Art. 86 und 204 Hehlerei (Partiererei) und persönliche Begünstigung als besondere Delikte — Hehlerei als Vergehen gegen das Vermögen und persönliche Begünstigung

Garten, der bei einer blutigen Schlägerei teilweise zertreten worden ist, oder die von Einbrechern zerbrochene Tür solange in diesem üblen Zustande zu lassen, bis es dem Gerichte einfallen wird, eine Lokalbesichtigung vorzunehmen? Wären nicht böse Mißgriffe möglich, wenn der Betreffende sich irren und aus Furcht vor Strafe oder einer Untersuchung z. B. einem harmlosen Reisenden das Billet weigerte usw.? Und gar wenn hier der *Dolus eventualis* eine Rolle spielen sollte, und der die Strafe Fürchtende deshalb noch ängstlicher sein müßte?

Sodann darf eine Bestrafung als Begünstigung nicht stattfinden, wenn ein specielles Gesetz eine Handlung stillschweigend straflos läßt, obschon die Bestrafung nahe gelegen hätte. Auch die stillschweigende Bestimmung eines besonderen Gesetzes muß einem mehr unbestimmten, allgemeinen Gesetze vorgehen. Und Tradition und vernünftige Begrenzung nach dem Zwecke des Gesetzes, nach Erwägung der Folgen der Annahme der Strafbarkeit und andererseits der Straflosigkeit haben hier besondere Bedeutung.

Andererseits verdient derjenige Strafe, der eine Tätigkeit in der Absicht vornimmt, dasjenige, was durch das Verbrechen gewonnen worden ist, mitzugenießen oder selbst ganz oder teilweise zu erhalten.

Diese allgemein vernünftigen Erwägungen dürfen als Regeln der Interpretation einer jeden, nicht geradezu das Gegenteil feststellenden Gesetzgebung in Ansehung der Begünstigung gelten, mag nun ausgegangen werden von der Auffassung der Begünstigung als eines besonderen Deliktes oder von der gegenteiligen Auffassung. Dagegen ist es allerdings lediglich eine Frage *de lege ferenda*, ob mehr allgemein gehaltene Bestimmungen über die Begünstigung den Vorzug verdienen, oder ob man nicht besser mehr spezialisiert. Diese Frage wird richtiger erst nach der Darstellung des nach dem StGB. geltenden Rechts zu beantworten sein; denn das StGB. enthält über die Begünstigung möglichst allgemein gehaltene Bestimmungen. Wir betrachten zunächst, zu welchen Konsequenzen diese führen, aber auch welche Konsequenzen Theorie oder Praxis mit Aufwand nicht geringen Scharfsinns abzuwenden sich bemühen.

als Verbrechen gegen die Rechtspflege; ähnlich auch neues Norwegisches GB. 132 (Begünstigung behufs Strafänderung) und Hehlerei (317—320).

§ 394. Erste Voraussetzung der Begünstigung ist ein vorher begangenes Delikt eines anderen. Es kann aber auch in bezug auf einen abgebrochenen strafbaren Versuch Begünstigung begangen werden (um den Schuldigen der Bestrafung zu entziehen). Andererseits entscheidet, wenn der Begünstiger bezweckt, dem Täter die Vorteile der Tat zu sichern, der Zeitpunkt der strafrechtlichen Vollendung über die Frage, ob Begünstigung oder Beihilfe vorliegt. Es ist nicht richtig, führt vielmehr ins Unbestimmte und Willkürliche, hier formelle (strafgesetzliche) und materielle Vollendung zu unterscheiden und letztere, nicht aber erstere als hier maßgebend zu betrachten, da erstere nach der Definition des Verbrechens oft eintrete, wenn der materielle Erfolg noch fehle: wer dem Diebe die gestohlenen Sachen forttragen helfe, sei Gehülfe, nicht Begünstiger.<sup>297)</sup> Im Sinne des Diebes und zum Nachteile des Geschädigten ist allerdings der Diebstahl erst vollbracht, wenn die gestohlene Sache mindestens vorläufig in Sicherheit gebracht ist. Aber wo wäre da die Grenze?<sup>298)</sup> Anders liegt allerdings der Fall, wenn wie Art. 83,2) des hessischen GB. — hier Beihilfe annehmend — sich ausdrückte, die „Größe der verbrecherischen Wirkung“ (des Erfolges) verstärkt wird, wie wenn jemand den bereits aufflammenden Brand durch Hineinwerfen schnell brennender Stoffe verstärkt oder die von anderen bereits unternommene Löschung des Brandes hindert. Verstärkung und andererseits Sicherung eines völlig fertigen Erfolges sind nicht dasselbe.

<sup>297)</sup> So *Oersted* Grundregeln S. 197; *Sander* Arch d. Cr. 1839 S. 259; *Geyer* Erörterungen S. 201 und in *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 421; *Breidenbach* Commentar z. hess. StGB. 2 S. 394; *Buri* Teiln. S. 86 auch *Haus* 1 n. 562. — Dagegen bereits richtig *Bauer* Abhandlg. 1 S. 468 469. Der in mehreren der früheren Gesetzen gebrauchte Ausdruck „nach vollbrachter Tat“ war nicht zweckmäßig, bedeutete aber nichts anderes als „nach Vollendung des Verbrechens.“ So *Bauer* a. a. O. In diesem Sinne auch *Rethwisch* S. 46 und scharf und genau — gerade in Ansehung des Falles, daß jemand dem Diebe die bereits weggenommene Sache in Sicherheit bringen hilft — RG. I, 25/1. 83. E. 8 N. 53. S. 179 (übereinstimmend mit dem LG. *Heilbronn*).

<sup>298)</sup> Allerdings lassen sich Fälle denken, wo dem Gerechtigkeitsgeföhle die (mildere) Strafe der Begünstigung nicht zu genügen scheint. So der bereits von *Sander* angeführte Fall: den Dieb, der die gestohlenen Sachen bereits an sich genommen hat, trifft noch im Hause des Bestohlenen der zur Bewachung des Hauses verpflichtete Diener; statt den Dieb aufzuhalten, läßt er ihn ruhig laufen, da der Dieb ihm Geld gibt. Allein dergleichen Fälle einer dem Gerechtigkeitsgeföhle nicht völlig genügenden Bestrafung sind öfter unvermeidlich, wenn das Strafrecht die nötige Klarheit und Bestimmtheit bewahren soll.

Das „in Brandsetzen“ z. B. (StGB. 306) ist ein Erfolg, der eine gewisse Dauer in Anspruch nehmen kann: so lange die in Brand gesetzte Sache noch nicht völlig niedergebrannt ist, kann sie weiter in Brand gesetzt werden, auch wenn der erste Brand nicht erloschen ist. Es liegt also ein Verbrechen vor, das ein Dauerverbrechen sein kann, wenn auch nicht zu sein braucht. Bei eigentlichen Dauerverbrechen aber leidet es keinen Zweifel, daß Förderung der Fortdauer (z. B. der Gefangenhaltung eines Menschen) nicht Begünstigung, sondern Beihülfe ist.<sup>298a)</sup>

In Beziehung auf eine Handlung, die nicht Delikt ist, weil eine schuldige Person nicht vorhanden ist,<sup>298b)</sup> eine Handlung, die nur in ihrer äußeren Erscheinung den Tatbestand eines Deliktes enthält, kann nach der herrschenden Ansicht jedenfalls persönliche (sog. echte) Begünstigung nicht begangen werden.<sup>299)</sup> Eine zu hindernde Bestrafung (ein Strafanspruch des Staates) liegt nicht vor. Die gegenteilige Ansicht hat *Herzog* aufgestellt und dafür geltend gemacht, daß nach dem Sprachgebrauche unter Delikt (Verbrechen, Vergehen) nur der äußere Tatbestand zu verstehen sei, daß auch anderenfalls die persönliche Begünstigung häufig unbestraft bleiben müßte, da man in dem Verfahren gegen den Begünstiger auch die Schuld des Begünstigten würde nachzuweisen haben, ein Nachweis, der oft schwierig sein würde. Aber der

<sup>298a)</sup> Die beiden Fälle werden von den in voriger Anm. zitierten Autoren identifiziert. Mit dem Falle eingetretener Vollendung darf auch nicht identifiziert werden, wie öfter geschehen ist, der Fall, daß der Täter seine Tätigkeit in Erwartung des Eintrittes des Erfolges nur erst eingestellt hat, sie als genügend ansieht, der Erfolg wirklich aber noch nicht eingetreten ist. Wer hier den Erfolg sichert, ist Gehülfe, z. B. wer beim Giftmorde den noch am Leben Befindlichen hindert, Gegenmittel zu nehmen. Richtig unterscheiden *Goldammer Materialien* I S. 340 und *Hocheder Kommentar* z. bayer. StGB. I S. 260.

Glaubt der Handelnde irrigerweise, der Erfolg sei schon eingetreten, und führt die als Begünstigung von ihm gedachte Tätigkeit in Wirklichkeit den Erfolg herbei — z. B. er hält jemanden ab, den Erfolg zu hindern, während er glaubt damit nur die Verfolgung des Schuldigen zu hindern — so würde er nur nach Maßgabe der vorgestellten Eigenschaft seiner Tätigkeit zu bestrafen sein, also nur wegen Begünstigung in idealer Konkurrenz (unter Umständen) mit Fahrlässigkeits-Verbrechen. Vgl. in diesem Sinne *Schwarze GS.* 24 S. 376.

<sup>298b)</sup> Z. B. weil ein Strafausschließungsgrund vorliegt. Ebenso wenn die Strafbarkeit der Tat getilgt ist.

<sup>299)</sup> So *Hälschner* 2 S. 877; *H. Meyer* § 36 zu Anm. 19; *Liszt* § 183 III 1 a *Binding*, Normen 2 S. 369; *Gretener* S. 151; *Olshausen* § 257, 2; *Frank* § 257, II, 1. — A. M. *Herzog GS.* 24 S. 461; *G. Arch.* 29 S 127 und *Schwarze Kommentar* § 257, 24.

herrschende Sprachgebrauch beweist gerade das Gegenteil — es spricht z. B. ein Jurist nicht von einem Morde, wenn ein Wahnsinniger jemanden getötet hat — und die Schwierigkeiten des Beweises werden von *Herzog* überschätzt. Betrachtet man zudem (wie *Herzog*) die Begünstigung nicht als völlig selbständiges Delikt, vielmehr als eine Art der Teilnahme, so ist es durchaus folgewidrig, Begünstigung anzunehmen, wenn ein Hauptschuldiger nicht existiert.

Dagegen sind die Ansichten mehr geteilt,<sup>300)</sup> im Falle es sich um sog. sachliche Begünstigung handelt. Erblickt man in dieser, wie von *Binding* geschieht, ein von der persönlichen Begünstigung grundverschiedenes Vermögensdelikt, so ist es prinzipiell nicht unrichtig, sachliche Begünstigung auch dann für möglich zu erklären, wenn es bei der Haupttat an einer wirklich schuldigen Person fehlt: der Begünstiger vergreift sich rechtswidrig an einem fremden Vermögensobjekte. Leugnet man aber — und das ist nach der Auffassung der Begünstigung als einer Art der Teilnahme das richtige — solche Grundverschiedenheit der beiden Arten der Begünstigung, so muß man für Unmöglichkeit auch sachlicher Begünstigung in dem Falle sich aussprechen, daß eine strafbare Handlung überhaupt nicht vorliegt,<sup>300a)</sup> ein Argument, das von *Herzog* richtig erkannt ist. Er aber, da er die sachliche Begünstigung hier strafen will, motiviert, veranlaßt, den gleichen Grundsatz für die persönliche Begünstigung anzunehmen. Die Konsequenz der ersteren Ansicht würde übrigens sein, daß überhaupt die Existenz eines Verbrechen nicht erforderlich wäre, sofern nur eine zivile Rechtswidrigkeit vorliegen würde. Der Paragraph betreffend die Partizipation hätte dann etwa zu lauten: Wer . . . . Sachen, von denen er weiß, daß sie mittels einer Rechtswidrigkeit erlangt

<sup>300)</sup> Für die Strafbarkeit der Begünstigung in diesem Falle *Binding* Normen S. 570; *Schütze* S. 164. Anm. 12; *Gretener* S. 171; *Olshausen* § 257, 32.

Gegen die Strafbarkeit: *Hälschner* 2 S. 873, 880; *H. Meyer* § 37; *Merkel* in *Holtzendorff's* Hdb. 4 S. 426; *Liszt* § 183 III 1a; *Waldhausen* G. A. 1 29 S. 391.

<sup>300a)</sup> Anders allerdings, wenn der Täter nur persönlich der staatlichen Strafgerechtigkeit nicht erreichbar ist, oder aber die Strafbarkeit der Tat durch Begnadigung oder Tod der Schuldigen getilgt ist. Bei Tilgung der Strafbarkeit der Tat durch Verjährung kommt noch das Moment in Betracht, daß die Tat strafrechtlich nicht mehr Gegenstand eines Beweises sein soll.

sind . . . . . an sich bringt usw.<sup>301</sup>) Noch weniger wäre, wie *Merkel*<sup>302</sup>) bemerkt hat, zu begreifen, daß das StGB. bei der sachlichen Begünstigung im übrigen eine höhere Strafbarkeit der Haupttat, welche Verbrechen, oder Vergehen sein muß, voraussetzt.

§ 395. Ebenso geteilt sind die Ansichten über die Strafbarkeit der Begünstigung bei Antrags- und Ermächtigungsdelikten. Erblickt man in dem Antrage, bezw. in der Ermächtigung ein prozessuales Erfordernis der Strafverfolgung, so kann kein Zweifel darüber bestehen, daß, da alsdann der Mangel des Antrages, bezw. der Ermächtigung die Strafbarkeit des Deliktes nicht zu berühren scheint, Begünstigung möglich ist, ohne Rücksicht auf solchen Mangel, ohne Rücksicht auch darauf, daß der Antrag gestellt, aber rechtswirksam zurückgenommen ist.<sup>303</sup>)

Kaum erheblich abweichend, nur etwas künstlicher — allerdings anscheinend den materiellen Charakter des Antrags während — ist die Auffassung des Antrags, welche schon mit der Handlung den staatlichen Strafanspruch als existent ansieht, und demselben, solange der Antrag fehlt, nur die Verfolgbarkeit abspricht; sie führt zunächst zu dem Ergebnisse, daß, solange der Antrag noch möglich ist, Begünstigung begangen werden kann.<sup>304</sup>)

Nimmt man dagegen an, daß das staatliche Strafrecht (der Strafanspruch) durch den Antrag bedingt sei, so kommt man auf Grund der retroaktiven Natur der Bedingung zu dem Ergebnisse, daß die Strafbarkeit einer Begünstigungshandlung, solange der Antrag noch nicht gestellt, sich in der Schwebe be-

<sup>301</sup>) *Gretenner* a. a. O. sagt denn auch, ohne der weiteren Konsequenzen zu gedenken: „es kommt nur auf die Widerrechtlichkeit an“.

<sup>302</sup>) *Holtendorffs* Handb. 4 S. 426. — Die Bestimmungen StGB. § 247 Abs. 3 und 289 a. E. sind nicht mit *Binding* als Beweis für die besondere Behandlung der sog. sachlichen Begünstigung, vielmehr mit *Merkel* und *Waldthausen* a. a. O. als Ausnahmen von der Regel anzusehen, daß die Strafbarkeit von Gehülfen und Begünstigern von der Strafbarkeit der Täter abhängt. — In Frankreich ist es zweifellos, daß ohne einen schuldigen Vorverbrecher Begünstigung nicht strafbar ist. *Garraud* 2 n. 683 a.

<sup>303</sup>) So *H. Meyer* § 36 zu Anm. 20; *Liszt* § 183, III 1 a (der in einer Anzahl von Fällen in dem Antrage eine Bedingung, in einer anderen Anzahl in dem Antrage eine Prozeßvoraussetzung findet.)

<sup>304</sup>) So *Samuely* GS. 32 S. 1 bes. S. 7, S. 12. Eine nach Untergang der Verfolgbarkeit, welche dem Untergange des Anspruchs selbst gleichsteht, begangene Handlung würde nach *Samuely* S. 26 nicht mehr Begünstigung sein.



findet, mit Stellung des Antrages aber eintritt.<sup>305)</sup> Zu demselben Ergebnisse führt die mehr reale, aber eigentlich dasselbe besagende Auffassung, daß der Staat, solange der Antrag nicht gestellt ist, die Handlung in ihrer Eigenschaft als strafbares Delikt,<sup>306)</sup> als nicht existierend betrachtet, gewissermaßen vor dieser ihrer Eigenschaft die Augen verschließt,<sup>306a)</sup> daß aber diese Eigenschaft mit allen Konsequenzen hervortritt, sobald sie durch den Antrag des Verletzten manifest gemacht ist. Sie ist, bis der Antrag gestellt wird, gleichsam juristisch unentdeckbar verborgen; sie wird entdeckt, wenn der Antrag gestellt wird; sie kann nicht mehr entdeckt werden, wenn die Antragsfrist abgelaufen ist, und sie gilt als nicht entdeckt, wenn der Antrag rechtswirksam zurückgenommen wird. Was rechtzeitig entdeckt wird, war aber schon früher vorhanden; was aber niemals entdeckt wird, existiert praktisch für uns nicht.

Die Konsequenzen dieser Ansicht entsprechen den Bedürfnissen des Lebens. Wenn es überhaupt rationell ist, einen strafrechtlichen Schutz zu geben gegen Vereitelung (versuchte Vereitelung) von Straf- und Zivilansprüchen, so muß dieser Schutz auch dann gewährt werden, wenn die erforderlichen Voraussetzungen nur erst später hervortreten; andererseits wäre es völlig irrationell, die Strafsache, die man wegen mangelnden Strafantrags, wegen mangelnder Ermächtigung nicht untersuchen will, nur deshalb inzidenter zu untersuchen, weil darin die erheblich unbedeutendere Begünstigung sich angeschlossen hat. Bei der Untersuchung der Begünstigung könnte auch der Verletzte leiden, den das Gesetz, indem es die Verfolgung an seinen Antrag knüpft, in manchen Fällen gerade schonen will.

Da aber das begangene Delikt beim Mangel des Strafantrags als Delikt, weil als solches nicht feststellbar, auch nicht vorhanden ist, so sind die Gründe des Mangels des Strafantrags gleichgültig: die Hintertreibung des Antrages, die Zurücknahme des Antrages infolge von List, Drohung oder Gewalt

<sup>305)</sup> Im Ergebnisse übereinstimmend *Meves* Strafrechtsztg. 13 S. 512; *Hülschner* 2 S. 874; *Gretener* S. 151; *Olshausen* § 257, 2; *Binding* Lehrb. 1 S. 645 (abweichend früher *Normen* 2 S. 568); *Waldthausen* S. 385.

<sup>306)</sup> Die Rechtswidrigkeit der Handlung im übrigen wird dadurch nicht berührt.

<sup>306a)</sup> Die Augen werden ihr gewissermaßen durch den Antrag erst geöffnet.

ändert also nichts; sie ist als Begünstigung nicht strafbar und begründet auch nicht die Strafbarkeit einer anderweiten Begünstigung. Ein Bedürfnis für die Bestrafung liegt auch in solchen Fällen kaum vor. Rechtlich sonst in Betracht kommende Drohungen sind an sich strafbar; die Untersuchung aber von Fällen der List könnte recht schwierig sein; da erforderlich wäre, festzustellen, daß der Antragsberechtigte, wenn die falschen Angaben des anderen nicht gewesen wären, wirklich den Antrag gestellt und bezw. nicht zurückgenommen haben würde.<sup>307)</sup> (Durchaus anders zu entscheiden ist der Fall, daß ein zur Anzeige einer Straftat verpflichteter Beamter durch Täuschung usw. abgehalten wird, die Anzeige zu machen.)

Das StGB. bestraft die Begünstigung nur, wenn sie sich bezieht auf Verbrechen und Vergehen, nicht aber bei Übertretungen. Es kann zweifelhaft erscheinen, ob ein Vergehen im Sinne dieser Gesetzesbestimmung auch dann anzunehmen ist, wenn nur die Rückfälligkeit des Schuldigen die Tat in diesem höheren Grade strafbar macht. Es dürfte richtig sein, hier zwischen persönlicher und sachlicher Begünstigung zu unterscheiden. Bei ersterer kommt es wesentlich auf die Höhe der Strafe an, welche die Begünstigung vereiteln soll;<sup>307a)</sup> bei letzterer ist die Bedeutung der Tat an sich maßgebend. Kann die Tat ebensowohl als persönliche wie als sachliche Begünstigung aufgefaßt werden, so ist nach dem Satze: „*In dubio mitius*“ zu entscheiden.

<sup>307)</sup> So auch *Meves* a. a. O. S. 521; *Hälschner* 2 S. 875; *Samuely* a. a. O. S. 11; *Oppenhoff* 2, § 257, 13; *Olshausen* § 257 Anm. 2. — *Binding* (Normen 2 S. 569) dagegen (vgl. auch *Binding* Lehrb. 2 S. 665) nimmt Begünstigung an, weil der Handelnde den Staat wider dessen Willen um den Strafanspruch bringe, (die Strafverfolgung unterbleibe wider den wahren Willen des Antragsberechtigten); ebenso *H. Meyer* § 36 Anm. 15 (*H. Meyer-Allfeld* § 125 Anm. 12.) *Merkel* in *Holtendorff's* Hdb. 4 S. 428; *Kohler* S. 158. *Gretener* S. 152 ist der Ansicht, daß die durch List, Drohung oder Gewalt bewirkte Unterlassung des Antrags nicht Begünstigung sei, weil die Begünstigung nur die Vereitelung entstandener Strafansprüche, nicht auch die Hinderung der Entstehung solcher umfasse. Anders bei Zurücknahme des Antrags; hier unterbleibe die Strafverfolgung gegen den wahren Willen des Antragsberechtigten. Diese Unterscheidung dürfte zu sehr dialektisch sein.

<sup>307a)</sup> Übereinstimmend *Binding* Normen 2 S. 568, Lehrb. 2 S. 647. *Oppenhoff-Delius* § 257 n. 4. *Olshausen* § 250 n. 4 — Das Landesstrafrecht kann — was freilich bestritten ist, vgl. insb. *Olshausen* a. a. O. *Liszt* § 183 III, 1. vgl. auch RG. IV. 26/10. E. 31 Nr. 93 S. 285 — die Begünstigung nicht für strafbar erklären. So auch *Binding* Lehrb. a. a. O. Anm. 3.

Ist aber einmal eine wirklich strafbare Rechtsverletzung vorhanden gewesen, so kann freilich, wenn die Strafbarkeit später durch Strafverbüßung, Begnadigung oder Verjährung oder Tod getilgt ist, eine persönliche Begünstigung nicht begangen werden, aber die ausschließlich sachliche Begünstigung ist noch möglich.<sup>308)</sup> Das Strafgesetz gegen Begünstigung wendet sich auch gegen die Vereitelung der zivilen Restitution, falls die Rechtsverletzung einen so schweren Charakter trägt, daß sie zu den strafbaren gehört.

§ 396. Es ließe sich zwar denken, daß eine nur fahrlässige Begünstigung strafbar wäre. Aber damit würde eine enorme, praktisch höchst verwerfliche Ausdehnung der Strafbarkeit gegeben sein, noch weit bedenklicher, als wenn fahrlässige Beihilfe bestraft werden würde.

Die Begünstigung erfordert daher Dolus des Begünstigers. Dieser Dolus setzt jedenfalls voraus, daß der Begünstiger bei Vornahme der Begünstigungshandlung sich vorstelle, daß eine strafbare Handlung begangen sei, welche er begünstigen will. Es ist dagegen nicht erforderlich, daß seine Vorstellung sich decke mit der wirklich begangenen Tat;<sup>309)</sup> der Grund ist, daß die Teilnahme sich nicht sowohl auf die Tat als auf ihre Folgen bezieht, die, sofern sie rechtliche Reaktion bedeuten, abgewendet werden sollen. Also können für die Strafbarkeit nur diese Folgen in Betracht kommen, also die Schwere der Strafe, diese aber auch, sofern es sich um zivile Folgen handelt; denn die zivile Folge bei der sog. sachlichen Begünstigung wird ja nur beachtet, falls die Handlung, die begünstigt wird, auch eine strafrechtliche Folge hat oder einmal gehabt hat. Derjenige also, der dem Schuldigen zur Flucht verhilft, kann möglicherweise ein ganz anderes Delikt dabei

<sup>308)</sup> In diesem Sinne *Schwarze* GS. 24 S. 386; *Buri* GS. 29 S. 23; *Oshausen* § 257 Nr. 34.

<sup>309)</sup> So auch die herrschende Ansicht. *Hälschner* 2 S. 878; *Geyer* GS. 27 S. 311; *Merkel* in *Holtzendorffs* Hdb. 3 S. 741. — Der Satz, daß der Begünstiger nur gewußt zu haben brauche, daß der Begünstigte ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, nicht aber eine spezielle Kenntnis der konkreten Gestaltung der Straftat des Begünstigten erforderlich sei, ist mehrfach vom RG. ausgesprochen — freilich ohne Begründung. RG. II 27./11. 85, E. 13 Nr. 29 S. 83 RG. II 15. 10. 86 Rs. 8 S. 621. Das Argument, daß dann straflos sein würde die einem Zuchthaussträfling zur Flucht geleistete Beihilfe, wenn sie ohne Kenntnis des Verbrechens erfolgte, wegen dessen der Sträfling verurteilt war, ist nur ein unterstützendes, nicht ein ausreichendes.

als begangen sich vorstellen, als der Schuldige wirklich begangen hat; der Irrtum bewirkt dann nur, daß die Strafbarkeit nach der Vorstellung des Begünstigers beurteilt wird, insofern sie für den Begünstiger eine geringere Strafe zur Folge hat.<sup>310)</sup> So kann z. B. Verurteilung wegen Begünstigung bei vorliegender Unterschlagung stattfinden, während der Begünstiger Verurteilung desjenigen, dem er zur Flucht behülflich war, wegen Körperverletzung angenommen hatte.

Es ist auch Begünstigung möglich in der Art, daß der Begünstiger sich nur vorstellt, daß seine Handlung sich auf eine strafbare Tat beziehe, deren Beschaffenheit, ob Verbrechen, Vergehen oder Übertretung, ihm gleichgültig erscheint, wie z. B. wenn jemand ausbrechenden Gefangenen in einer Regung unpassenden Mitleids zur weiteren Flucht behülflich ist. Es ist sogar Begünstigung möglich, ohne Rücksicht auf eine individuelle als Täter oder Mitschuldiger vorgestellte Persönlichkeit, und ebensowenig wie bei der Beihülfe ist Einverständnis der begünstigten Person zur Begünstigung erforderlich.<sup>310a)</sup> Würde aber jemand sich nur einbilden, einerlei ob aus tatsächlichem Irrtum oder auf Grund irriger rechtlicher Beurteilung, daß ein Verbrechen oder Vergehen begangen sei, auf welche seine Begünstigungshandlung sich bezieht, so würde ein Versuch unter untauglichen Voraussetzungen vorliegen, der als solcher (vgl. oben) schon nach allgemeinen Grundsätzen, aber auch nach der Bestimmung des StGB., welcher zufolge der allgemeinen Regel nach nur der Versuch bei Verbrechen strafbar ist, strafrechtlich nicht in Betracht kommen würde.

§ 397. Die Frage, ob ein Irrtum des Begünstigers über die Eigenschaft der Haupttat als Verbrechen oder Vergehen den Dolus ausschließe, ist nach den allgemeinen, über den Irrtum geltenden Grundsätzen<sup>310b)</sup> zu beantworten. Macht

<sup>310)</sup> In bezug auf diese Wirkung des Irrtums übereinstimmend: *Bauer* Abhandl. 1 S. 473.

<sup>310a)</sup> Das hier im Text Gesagte entspricht der herrschenden Ansicht. Vgl. *Hälschner* 2 S. 878; *Schwarze* S. 257, 14; *v. Buri* GS. 29 S. 22; *Olshausen* 24 (der mit Recht darauf hinweist, daß jemand einen Unbekannten auf Bitten eines Dritten begünstigen könne). — *Merkel* in *Holtendorffs* Hdb. 3 S. 741 ist wohl nur scheinbar anderer Meinung, wenn er bemerkt, der Begünstiger müsse wissen, welchem Individuum sein Verhalten zugut komme; Namen und sonstige Personalien brauchten ihm aber nicht bekannt zu sein.

<sup>310b)</sup> Vgl. auch das bei *Temme*, Archiv f. d. strafrechtl. Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands Bd. 3, S. 171 mitgeteilte Urteil des württemberg.

der Begünstiger sich ein Bild des tatsächlichen Vorganges der Haupttat, bei welchem diese bei richtiger Beurteilung nur als Übertretung erscheint, so ist strafbare Begünstigung ausgeschlossen; die irrige, rechtliche Beurteilung der tatsächlich richtig aufgefaßten Sachlage dagegen ist unerheblich.<sup>311)</sup> Bei einer nur persönlichen Begünstigung ist aber auch erforderlich, daß der Begünstiger die Haupttat auch für strafbar hielt; denn jemanden, der, wie man annimmt, überhaupt nicht strafbar ist, kann man der Strafe nicht entziehen wollen. Dagegen ist, was freilich sehr bestritten ist, nicht erforderlich, daß der Begünstiger die Tat, bezüglich deren er Begünstigung begehen will, auch für ein Verbrechen oder Vergehen halte. Die Berücksichtigung dieser Vorstellung über die größere oder geringere Strafbarkeit der Tat — freilich eines anderen — steht mit der sonst geltenden Behandlung eines derartigen Irrtums durchaus im Widerspruch. In Wahrheit ist die Bestimmung, daß Begünstigung nur bei Verbrechen und Vergehen strafbar sein soll, nur ein Ausdruck dafür, daß bei geringfügigen Straftaten die Begünstigung unbeachtet bleibe, und das Urteil über geringfügigkeit einer Straftat wird seiner Natur nach nicht dem Schuldigen, vielmehr dem Gesetzgeber und dessen Organ, dem Richter, zukommen. Da leicht ein Irrtum darüber möglich ist, ob eine Tat als Vergehen oder Übertretung anzusehen ist, wird nach der entgegengesetzten Ansicht, wie *Hälschner* bemerkt der Strafbestimmung über Begünstigung auch ein großer Teil ihres praktischen Wertes genommen.<sup>312)</sup> Diese letztere, insbesondere von *Olshausen* (§ 257 Anm. 23) und *Liszt* (§ 183 zu Anm. 3) vertretene Ansicht stützt sich darauf, daß das Gesetz in § 257 ein wissentliches Beistandleisten erfordere.<sup>313)</sup> Aber dies Erfordernis ist auf das Wissen nur um die Strafbarkeit im allgemeinen zu beschränken. Die tatsächlichen Um-

OT. Motivierung: Theorie und Gesetz erkennen einen Versuch der Begünstigung nicht an.

<sup>311)</sup> *Schwarze*, Kommentar S. 740; *Merkel* in *Holtendorffs* Hdb. 3 S. 741; *Schütze*, Lehrb. S. 163 Anm. 6; *Hersog* GArch. S. 134; *Geyer* GS. 27 S. 311; *Olshausen* § 257; *Köhler* S. 63.

<sup>312)</sup> *Binding*, Lehrb. a. a. O. bemerkt außerdem sehr richtig: „Und wie wenn der Verbrecher in einem Lande gehandelt hat, das jene Dreiteilung (Verbrechen, Vergehen, Übertretung) gar nicht kennt . . .?“ Vgl. auch *Mey.* D. Strafrechtszeitung 13 S. 506.

<sup>313)</sup> RG. I. 26./9. 81, E. 5 Nr. 7. bes. S. 25; *Geyer* a. a. N.

stände, aus denen mindestens der Vergehenscharakter der begünstigten Tat folgt, muß der Begünstiger allerdings kennen, oder er muß die Tat ohne weiteres für eine im höheren Grade strafbare halten.<sup>313a)</sup>

§ 398. Von besonderer Wichtigkeit ist die Frage, ob auch dann Begünstigung vorliegt, wenn der Handelnde nicht seine Befriedigung in der Begünstigungswirkung findet, vielmehr letztere nur mit in den Kauf nimmt, indem er sie als mit einer anderen von ihm gewünschten Wirkung notwendig verbunden erachtet, mit anderen Worten, ob der Dolus bei der Begünstigung nur den regelmäßigen Erfordernissen des Dolus zu entsprechen hat, oder ob er ein qualifizierterer sein muß.<sup>314)</sup> Fällt die Entscheidung im ersteren Sinne, so muß jeder auch sonst erlaubte Handlungen, Handlungen, die seinem täglichen Erwerbsleben angehören, Handlungen, die ihm nützlich sind, dann stets unterlassen, wenn er sich bewußt wird, daß diese Handlungen auch nebenbei den Erfolg haben werden, die Bestrafung jemandes oder die Geltendmachung von Zivilansprüchen gegen jemanden zu erschweren, der eines Verbrechens oder Vergehens schuldig ist, d. h. mit anderen Worten: jemandem wird unter Umständen ein bedeutendes Opfer auferlegt im Interesse der Strafverfolgung, ja — wenn es sich um Zivilansprüche handelt — im Privatinteresse eines anderen (vgl. oben zu Anm. 221 ff.) Wird nun die Begünstigung als selbständiges Delikt gegen die Rechtspflege aufgefaßt, so ist nicht einzusehen, wie jene besondere Qualifikation des Dolus gefordert werden könne. Anders aber, wenn erforderlich ist, daß jemand, um als Begünstiger zu gelten, sich gewissermaßen zum Genossen des Verbrechens gemacht habe, dessen Angelegenheit als die seinige betrachte. Bleibe ich im gewöhnlichen, an sich erlaubten Gange des Lebens, so mache ich mich sicher nicht zum Genossen eines Verbrechens.<sup>314a)</sup> Letzteres ist nur der Fall, wenn

<sup>313a)</sup> RG. II. 27./11. 85. E. 13 Nr. 27 bes. S. 83, und *Frank* zu § 257 VIIb.

<sup>314)</sup> StGB. 257 läßt hierbei verschiedene Deutungen zu, da weder der Ausdruck „Vorsatz“ noch der Ausdruck „Absicht“ gewählt ist, vielmehr der Dolus durch die Worte „um denselben (den Täter oder Teilnehmer) der Strafe zu entziehen oder um ihm die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern“ umschrieben ist.

<sup>314a)</sup> Daher sagt auch *Kreß* in CCC. art. 40 Nr. 8, daß der *Caupo*, der einem Verbrecher Unterkunft gewähre — sein Gewerbe ohne Ansehen der Person aus-

als der Zweck der Handlung ausschließlich die Begünstigung erscheint.<sup>35)</sup> Diese Ausschließlichkeit kann aber vorhanden sein, wenn die Begünstigungshandlung als solche einen besonderen Vorteil bringt, d. h. negativ ausgedrückt: wäre die Haupttat nicht eine strafbare, so würde der Vorteil nicht erlangt werden, Vorteile, die nur wegen der Haupthandlung als einer strafbaren, verbotenen, gewährt werden, z. B. besondere Belohnung für die Begünstigungshandlung, besonders billiger Preis bei dem Erwerbe einer gestohlenen Sache. Der Richtung des Willens auf einen Erfolg als einen erstrebten steht nicht entgegen, daß dieser Erfolg aus sich heraus noch weitere dem Individuum wünschenswerte Erfolge entwickelt, und daß nach Lage der Sache er allein diese vielen Erfolge entwickeln kann. Das RG. hat in dem bereits früher zitierten Erkenntnis v. 21. 9. 97 (E. 30 Nr. 76 bes. S. 236) (zwar nicht in Konsequenz des selbständigen Charakters der Begünstigung, vielmehr im Sinne der Teilnehmertheorie) sehr richtig angenommen, daß das Bewußtsein allein durch eine Handlung eine Strafentziehung für einen anderen herbeizuführen, zur Begünstigung nicht genüge, aber in späteren Urteilen<sup>36)</sup> diesen Standpunkt wieder aufgegeben. so besonders wenn es Begünstigung in einem Falle annahm. in welchem die Begünstigungshandlung deshalb erfolgt war. weil der Handelnde sich nicht selbst kompromittieren wollte. Der Hinweis auf die Begünstigung um eigenen Vorteils ist dabei, wie gezeigt wurde, unzutreffend. Aber auch in dem zitierten richtigeren Urteil begeht das RG. den Fehler, sich nicht damit zu begnügen, daß der Angeklagte den vernünftigen Zweck haben konnte, dem zu einer Geldstrafe verurteilten Redakteur die Strafsumme zu schenken; es soll nun weiter untersucht werden, ob der genaue Zweck der Schenkung, die offenbar im Hinblick auf die Verurteilung des Redakteurs gemacht war, in der Vereitelung der Strafvollziehung bestand. Wie dies festzustellen sei, gibt das Urteil nicht an: es dürften

tibe — nur dann der Receptatio schuldig sei, wenn eine „*participatio receptationi accesserit*“. Vgl. Anm. 258, 259a.

<sup>35)</sup> Daher richtig RG. II. 10./11. 82 Rs. 4 S. 805, es „*begeht die schwerdeführerin durch die Abwehr der Beamten von der unrechtmäßigen Haus-suchung keine strafbare Handlung, mochte sie dabei auch aus dem Beweggründe gehandelt haben, ihrem Sohne die Vorteile des Jagdvergehens zu sichern.*“

<sup>36)</sup> I. 23./5. 98. GArch. 46 S. 326 und I. 1./2. 99. E. 32 Nr. 9 S. 25.

da nur willkürliche Annahmen übrig bleiben. Wie wäre es z. B. wenn der Verleger einer Zeitung „Ehren halber“ die Geldstrafe für den Redakteur bezahlte?

§ 399. Begünstigung mit nur eventuellem Dolus in der Weise, daß der Begünstiger sich vorstellt, seine zugleich auf einen anderen Zweck gerichtete Tätigkeit könne auch der Bestrafung eines Verbrechers hinderlich oder dem fortdauernden Genusse der Vorteile des Verbrechens seitens des Schuldigen förderlich sein, ist dem Dargelegten zufolge durchaus ausgeschlossen, auch wenn die Möglichkeit eines *Dolus eventualis* im allgemeinen im Sinne der herrschenden Ansicht angenommen wird. Welche Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit würden sich nicht auch ergeben aus der Möglichkeit, eine strafbare Begünstigung mit *Dolus eventualis* zu begehen?

Aber man hüte sich, diese nach der äußeren Gestaltung der Handlung, nach deren begleitenden Umständen festzustellende Absicht mit der gesamten Beurteilung zu verwechseln, welche der Handelnde etwa selbst seiner Handlung angedeihen lassen möchte, und die letzten, geheimsten Motive des Handelnden werden sich doch meist nicht ergründen lassen, vielmehr dem Handelnden selbst oft unklar bleiben. Wenn daher ein anderes vernünftiges Motiv als eben das der Begünstigung sich denken läßt (bez. der aus der Begünstigung als solcher hervorgehenden Vorteile), so ist Begünstigung ausgeschlossen.

Hält man aber daran fest, daß sobald irgend ein anderes vernünftiges Motiv gedacht werden kann, niemand in dem an sich erlaubten Handeln durch die Rücksicht auf die in seiner Tätigkeit etwa objektiv zu findende Begünstigung eines Deliktes gehindert werden kann,<sup>317)</sup> so ergibt sich z. B., daß es nicht Begünstigung ist, wenn der Billeteur einem flüchtigen Verbrecher ein Eisenbahnbillet, der Schiffsagent einem solchen ein Billet zur Überseefahrt verkauft,<sup>318)</sup> wenn ein Arzt den verwundeten Verbrecher verbindet, obwohl wissend, daß damit unzweifelhaft dessen Flucht erleichtert<sup>318a)</sup> oder ermöglicht wird;

<sup>317)</sup> Schon *Baldus, Consilia II. conc. 47 n. 5 (ed. Feyrabend 1589)* ist der Meinung, daß jemand, der dem Diebe die von diesem deponierte Sache zurückgebe (wenn er sie *bona fide* empfangen hatte) nicht wegen *Receptatio* gestraft werden dürfe: „*obligatus est ex contractu, quae obligatio cum excusat a maleficio.*“

<sup>318)</sup> Übereinstimmend *Frank § 257 VI, 3.*

<sup>318a)</sup> Über diesen Fall übereinstimmend *Wharton 1 § 241.*



wenn jemand dem zu Geldstrafe Verurteilten eine Schuld bezahlt,<sup>318b)</sup> obwohl er sich vorstellen kann, daß dieser das Geld zur Bezahlung der Geldstrafe verwenden wird; wenn jemand und insbesondere ein Rechtsanwalt einen anderen, der ihn deshalb darüber befragt, aufklärt, daß er ein Verbrechen begangen habe, obwohl der Antwortende vermutet oder als sicher annimmt, daß der Fragende auf seine Antwort hin Anstalten zur Flucht treffen werde; ferner wenn jemand dem Kassenbeamten, Buchhalter, der eine Unterschlagung begangen hat, das Geld zur Deckung des Defizits gibt; denn damit ist der anderweite, der Rechtsordnung doch förderliche Zweck verbunden, dem zivilrechtlich verletzten Fiskus oder Prinzipal zu seinem Rechte zu verhelfen;<sup>319)</sup> daß es auch nicht Begünstigung ist, wenn diejenigen, welchen der Schuldige Unterhalt zu geben verpflichtet ist, das von diesem gestohlene Gut selbst mitgenießen — müßten sie doch im Falle der Weigerung selbst für ihren Unterhalt sorgen und indirekt oft die Entdeckung befördern; daß ich nicht bei Strafe der Begünstigung verpflichtet bin, meine durch Diebe zerbrochenen Fenster oder Türen in diesem Zustande zu lassen, weil durch die Reparatur etwa die Überführung des Diebes erschwert werden würde; daß ich nicht verpflichtet bin, Urkunden, die mir gehören, über die ich sonst völlig freie Disposition habe, deshalb aufzubewahren, weil mit diesen etwa der Beweis von Fälschung und Betrug usw. geführt werden kann. Und überall ist es hier unzulässig, auf eine etwaige Nebenansicht oder Hauptansicht die Untersuchung behuf Bestrafung zu richten.<sup>319a)</sup> Auch das Motiv der Furcht vor dem Verbrecher — d. h. die Absicht sich durch die Handlung vor

<sup>318b)</sup> Eine Schenkung ist in solchem Falle aus einem anderen Grunde für erlaubt zu halten; vgl. darüber unten S. 774 ff.

<sup>319)</sup> So auch *Krug*, Kommentar z. StGB. für das Königr. Sachsen I S. 136. Anders selbstverständlich, wenn das Geld nur gegeben wurde als Kommodat, um es nur bei der Kassenrevision figurieren zu lassen. Anders auch in dem vom RG. II. 7./12. 83 E. 9 Nr. 74. S. 242 entschiedenen Falle; der Gendarm sollte durch die dem Bestohlenen angebotene Rückerstattung des gestohlenen Geldes zur pflichtwidrigen Unterlassung der Anzeige bewogen werden.

<sup>319a)</sup> Daß für den Dieb der Uhrmacher die gestohlene Uhr reparieren, der Schmied das gestohlene Pferd beschlagen, der Tierarzt das gestohlene Tier in Heilbehandlung nehmen darf, wird allgemein schon deshalb angenommen, obgleich der Wortlaut des StGB. zuzutreffen scheint — „es werden dem Verbrecher ja „Vorteile“ gesichert“ — weil durch solche Handlungen eine Hinderung der Strafe oder der Zivilansprüche nicht bewirkt werde. Das könnte aber doch der Fall sein. Dagegen trifft der im Text bezeichnete Grund der Straflosigkeit stets zu

Mißhandlung oder anderen Verbrechen zu wahren, muß als die spezifische Begünstigungsabsicht ausschließend angesehen werden — wie z. B. auch der Codex Maximil. Bavaricus I, 12 § 9 dies in einem in früherer Zeit leicht vorkommenden Falle ausdrücklich anerkannt hatte — ohne daß es auf die Voraussetzungen eines eigentlichen Notstandes ankommen dürfte<sup>319b)</sup> Anders freilich die Nürnberger Praxis im XVI. Jahrhundert, welche von den Wirten sogar Festnahme gefährlicher Gesellen verlangte und bei Vernachlässigung dieser Pflicht oder einfacher Aufnahme schädlicher Leute jene als Genossen dieser nicht selten ohne weiteres torquierte und richtete. (Vgl. Knapp, Das alte Nürnberger Kriminalrecht 1896. S. 44.)

Dagegen ist es allerdings Begünstigung, wenn jemand da, wo er, wie man sich auszudrücken pflegt, nichts zu suchen hat, Spuren der Tat vertilgt; ferner, wenn jemand, während er sonst kein Fuhrgewerbe betreibt, gegen Belohnung jemanden nach der Grenze des Staates befördert oder wenn der Gewerbetreibende gegen besonders hohe Vergütung jemandem in ungewöhnlicher Weise behülflich ist. Während es nicht Begünstigung ist, wenn jemand einmal einen Trunk annimmt, der wie er weiß, aus einem gestohlenen Faß Branntwein stammt, dürfte es Begünstigung sein, wenn jemand an einem besonders dazu arrangierten Zechgelage teilnimmt, bei dem das gestohlene Faß Branntwein ausgetrunken wird; in dem ersteren Falle bleibt der Handelnde im Geleise des gewöhnlichen Lebens, da man einen kleinen Trunk anzunehmen pflegt, in dem zweiten Falle aber kann man wirklich sagen, der Mitverzehrende sei in gewissem Sinne Genosse des Diebes.<sup>319c)</sup>

§ 400. Die beiden von der neueren Theorie und dem StGB. je nach der Absicht des Begünstigers — den Schul-

<sup>319b)</sup> „Bei bloßen Unterschriftgebern und Aushelfern ist aber auf das böse Gemüt und darauf zu sehen, ob sie an abseitigen Orten und Einöden bewohnt, und ob die Täter solch gefährliche Leute seyend, von welchen man bei verweigern der Herberge vieles Ungemach oder Gefahr zu besorgen gehabt hätte, denn dieser Umstand hebt entweder alle oder doch die schärfste Strafe auf . . .“ Der Codex bringt dies in Zusammenhang mit dem Hinweis „Auf das böse Gemüt zu sehen.“

<sup>319c)</sup> Vgl. auch das unten über die sog. Partiererei Bemerkte. Bei Abfassung des preuß. StGB. ging man davon aus, daß einfache Teilnahme an den Vorteilen eines begangenen Deliktes straflos sei (*Goldammer, Materialien* I S. 290, 344). Ebenso betrachten viele das Mitverzehren gestohlener Sachen nicht als Partiererei. Das dürfte so allgemein gesagt unrichtig sein.

digen der Bestrafung zu entziehen und andererseits ihm Vorteile des Verbrechens zu sichern — zu unterscheiden. Arten der Begünstigung sind praktisch oft schwer zu unterscheiden, sofern überhaupt der Schuldige noch greifbare Vorteile der Begehung des Deliktes in Händen hat. Wer die gestohlenen Sachen versteckt, wird, wenn der Dieb nicht geständig ist oder direkt durch Zeugnis überführt wird, häufig in beiden Absichten handeln; es kann aber auch das Verstecken gestohlener oder geraubter Sachen lediglich zu dem Zwecke geschehen, den Schuldigen vor Strafe zu schützen, da die Absicht, nicht aber die äußere Beschaffenheit der Tat entscheidet. Kann angenommen werden, daß die Begünstigung sowohl in der einen wie in der anderen Absicht erfolgte, oder ist es zweifelhaft, welcher Zweck dem Begünstiger als der eigentlich zu erstrebende wünschenswert erschien, so muß, wie schon früher bemerkt, nach der Regel *in dubio benignius* geurteilt werden, d. h. es muß angenommen werden, daß die Absicht der Strafentziehung obwaltete; denn dies Motiv ist das edlere, weniger strafbare, wie es denn auch in den Fällen, in denen der Begünstiger dem Begünstigten als Verwandter besonders nahe steht, vom Gesetzgeber privilegiert ist. Die Ansicht, daß beide Arten nach der Ausschließlichkeit der bezeichneten Arten der Absicht sich unterscheiden lassen, ist praktisch undurchführbar und beruht im letzten Grunde auf der theoretisch falschen Konstruktion der Begünstigung als einem in zwei Spezialdelikte sich spaltenden selbständigen Delikte, wovon das eine gegen die Strafrechts-, das andere gegen die Zivilrechtspflege sich richten soll oder zu einem besonderen Vermögensdelikte gestaltet wird. Die frühere Theorie, welche die Begünstigung als Teilnahme auffaßt, konnte Ausschließlichkeit der auf Strafentziehung gerichteten Absicht nicht verlangen, wenn sie nahe Verwandte des Schuldigen von der Bestrafung wegen Begünstigung befreite.

§ 401. Die Tat braucht (wie auch die Praxis des RG. annimmt,<sup>320</sup>) um als Begünstigung strafbar zu sein, die Wirkung nicht zu haben, jemanden der Bestrafung zu entziehen, es ge-

<sup>320</sup>) RG. II. 7./12. 83 E. 9 Nr. 74 S. 242; IV. 1./4. 90 E. 20 Nr. 80 S. 234. Ebenso OAG. Dresden 1./6. 77, *Stengleins* Zeitschr. 7 S. 322, *Hälschner* 2 S. 876, *Olshausen* § 257 Nr. 10. Es fehlt aber an der Begründung: der Ausdruck „Beistand leisten“ kann doch ebenso gut im Sinne eines den be-

nügt, daß sie dazu nicht durchaus ungeeignet war.<sup>320a)</sup> Die Analogie absolut untauglicher Versuchshandlungen wird hier maßgebend sein müssen. Insoweit Untauglichkeit der Handlung Strafflosigkeit des Täters begründet, muß sie auch für den minder strafbaren Begünstiger diese Wirkung haben. Aber weiter darf die Strafflosigkeit nicht ausgedehnt werden. Sollte die Begünstigungshandlung nur dann strafbar sein, wenn endgültig der Schuldige der Bestrafung entzogen, oder ihm der aus der Tat hervorgehende Vorteil gesichert wäre, so würde die Begünstigung nur höchst selten bestraft werden können; denn jenes Ergebnis wird nur feststehen, wenn der Schuldige gestorben oder die Tat verjährt oder nicht erweislich ist. Einstweilige Sicherung ist aber ein durchaus verschwimmender, daher unbrauchbarer Begriff. Man macht sich zum Genossen des Verbrechers nicht erst durch Hülfe, welche ihn wirklich von Strafe befreit oder ihm die Beute des Verbrechens gegenüber dem Berechtigten wirklich sichert, sondern durch jeden Akt, welcher helfend sein kann und als solcher beabsichtigt ist, und schwerlich hat man auch jemals Anstand genommen, denjenigen, der dem verfolgten Friedbrecher Unterschlupf gewährte, zusammen mit diesem zu bestrafen. Auch kann nicht erfordert werden, daß die Begünstigungshandlung mit einer Tätigkeit des Begünstigten fördernd oder mit einer Verfolgungstätigkeit hindernd in kausale Verbindung (wengleich nicht erfolgreich) getreten sei.<sup>321)</sup> Die Kausalität kann bei nachfolgender, uneigentlicher Teilnahme, da man sich prinzipiell über dieses Erfordernis hinwegsetzt, nicht wieder diejenige Bedeutung haben, welche ihr bei eigentlicher Teilnahme zukommt. Richtig ist es daher, wenn *Hälschner* (2 S. 876) es für genügend erachtet, daß die Be-

absichtigten Erfolg bewirkenden Beistandes genommen werden. Die Worte Beistand, Hülfe, Förderung sind in dieser Beziehung an sich zweifelhaft.

<sup>320a)</sup> *Olshausen* § 257 Anm. 10; *Binding*, Lehrb. 2 S. 656; RG. IV. 9./1. 1903 E. 36 Nr. 28 S. 77.

<sup>321)</sup> So *Frank*, Zeitschr. 12 S. 319 und zu § 257 V. — Im Ergebnisse mit *Frank* übereinstimmend v. *Buri*, GS. 29 S. 38; *H. Meyer* § 36 Anm. 22; *Rethwisch* S. 51; *Liszt* § 183, III. 1b; *Köhler*, GS. 61 S. 56 macht, indem er die kausale Eingliederung besonders betont, darauf aufmerksam, daß die Eigenschaft der Handlung als einer geeigneten deshalb nicht entscheiden könne, weil z. B. unter einer anscheinend unpraktischen Maske ein sehr geeigneter Rat gegeben werden könne. Aber der bloße Schein soll doch nicht maßgebend sein. Vielmehr liegt die Sache analog wie beim Kausalzusammenhange; Tätigkeiten, die den fraglichen Erfolg nur in seltenen Fällen haben können, zählen im allgemeinen als kausal nicht, wohl aber dann, wenn der Täter auf den Erfolg rechnete.

günstigungshandlung tauglich war, die Begünstigung kenntlich zu machen, während die Ansicht, welche kausale Verbindung fordert zu wenig haltbaren Unterscheidungen gelangt. Der Brief, der einem Verbrecher Mittel und Wege zur Flucht mitteilt, den Verbrecher aber nicht erreicht, soll noch nicht (vollendete) Begünstigung enthalten, wohl aber etwa der Brief, der dem Verbrecher zukommt. Wie aber, wenn dieser den Brief nicht liest, nicht versteht, oder aber aus besonderen, dem Absender nicht bekannten Gründen jene Mittel im vorliegenden Falle unbenutzbar sind?

Allerdings müßte nach der Selbständigkeitstheorie auch ein Versuch der Begünstigung anerkannt werden, der freilich, abgesehen von dem Falle der Hehlerei, nach unserem positiven Rechte als Versuch eines Vergehens straflos sein würde, da die Strafbarkeit hier nicht besonders ausgesprochen ist. Es ist in der Tat auch auf Grund der Selbständigkeitstheorie die Meinung aufgestellt worden, das Gesetz habe in der Begünstigung schon die Versuchshandlung unter Strafe gestellt.<sup>321a)</sup> Der Begriff des Versuchs ist aber hier ebensowenig verwendbar, wie es juristisch einen Versuch der Beihilfe geben kann. Nach der Auffassung der Begünstigung als nachfolgender Teilnahme ist das sofort klar; nach der Selbständigkeitstheorie dagegen ist die Annahme der Möglichkeit eines Versuches unausweislich. Man kann ihn aber nicht begrenzen; denn das Maß desjenigen, was zur vollendeten Begünstigung im Gegensatze zur versuchten gehören soll, ist unbestimmbar.<sup>322)</sup>

**§ 402.** Die als persönliche Begünstigung strafbare Handlung kann sich richten sowohl gegen die Verurteilung, wie nach erfolgter Verurteilung gegen die Strafvollstreckung. Als Begünstigung in ersterer Beziehung — unter der oben angegebenen, aus der Natur der erforderlichen Absicht folgenden Beschränkung — ist anzusehen das Verheimlichen oder Vernehmen von Überführungsstücken (z. B. auch Verbergen des Leichnams, wenn jemand durch ein Verbrechen oder Vergehen das Leben verloren hat,) Verwischen von Spuren der Tat Beförderung der Flucht des Schuldigen (auch durch Verschaffen von Geldmitteln zur Flucht), Vereitelung oder zeitweise

<sup>321a)</sup> *Binding*, Normen 2 S. 454; *Lehrb.* 2 S. 655; *Gretener* S. 103.

<sup>322)</sup> Die Möglichkeit eines Versuchs der Begünstigung wird angenommen von *Buri* GS. 27 S. 38, *Frank* § 257, *Köhler* GS. 61 S. 56, anscheinend auch von *H. Meyer* § 36, 7.

Hinderung der Untersuchungshaft ist jedenfalls Begünstigung, wenn dadurch Strafentziehung erreicht werden soll; fehlt dieser Zweck, so wird von den meisten<sup>323)</sup> mit Recht Begünstigung nicht angenommen. Die Auffassung der Begünstigung als eines formellen Eingriffs in die Rechtspflege scheint freilich zu der entgegengesetzten Ansicht führen zu müssen.<sup>323a)</sup>

Selbstverständlich kann auch Irreführen von Verfolgern des Verbrechers Begünstigung sein.

Dem Wortlaute des StGB. nach scheinen ebenfalls falsche Angaben vor dem Richter — möglicherweise in der Form falscher Selbstbeschuldigung — als Begünstigungshandlungen bestraft werden zu müssen und folgerichtig auch Verleitung zu falschen derartigen Angaben, ja Zeugnisverweigerung;<sup>323b)</sup> und in diesem Sinne entscheiden sich auch die meisten,<sup>324)</sup> welche über diese Spezialfrage überhaupt sich ausgesprochen haben. *John*<sup>325)</sup> dagegen führt aus, eine Begünstigung sei dann nicht mehr denkbar, wenn die verfolgende Tätigkeit bei ordnungsmässiger Anwendung der zur Erforschung der Wahrheit verfügbaren Mittel durch entgegenstehendes Handeln einzelner Personen nicht mehr gehindert werden könne. Letzteres ist nun zwar zu bestreiten, da allerdings auch der Richter durch unwahre Aussagen irreführt werden kann. Aber im Ergebnisse muß man *John* zustimmen. Dem Richter steht das Mittel zu Gebote, eine wahrheitsgemäße Aussage durch Beeidigung zu erzwingen; der beeidigte Zeuge, der vorsätzlich wahrheitswidrig aussagt, verfällt einer Strafe, die weit schwerer ist als die Strafe der Begünstigung; letztere Strafe ist also kaum erheblich und würde nach dem für die Idealkonkurrenz geltenden Grundsatz wegfallen. Wenn aber von Beeidigung Abstand genommen wird, so verzeiht entweder das Gesetz dem Aussagenden die

<sup>323)</sup> *Hälschner* 2 S. 876; *Hocheder*, Komm. z. bayr. GB. 1 S. 290. (Bei Beratung des bayr. GB. v. 1861 wurde die Straflosigkeit für diesen Fall anerkannt.) *Schwarze* GS. 24 S. 382; *Villmow* S. 88; *Gretener* S. 146; *Merkel* in *Holtendorffs* Hdb. 4 S. 428; *Waldhausen* GArch. 29 S. 396. — A. M. v. *Buri*, GS. 29 S. 20; *Olshausen* § 257, 17, 1.

<sup>323a)</sup> So besonders *Meves*, Strafrechtszeit. 13 S. 517.

<sup>323b)</sup> So *H. Meyer* § 36 zu Anm. 13, 14.

<sup>324)</sup> *Hälschner* S. 876; *Geyer* GS. 27 S. 306; *Schütze*, Lehrb. S. 163 Anm. 9; *Merkel* in *Holtendorffs* Hdb. 3 S. 740; *Olshausen* § 257, Anm. 17 c. Ebenso aber auch die Praxis des früheren preuß. OT. (vgl. *Merkel*) und jetzt RG. II. 21./3. 85 Rs. 6 S. 215 (Nr. 85); IV. 13./12. 95 E. 28 Nr. 39 S. 113.

<sup>325)</sup> Entwurf z. n. StGB. S. 262.

falsche oder doch die unbeeidigte falsche Aussage — so wenn der Zeuge anscheinend bei der Straftat selbst beteiligt (oder wenn er naher Verwandter des Angeklagten ist) — oder das Gesetz will — so regelmäßig im Vorverfahren — den Aus-sagenden noch nicht definitiv an seine Aussage binden, um eine unbefangene Aussage im Hauptverfahren zu erhalten; dem einen wie dem anderen dieser Zwecke würde aber eine Bestrafung der falschen Aussage wegen Begünstigung widerstreiten. Dazu kommt, daß nach unserem Gesetze eine falsche unbeeidigte Aussage zu Ungunsten eines Angeklagten straflos ist; wäre es da nicht im höchsten Grade auffallend, wenn nun die doch jedenfalls eher entschuldbare (vorsätzliche) falsche Aussage zu Gunsten eines Angeklagten oder Verdächtigen stets als Begünstigung bestraft werden würde? Anders sind jedoch falsche Angaben bei der Polizeibehörde oder der Staatsanwaltschaft zu beurteilen, wenn damit bezweckt wird, daß diese Behörde selbst die Verfolgung überhaupt oder gegen eine bestimmte Person aufgabe, oder sonst die wirksame Verfolgung oder die Entdeckung von Beweismitteln gehindert werde, da der Polizei wie dem Staatsanwalt die Beeidigung nicht zu Gebote steht. Ist die Sache schon von richterlicher Entscheidung abhängig, so ist auch die der Polizei, dem Staatsanwälte gemachte falsche Angabe nicht Begünstigung, sie müßte denn dazu bestimmt sein, Nachforschungen gerade dieser Behörden zu hindern und nicht erst dem Richter vorgelegt zu werden. Da nach dem jetzt geltenden Prozeßrechte der Polizei so wenig wie der Staatsanwaltschaft gegenüber die Pflicht besteht, sich als Zeuge vernehmen zu lassen, so ist wie RG. III, 22/11. 83 (E. 9 N. 129 S. 434) ausgeführt hat, eine einfache Auskunftsweigerung gegenüber den bezeichneten Behörden nicht Begünstigung, sollte dabei auch der Zweck obwalten, jemanden der Strafe zu entziehen. Dasselbe wird meist auch, wie gerade der vom RG. entschiedene Fall zeigt, von der Erklärung gelten müssen, daß man nichts von dem Verbleiben des Verfolgten wisse; denn diese Erklärung wird die verfolgende Behörde in Ansehung der Verfolgung meist nicht in eine schlechtere Lage bringen als solche vor dieser Erklärung bestand.<sup>326)</sup>

<sup>326)</sup> Vgl. die Ausführung des RG. a. a. O. S. 439.

Noch weniger aber als falsche Angaben vor Gericht können Ausführungen und Anträge eines Rechtsanwalts und Amtshandlungen eines Verteidigers — sofern sie nicht etwa Deckmantel sind für anderweitige Begünstigungshandlungen<sup>37)</sup> — als solche eine strafbare Begünstigung enthalten. Der Verteidiger hat bei der Verteidigung nicht seine individuelle Überzeugung über Schuld und Unschuld zugrunde zu legen; er kann und soll vielmehr alles, was irgend für den Angeklagten spricht, hervorheben und in dieser Richtung auch die Beweismittel benutzen. Danach handelt er noch innerhalb der Schranken seiner Befugnisse, wenn er selbst eine nach seiner Überzeugung schuldige Person als einen wegen ungenügenden Beweises freizusprechenden Angeklagten darstellt und dazu etwa Aussagen von Zeugen benutzt, welche den Richter irre zu machen geeignet sind, solange die Aussagen, die er provoziert, an sich wahrhafte Aussagen sind.<sup>37<sup>a</sup>)</sup> Damit ist schlechterdings die Strafbarkeit jener Handlungen, also auch die Strafbarkeit wegen Begünstigung unvereinbar. Man bedenke auch, wie unfrei und beengt die Stellung des Verteidigers werden würde, wenn er leicht eine Anklage wegen Begünstigung auf Grund einer wirklich oder angeblich irre führenden Verteidigungsrede zu befürchten hätte.

§ 404. Zweifelhaft kann erscheinen, ob jemand einen freiwillig zur Sicherung der Bestrafung eines Verbrechers unternommenen Schritt wieder rückgängig oder wirkungslos machen kann, ohne sich der Begünstigung schuldig zu machen; z. B. jemand, der den ertappten Dieb eingesperrt oder gefesselt hat, läßt diesen auf Bitten wieder frei. Es muß hier derselbe Unterschied gemacht werden, wie überhaupt in dergleichen Fällen

<sup>37)</sup> Z. B. der Verteidiger würde um eine Unterredung mit dem verhafteten Angeklagten ersuchen, um ihm während der Unterredung ein Mittel zum Ausbrechen in die Hand zu spielen.

<sup>37<sup>a</sup>)</sup> Daß der Anwalt und besonders der Verteidiger nicht immer seiner Überzeugung zu folgen habe, ist schon von *Cicero* mehrfach hervorgehoben worden. Vgl. die dem *Antonius* in den Mund gelegten Worte (*De oratore* II, 7 § 30) „ . . . nos contrarias saepe causas dicimus non modo ut *Crassus* contra me dicat aut ego contra *Crassum*, cum alterutri necesse sit falsum dicere; sed etiam ut uterque nostrum eadem de re alias aliud defendat, cum plus uno verum esse non possit.“ Und *Pro Cluentio* c. 50 § 139 „ . . . si causae ipsae pro se loqui possent, nemo adhiberet oratorem. Nunc adhibemur, ut ea dicamus, non quae nostra auctoritate constituentur, sed quae ex re ipsa causaque ducuntur.“ *Seeger*, Über das Verhältnis der Strafrechtspflege zum Gesetz im Zeitalter *Ciceros* in der Festschrift der Tübinger Juristenfakultät für *Wacchter*, Tübingen 1869.



beim Kausalzusammenhange. Kann angenommen werden, daß durch den erst geschehenen Schritt noch niemand veranlaßt ist, in Beziehung auf die Verfolgung des Verbrechers zu handeln oder nicht zu handeln, so kann das, was geschehen ist, zurückgenommen werden, ohne daß deshalb eine Verantwortlichkeit stattfindet. Die in mittelalterlichen Rechtsquellen bezüglich des gebundenen Verbrechers vorkommende entgegengesetzte Entscheidung beruht auf der Ansicht, daß durch das Binden des Verbrechers der Strafprozeß gegen diesen eigentlich schon anhängig gemacht sei.

§ 405. Da zur Anzeige eines begangenen Deliktes eine allgemeine Verpflichtung nicht besteht, die Anzeige vielmehr außer im Falle einer Amtspflicht lediglich von dem freien Willen desjenigen abhängt, der in der Lage ist, eine Denunziation vorzunehmen, so kann auch die Überredung zur Unterlassung einer Anzeige nicht rechtswidrig, nicht Begünstigung sein.<sup>328)</sup> Anders freilich, wenn die Anzeige durch Zwang oder strafbare Drohungen oder durch Bereitung faktischer Hindernisse vereitelt wird, oder jemand eine derartige Handlung versucht.<sup>329)</sup> Ebenso wenn ein zur Anzeige verpflichteter Beamter überredet wird, die Anzeige zu unterlassen.<sup>330)</sup> Die einfache Unterlassung einer Anzeige ist, wie allgemein anerkannt wird, nur dann Begünstigung, wenn eine besonders bestimmte Pflicht zur Anzeige besteht. Würde ein allgemeines Gesetz eine Anzeige bestimmter Verbrechen zur Pflicht machen.

<sup>328)</sup> So auch *Olshausen* § 257, Anm. 17 und der Oberreichsanwalt zu den Urteilen RG. II, 7./12. 83. Rs. 5 S. 762 in dem in folgender Anm. zitierten Urteile (Rs. 5 S. 763); *Köhler* GS. 16 S. 59.

<sup>329)</sup> Vgl. auch *Köhler* Studien S. 158. — Jemand, der anfangs entschlossen war, Anzeige zu erstatten, dann aber durch Überredung davon abgebracht wird, unterläßt die Anzeige doch freiwillig. Der Überredende ist also nicht strafbar. Gelegentlich — es handelte sich wohl bemerkt nicht um Bestrafung eines wegen Begünstigung Angeklagten, sondern um die Frage, ob nach StPO. § 56; der Betreffende hätte beeidigt werden müssen — hat allerdings RG. II, 6./4. 86. E. 14 N. 22 S. 89 die Überredung zur Nichterstattung der Anzeige als Begünstigung bezeichnet. — Auch falsche Angaben, welche jemand bewegen eine Anzeige zu unterlassen, sofern sie nicht dem Betreffenden in den Glauben versetzen, er sei faktisch verhindert, die Anzeige zu unterlassen, dürfen strafbare Begünstigung nicht begründen, da die Bedeutung und Wirksamkeit von Motiven sich hierbei nicht abschätzen läßt. Vgl. oben, *H. Meyer* § 36 zu Anm. 14 verlangt, wenn die Unterlassung einer Anzeige bewirkt wird oder bewirkt werden soll, Rechtswidrigkeit des angewendeten Mittels.

<sup>330)</sup> In Ansehung des letzten Falles übereinstimmend RG. II, 2./12. 83. E. 9 N. 74 S. 243.

so wäre die Unterlassung auch dann noch nicht Begünstigung, vielmehr lediglich nach der Spezialbestimmung zu bestrafen. Ein Unterschied zwischen Strafantrag (Ermächtigung) und einfacher Anzeige ist hier nicht vorhanden.

§ 406. Die Begünstigung kann auch, nachdem das Urteil gefällt ist, in verschiedenen Formen sich gegen die Strafvollstreckung richten, auch möglicherweise gegen eine Nebenstrafe, polizeiliche Nachhaft,<sup>331)</sup> gegen die Polizeiaufsicht,<sup>332)</sup> sowie gegen rechtzeitige Vollstreckung,<sup>333)</sup> z. B. durch Befreiung des Gefangenen (in welchem Falle Idealkonkurrenz mit dem besonderen Delikte der Gefangenenbefreiung deshalb vorliegt, weil letzteres eine wirkliche Deliktsbegehung durch den Befreiten nicht voraussetzt.<sup>334)</sup> Unzutreffend ist die Einwendung, daß hier Begünstigung und Gefangenenbefreiung (StGB. 120) im Tatbestande identisch seien, da die Befreienden doch der Überzeugung seien, den Gefangenen einer möglichen (wenn auch ungerechten Bestrafung zu entziehen, und daß deshalb nur von § 120 Anwendung zu machen sei;<sup>335)</sup> sie läßt das Moment der wirklichen Schuld des Begünstigten, das nach der Teilnehmertheorie sich aufdrängt, aber auch nach der Theorie des StGB. bei der Begünstigung vorhanden sein muß, vermöge einer willkürlichen Präsuntion unberücksichtigt.<sup>336)</sup> Allerdings aber gerät die Selbständigkeitstheorie in einige Verlegenheit,

331) *Schwarze* GS. 24. S. 383. *Olshausen* § 257, Anm. 18 Preuß. OT. 22./6. 59. GArch. 7 S. 542. Der Gegengrund, daß die Nachhaft auf einer Verfügung der Verwaltungsbehörde beruhe, daher nicht gerichtliche Strafe sei, ist hier mit Recht als nicht zutreffend bezeichnet, da das StGB. die Nachhaft zu den Strafmitteln rechnet. Man kann hinzusetzen, daß die Nachhaft doch auch vom Gerichte erkannt, wenn auch zugleich vom Ermessen der Verwaltungsbehörde abhängig gemacht werde. Würde der Grundsatz eingeführt, daß eine Strafe innerhalb gewisser Grenzen überhaupt von einer Verwaltungsbehörde oder Kommission verlängert werden könne, so würde nach der entgegengesetzten Ansicht dann auch in bezug auf diesen Zusatz einer Hauptstrafe Begünstigung nicht möglich sein.

332) *Merkel* in *Holtzendorffs* Hdb. 3 S. 740 Anm. 6.

333) Erlangung eines Strafaufschubs durch unrichtige Atteste RG. I 9./6 87. E. 16 N. 61 S. 204 (Aufschub einer Strafvollstreckung gefährdet die letztere in gewissem Grade stets.)

334) *Merkel* Lehrb. S. 395; *Gretener* S. 150; *Stenglein* in *Zeitschr. für Strafrechtswissenschaft* 4 S. 587; *Binding* 1 S. 352 Anm. 8; *Waldthausen* GA. 29 S. 396; *Olshausen* § 257 Anm. 20; *Frank* § 120 VI. RG. III 20./11. 82 E. 7 Nr. 75 S. 244. RG. VII. 82 RS. 4 S. 829.

335) So freilich *Hälseher* 2 S. 961; *H. Meyer* § 61 Anm. 41; *Schwarze* Komment. S. 393 Anm. 1; *Köhler* 9 S. 61 S. 70.

336) Die Rechtskraft der gegen den Begünstigten ergangenen Entscheidung kann nicht zum Nachteil des Begünstigten gelten.

anders geartete verletzte Lebensinteressen (Rechtsgüter) für Begünstigung und andererseits für die Gefangenenbefreiung zu bezeichnen, sofern es sich um eine Gefangenhaltung handelt behufs Strafvollstreckung. *Binding* meint zwar, die Begünstigung sei ein Angriff auf das staatliche Strafrecht, die Gefangenenbefreiung ein Angriff auf das staatliche Haftrecht. Aber ein selbständiges Haftrecht, das man dem Strafrechte gegenüber stellen könnte, dürfte nicht anzuerkennen sein. Das Haftrecht kann nur einem anderen Hauptzwecke entspringen, entweder dem Strafzwecke oder dem Polizeizwecke, z. B. Festhaltung eines Wahnsinnigen, oder dem Kriegszwecke (Festhaltung eines Kriegsgefangenen). Da die letzteren Zwecke nicht in Betracht kommen, wenn von Begünstigung die Rede sein soll, bleibt nur der Strafzweck übrig. Diese Schwierigkeit, welche bei der Selbständigkeitstheorie besteht, hat vielleicht *Hälschner* veranlaßt, die Möglichkeit einer Konkurrenz von Begünstigung und Gefangenenbefreiung zu leugnen. Er meint die Befreiung sei nur Mittel der Begünstigung; aber da sie dies nicht in jedem Falle oder nicht einmal regelmäßig ist, so ist Konkurrenz aus diesem Grunde sicher nicht ausgeschlossen.<sup>337)</sup> Tritt jemand (unter Täuschung der Behörde oder des Beamten) an Stelle des Verurteilten eine Freiheitsstrafe an, so liegt zweifellos Begünstigung vor (nicht selten in Konkurrenz mit Urkundenfälschung nach StGB. 271).<sup>338)</sup>

§ 407. Mehrfach erörtert und bestritten ist, ob Zahlung einer Geldstrafe für einen anderen Begünstigung sei.<sup>338a)</sup> Während nach der älteren Auffassung die erkannte Geldstrafe eine nur den zivilrechtlichen Normen unterliegende Forderung des Fiskus darstellt, und deshalb der preußische Justizminister im Jahre 1832 aussprach, daß die Staatskasse verpflichtet sei, die Zahlung einer Geldstrafe durch einen anderen anzunehmen, brachte zuerst 1871 ein kurzer Aufsatz *Lehmanns*<sup>339)</sup>

337) *H. Meyer*, Einwendung (§ 61 Anm. 41) beruht auf einem allgemeinen aus der Theorie der Konkurrenz entnommenen Argumente, das hier noch nicht gewürdigt werden kann, aber m. E. für den fraglichen Fall nicht zutrifft.

338) RG. I. 11./6. 83. E. 8 Nr. 105. S. 367.

338a) Vgl. die Dissertationen: *Raff*, Ist Zahlung einer Geldstrafe für einen anderen Begünstigung? München 1892. *Meiners*: Ist Zahlung einer Geldstrafe für einen anderen als Begünstigung strafbar? Erlangen 1895. *Jankowiak* (mit gleichem Titel), Posen 1898 (Göttinger Dissertation).

339) GArch. 19 S. 784 ff.

die Ansicht, daß Geldstrafe ebenso wie Freiheitsstrafe sich dem Verurteilten persönlich fühlbar machen müsse: er müsse die Strafsomme entbehren. Wer also für einen anderen eine Geldstrafe zahle, wer sie ihm schenke oder ersetze, vereitele die Strafe, mache daher der Begünstigung sich schuldig.<sup>339a)</sup> In schärferer Form ist dasselbe Argument gegen die inzwischen hervorgetretenen, einzelne Fälle hier unterscheidenden Ansichten von *Lammasch*<sup>340)</sup> ausgesprochen worden: nicht darauf komme es bei der Begünstigung an, daß der äußere Vorgang der Strafvollstreckung vereitelt, sondern darauf, daß sie dem Verurteilten nicht fühlbar werde, und gerade das Fühlbarwerden wolle das Gesetz: wenn das Gesetz noch körperliche Züchtigung kennte, so würde es doch auch Begünstigung sein, wenn jemand den Verurteilten körperlich anästhetisierte.<sup>340a)</sup> Es ist aber jedenfalls unrichtig, daß eine Geldstrafe dem Verurteilten nicht fühlbar werde, wenn er selbst sie zahlt, ein anderer aber ihm den Betrag schenkt. Am nächsten stehen dieser Ansicht *Gretener*<sup>341)</sup> und *Raff*. Zahlung der Geldstrafe für einen Verurteilten soll immer Begünstigung sein, Schenkung zum Zwecke der Zahlung Begünstigung, falls die erforderliche Absicht vorhanden sei; eine Schenkung des vom Verurteilten bereits gezahlten Betrages dagegen soll nicht als Begünstigung betrachtet werden; wie *Raff* richtig bemerkt, könnte man sonst einem Verurteilten nicht leicht mehr etwas schenken, oder wie lange Zeit müßte zwischen der Entrichtung der Geldstrafe und der Schenkung liegen? Andererseits wird ausgeführt, die Strafe solle zwar von dem Schuldigen als ein Übel empfunden werden;

<sup>339a)</sup> Ebenso *v. d. Decken*, *Zeitschr.* 12 S. 97ff., der noch ein unzutreffendes Argument hinzufügt, indem er (S. 114) darauf hinweist daß ja die vor der Tat zugesagte Schadloshaltung als Beihilfe strafbar sei, einerlei wie diese Schadloshaltung erfolgen solle, und daß deshalb die ohne solche Zusage erfolgende Schadloshaltung des Bestraften oder Verurteilten als Begünstigung strafbar sein müsse. Dabei wird verkannt, daß die vor der Tat zugesagte Schadloshaltung doch nur deshalb Beihilfe ist, weil sie zugleich als Ermunterung zur Tat, als intellektuelle Beihilfe sich darstellt. Nur aus diesem Grunde ist nachherige Schadloshaltung, ohne Rücksicht auf die Art und Weise wie sie erfolgt, Beihilfe. Vgl. gegen *v. d. Decken* auch *Raff* S. 26.

<sup>340)</sup> *Juristenzeitung* 1897 (15. November) S. 432.

<sup>340a)</sup> Gegen *Lammasch* vgl. insbes. *Friedmann*, *Zeitschr.* 18 S. 821 ff. der streng nach zivilrechtlichen Grundsätzen unterscheiden will, ob die Strafe aus dem Vermögen des Verurteilten gezahlt werde. Denn nur dies, nicht aber daß die Strafe jedes Mal (individuell) fühlbar werde, könne das Gesetz wollen.

<sup>341)</sup> S. 148 *Gretener* meint an Stelle der wirklichen Strafleistung werde hier eine Scheinleistung gesetzt, der Strafanspruch des Staates also nicht erfüllt.

aber es genüge, daß dies der Regel nach statfinde; daß ausnahmsweise einem Verurteilten die Strafe angenehm sei, z. B. weil er im Gefängnisse Wohnung und Unterhalt empfängt, komme, wie *Lilienthal*<sup>342)</sup> hierin *Buri*<sup>343)</sup> folgend gegen *Lammasch* bemerkt hat, nicht in Betracht, und wer einem Verurteilten den Betrag der Geldstrafe schenke, „verhindert die Bestrafung nicht, sondern macht sie erst möglich.“ Die Strafe werde aus dem Vermögen des Verurteilten bezahlt, woher dies Vermögen stamme, sei gleichgültig. Die meisten betrachten denn auch nur die Zahlung einer Geldstrafe für den Verurteilten, nicht die Schenkung zum Zwecke der Bezahlung der Strafe als Begünstigung und noch weniger nachherigen Ersatz der Strafsumme. *Buri* nimmt sogar an, daß eine ohne Wissen des Verurteilten erfolgende Zahlung nicht Begünstigung sei, weil durch diese Zahlung das Vermögen zugleich vermehrt werde, sie also aus diesem Vermögen erfolge, was entscheidend sei. Nur wenig Zustimmung hat wohl die Meinung gefunden, daß es auf die Absicht des Zahlenden ankomme,<sup>344)</sup> wobei denn nach *Stoß* noch zwischen Anlaß und Zweck der Schenkung unterschieden werden soll.<sup>345)</sup> Denn obschon es richtig ist, daß zur Begünstigung stets die besondere Absicht der Begünstigung gehört, so ist damit doch nicht gesagt, daß nun an sich straflose Handlungen stets durch die Absicht dem Strafgesetze gegen Begünstigung verfallen, abgesehen davon, daß die Feststellung gerade der Absicht, lediglich um der Vereitelung des Strafzweckes willen zu schenken, den größten Schwierigkeiten begegnen müßte. Bei einer einigermaßen geschickten

<sup>342)</sup> D. Juristenzeitg. 1897 S. 489. — So auch scharf und konsequent *Binding* Lehrb. 2 S. 651 Anm. 4: „sobald der Schuldige aus seinem Vermögen zahlt, ist die Strafforderung des Staates getilgt, wenn nicht, nicht. Ob dies Vermögen durch vor der Zahlung erhaltene Schenkung . . . eine Vergrößerung erfahren hat, ist vollständig gleichgültig.“

<sup>343)</sup> GS. 30 S. 244 (auch Beiträge S. 92) folgend.

<sup>344)</sup> So *Meves* Strafrechtzeitg. 13 S. 508; *Stoos* Zeitschr. f. schweizer. Strafr. 11 S. 568 auch *Raff* a. a. O. Allerdings auch RG. am Schlusse der Entscheidungsgründe des bereits zitierten Urt. E. 30 Nr. 76 S. 236.

<sup>345)</sup> Unrichtig ist es, wenn *Raff* nebenher behauptet, eine Schenkung, um dem Verurteilten die Strafe zu ersparen, sei nichtig. Man wird das Versprechen einer solchen Schenkung als nichtig ansehen müssen, wenn damit die Begehung einer Straftat gefördert werden soll; man kann auch das Versprechen die erkannte Geldstrafe zu zahlen, vielleicht als gegen die guten Sitten verstoßend ansehen; aber die Hingabe des Geldbetrages würde nicht nichtig sein. Das ist so nach Pandektenrecht wie z. B. nach dem b. GB. S. 817.

Verteidigung möchte es nach dieser Ansicht nicht leicht zu einer Verurteilung kommen.

Die Ansichten, welche, mit dieser oder mit jener Einschränkung, die Zahlung einer Geldstrafe für einen anderen als Begünstigung ansehen, verkennen sämtlich das Wesen der Geldstrafe, die ihrer Natur nach nicht so mit der Person des Verurteilten verknüpft ist, wie eine körperliche oder Freiheitsstrafe. Während die Person, welche von der Freiheitsstrafe getroffen werden soll, sich nicht so schnell ändern kann, unterliegt das Vermögen den mannigfachsten Änderungen und zuweilen überraschenden Änderungen. Bei erkannter Geldstrafe wird auf solche Änderungen, abgesehen von dem Falle des Unvermögens keine Rücksicht genommen — mag die Strafe auch dadurch an Empfindlichkeit verlieren. Die Strafe wird nicht minder in dem dem Erkenntnisse zugrunde liegenden Umfange vollstreckt, wenn der Betrag der Geldstrafe geschenkt wird, als wenn er anderweit erworben wird. Daher<sup>345a)</sup> kann Schenkung zur Bezahlung einer Geldstrafe durch den Verurteilten nicht Begünstigung sein. Noch weniger selbstverständlich Ersatz der bereits gezahlten Strafe. Ebenso aber auch direkte Zahlung für den Verurteilten, wenn zivilrechtlich der Betrag vorher oder unmittelbar bei der Zahlung das Vermögen des Verurteilten vermehrt. Danach scheint denn als einzige mögliche Begünstigung durch Zahlung der Strafe für den Verurteilten der Fall übrig zu bleiben, daß der Verurteilte die ohne seine Zustimmung gemachte Zahlung nicht genehmigt. Genau betrachtet liegt aber, wie in anderen Fällen Begünstigung nicht aus zivilrechtlichem Grunde anerkannt werden kann, so hier aus dem strafrechtlichen Grunde Begünstigung nicht vor, da der Zahlende die Genehmigung des Verurteilten als erfolgend voraussetzte oder erhoffen mußte, weil sonst seine Hand-

---

<sup>345a)</sup> Der Anspruch des Staates auf die Geldstrafe ist allerdings nicht einer rein zivilrechtlichen Forderung gleichzustellen, und das von den Gegnern beigebrachte Argument — für die Natur und die beabsichtigte Wirkung der Geldstrafe, sei es völlig unerheblich, ob der Betrag den Staat bereichere; der Staat könne ohne irgend das Wesen der Geldstrafe zu ändern, die eingezahlten Beträge in das Meer werfen lassen — unterschreibe ich durchaus. Es hat nur für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Zahlung einer Geldstrafe für den Verurteilten Begünstigung sei, keine Bedeutung; aber zivilrechtliche Beziehungen der Geldstrafe sind, weil es sich um Vermögen und Geld handelt und dies zivilrechtliche Begriffe sind, eben unabweisbar.

lung wirkungslos für die Befreiung des Verurteilten von der Zahlung sein würde. Er zahlt in einer falschen auf eine Tatsache sich beziehenden Voraussetzung, handelt somit wegen faktischen Irrtums ohne den erforderlichen Dolus, und fahrlässige Begünstigung gibt es nicht. Man bedenke auch, zu welchen Subtilitäten diejenigen Ansichten Anlaß geben, welche von verschiedenen Arten der Schenkung oder Zahlung die Bestrafung abhängig machen, wie leicht danach das Gesetz, wenn es solchen Sinn hätte, umgangen, verhöhnt werden könnte. Wer die Bürgschaft übernimmt für ein Darlehen, mit welchem der Verurteilte die Geldstrafe zahlen will, kann sicher nicht als Begünstiger straffällig sein; zahlt er alsbald dem Darleiher, fordert aber den Betrag nicht vom Verurteilten ein, so kann ebensowenig von Begünstigung die Rede sein. Man kann auch das Geld dem Verurteilten leihen, und nachher die Einforderung unterlassen oder darauf verzichten. Die Unterscheidungen laufen also auf Privilegierung von Komödien hinaus<sup>346)</sup>, und es bleibt nur die Wahl, entweder auch den späteren Ersatz einer Geldstrafe als Begünstigung zu strafen, was wiederum zu den sonderbarsten Konsequenzen führen müßte, oder die Zahlung überhaupt nicht als Begünstigung zu strafen. Diese letztere ist die richtige, von *Schwarze* (§ 257, 16)<sup>346a)</sup>, *H. Meyer* (§ 36. Anm. 16), *Herzog* (G. Arch. 29 S. 138), *Walldhausen* (G. Arch. 29 S. 395) und eigentlich auch von *Buri* und *Lilienthal* vertretene Ansicht, welcher sich auch die Dissertation von *Jankowiak* (bes. S. 28, 32) angeschlossen hat, wie denn die gesamte Frage nur eine Erfindung der neueren spitzfindigen Jurisprudenz ist, welche allerdings zu einer Zeit, wo der sog. Kulturkampf im Deutschen Reiche herrschte, und vielfach für die auf Grund verkehrter Gesetze verurteilten Geistlichen Geld gegeben oder gar gesammelt wurde, eine gewisse Popularität erlangen konnte. Man fragt sich doch billig, soll jemand, der mitleidig einen armen Verurteilten Geld schenkt, um ihn vor dem Gefängnisse zu bewahren, wegen Begünstigung bestraft werden oder gar ein Vormund, der dem Mündel zu jenem Zwecke Geld

<sup>346)</sup> Daß dabei gleich anfangs der *Animus donandi* obwaltete, wird im Strafverfahren, in welchem es keine Eideszuschiebung gibt und der Begünstigte sein Zeugnis verweigern kann, wohl schwierig zu beweisen sein.

<sup>346a)</sup> Vgl. auch GS. 24 S. 383.

schenkt? 347) Endlich aber enthält das richterliche Urteil als öffentliche Mißbilligung schon eine Strafe, welche dem Verurteilten nicht abgenommen wird.

In den meisten Fällen<sup>348)</sup> wird die Zahlung oder Erstattung der Geldstrafe auf höchst ehrenwerten Motiven beruhen; nur selten — z. B. dann wenn auf Grund verkehrter oder dem Rechtsbewußtsein des Volkes widersprechender Gesetze verurteilt wird, oder die Rechtsprechung dieses Rechtsbewußtsein vielfach verletzt — wird darin eine Art Auflehnung gegen die Strafjustiz oder eine Verhöhnung der letzteren zu finden sein — und für solche Fälle Strafen dialektisch auszuklügeln, ist dem Ansehen der Rechtsprechung nicht förderlich. Ein freilich nur für das gegenwärtige positive deutsche Strafrecht zu verwertendes erhebliches Argument für die Richtigkeit der im vorstehenden aus allgemeinen Gründen gerechtfertigten Ansicht liefert § 16 des Reichs-Preßgesetzes v. 7. Mai 1874 nebst den dazu gehörigen Motiven und Reichstagsverhandlungen. In diesem Paragraphen sind öffentliche Aufforderungen mittels der Presse zur Auf-

347) Auf den letzteren Fall macht *Lilienthal* aufmerksam; *Stoos* erwidert, man würde empfehlenswerter Weise den Begünstiger straflos lassen, wenn er zu dem Begünstigten in einer Beziehung stehe, die sein Verhalten als entschuldbar erscheinen lasse. Darunter könnte man doch recht verschiedene Verhältnisse verstehen. — *v. d. Decken* hat den Anlaß zu einem Aufsätze in einem Falle gefunden, wo zunächst einer der Schöffen, welche eine bemitleidenswerte arme Angeklagte verurteilt hatten, gleich nachher anfragte, ob er nicht die Strafe für dieselbe bezahlen könne, und wo dann nach einem Zeitungsreferate über den Fall zahlreiche Beiträge bei der Redaktion zu gleichem Zwecke eingingen.

348) Insoweit Begünstigung anzunehmen wäre, müßten natürlich die Staatskassen die Annahme von Strafgeldern verweigern. Es ist aber leicht einzusehen, daß die Kassenbeamten dergleichen schwierige Untersuchungen anzustellen gar nicht in der Lage sein würden. (So selbst *v. d. Decken* S. 109.) Daraus könnte auch für die Verurteilten, wenn Irrtümer vorkämen, die Folge sich ergeben, daß sie wegen vermeintlicher Nichtzahlung der Geldstrafe gepfändet oder gar verkehrter Weise ins Gefängnis abgeführt würden! Etwas anderes ist es, wenn jemand in ostentativer Weise mit dem Bemerken, daß der Verurteilte von der Zahlung nichts wisse oder dieselbe nicht wolle, der Kasse die Zahlung anbietet. Alsdann liegt eine Art Verhöhnung der Strafjustiz vor, und die Zurückweisung entspricht dem Anstande. (So *Pfizer* in der Zeitschr. f. schweizer. Strafr. 12 S. 35.) In dem in GArch. 22 mitgeteilten Falle hat übrigens das preuß. OT. unter dem 28/7. 74. auch nur die Annahme des Betrages der Geldstrafe seitens des Gerichtshofes unter der Voraussetzung für unstatthaft erklärt, daß die Strafe direkt von einem Dritten und unter Protest des Verurteilten gegen solche Zahlung gezahlt wurde. In den Motiven des Beschlusses ist allerdings gesagt, daß die Geldstrafe das Vermögen des Verurteilten treffen müsse. Über die Frage ob und unter welchen Voraussetzungen Begünstigung anzunehmen sei, ist nichts gesagt. Es handelte sich um eine auf Grund der preußischen sog. *Maigesetze* ausgesprochene Verurteilung des Bischofs *Martin* von Paderborn, der in Ermanglung genügender Pfandobjekte anscheinend eine Gefängnisstrafe zu erleiden hatte.



bringung der wegen einer strafbaren Handlung erkannten Strafen und Kosten, sowie öffentliche Bescheinigungen mittels der Presse über den Empfang der zu solchen Zwecken gezahlten Beträge für strafbar erklärt. Die Motive bemerken, es sei an sich nicht unzulässig, daß einem Verurteilten, der eine ihm zuerkannte Geldstrafe aufzubringen nicht imstande sei, die Liberalität anderer Personen zur Hilfe komme; sie gehen also entschieden von der Annahme der Straffreiheit dieser Handlung aus und halten gerade deshalb eine Strafbestimmung gegen öffentliche Demonstrationen mit solchen Handlungen für zweckmäßig, da solche Demonstrationen das Ansehen der Justiz gefährden, und der Abgeordnete *v. Schwarze*, dem zur Zeit der Abfassung des Reichspreßgesetzes ein hervorragender Anteil an den Gesetzgebungsarbeiten zufiel, rechtfertigte in seiner auf § 16 des Preßgesetzes sich beziehenden Rede den Schlußsatz dieses Paragraphen

„Das zufolge solcher Aufforderungen Empfangene oder Wert desselben ist der Armenkasse des Ortes der Sammlung verfallen“

mit der Bemerkung „man könne das infolge der Aufforderung gesammelte Geld nicht als durch ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen hervorgebracht bezeichnen“: ein Verbrechen oder Vergehen liege überhaupt nicht vor, die bezeichnete Schlußbestimmung sei deshalb, weil durch StGB. § 40 nicht getroffen, nicht überflüssig. Eine zutreffende Einwendung dagegen ist es nicht, wie freilich *Raff* (S. 41)<sup>348a)</sup> glaubt, daß nicht nur öffentliche Sammlungen, sondern auch öffentliche Empfangsbescheinigungen verboten sind, also auch Handlungen bestraft werden, die nicht Begünstigung sein können. Es ist nicht unzulässig, aus einem Gesetze, das jedenfalls die Materie der Begünstigung berührt, für diese letztere Materie Schlüsse zu ziehen.

Nach österreichischem Rechte ist Zahlung einer Geldstrafe für einen anderen straflos.<sup>348b)</sup>

Im griechischen und römischen Altertum betrachtete man Zahlung von Geldstrafen für Andere als selbstverständlich erlaubt, unter Umständen als Anstandspflicht.<sup>348c)</sup>

<sup>348a)</sup> Gegen *Raff* vgl. *Jankowiak* S. 31.

<sup>348b)</sup> *Finger*, Österreichisches Strafr. 2. Aufl. 1 S. 368, der aber bertiglich des deutschen Strafrechts anderer Ansicht ist.

<sup>348c)</sup> Vgl. *Plato*, *De legibus* IX. p. 856; *Huschke*, *Die Multa u. das Sacramentum*, 1874 S. 111, 129.

§ 408. Bestritten, aber zu bejahen ist die Frage: kann durch falsche Angaben in einem Gnadengesuche eine Begünstigung begangen werden?

Die verneinende Ansicht stützt sich darauf, daß die Begnadigungsgewalt völlig frei schalte, und daß der Beweis, es sei eine Begnadigung auf Grund falscher Angaben gewährt, ebenso unpassend als unmöglich sein würde.<sup>349)</sup> Aber gerade die Freiheit der Begnadigungsgewalt macht falsche Angaben hier für die Gerechtigkeitspflege, der, wenn auch im einzelnen Falle unkontrolliert, die Begnadigung mitzudienen hat, um so gefährlicher,<sup>350)</sup> und der Beweis, daß die Begnadigung auf Grund der falschen Angaben gewährt sei, ist zur Bestrafung der Begünstigung nicht erforderlich, da der Begünstiger um straffällig zu werden, sein Ziel, die Vereitelung der Bestrafung des Begünstigten, nicht zu erreichen braucht, es vielmehr genügt, daß die von ihm vorgenommene Handlung zu Erreichung dieses Zweckes geeignet war.<sup>350a)</sup>

Eine zweite Ansicht erblickt in dem Gnadengesuche dann Begünstigung, wenn dasselbe auf Atteste sich stützt, von deren Falschheit der Verfasser, bzw. Einsender des Gesuches überzeugt ist. *Olshausen* (§ 257, 19),<sup>351)</sup> der früher diese Meinung vertrat, begründete sie mit dem Hinweise darauf, daß es ein allgemeines Recht auf Wahrheit nicht gebe, so stehe ein solches auch dem Inhaber der Begnadigungsgewalt oder denjenigen, die in seiner Vertretung die Begnadigung zu gewähren bevollmächtigt sind, nicht zu. Der Einreicher eines auf unwahre Angaben gestützten Gnadengesuches handle also an sich nicht

<sup>349)</sup> So *Oppenhoff-Delius* § 257 Anm. 14. *Schwarze* GS. 24 S. 384. *Meves* Strafrechtsztg. 13 S. 521 stellt unrichtig das Anrufen der Gnade mit der Verzeihung seitens des Verletzten in Parallele: Herbeiführung des Aktes der Begnadigung sei kein Eingriff in die Rechtspflege. Dagegen treffend *Geyer* GS. 29 S. 307. — *John*. Entwurf des Strafgesetzbuchs S. 262 setzt die Begnadigungsinstanz der gerichtlichen Untersuchung gleich und erblickt daher, ebensowenig wie in falschen Zeugenaussagen, in falschen Angaben eines Gnadengesuchs Begünstigung.

<sup>350)</sup> *Goldammer* GArch. 18 S. 399.

<sup>350a)</sup> Vgl. besonders *Rüdorff-Stenglein* § 257 Anm. 9, *Geyer* GS. 27 S. 306 und *Just* Zeitschr. 15. S. 858; übrigens hat auch *Olshausen* die Unrichtigkeit dieses Grundes anerkannt.

<sup>351)</sup> Auch *Villnow* S. 83 spricht nur von Begünstigung mittels Benutzung falscher Atteste. — Nicht klar drückt sich *Hälschner* 2 S. 376 darüber aus, ob auch ohne letztere Voraussetzung Begünstigung möglich sei; ebenso *Gretener* S. 148; v. *Buri* GS. 29 S. 138; *Liszt* § 183 zu Anm. 6 und *Waldhausen* GS. 29 S. 396.

rechtswidrig; er handle nur dann rechtswidrig und mache der Begünstigung sich schuldig, wenn er dabei zugleich eine andere Rechtswidrigkeit begehe, also seine falschen Angaben auf falsche Urkunden, falsche, eidesstattliche Versicherungen stütze. Aber Begünstigungshandlungen brauchen, abgesehen von dieser Eigenschaft, nicht rechtswidrig zu sein.<sup>352)</sup>

Richtig ist daher die dritte Ansicht,<sup>353)</sup> welche auch abgesehen von nebenher (in idealer Konkurrenz) begangenen anderweiten, strafbaren Handlungen schon in der wissentlich falschen Versicherung in einem Gnadengesuche den Tatbestand der Begünstigung erblickt. In der Tat fallen hier diejenigen Gründe fort, welche falsche gerichtliche Aussage nicht als Begünstigung erscheinen lassen. Wenn es auch dem Inhaber der Begnadigungsgewalt nicht durchaus an Mitteln fehlt, die Wahrheit der Tatsachen festzustellen, so lassen sie doch das festere Gefüge vermissen, welches die strafprozessuale Wahrheitsforschung kennzeichnet; die Nachforschungen, welche infolge eines Gnadengesuches angestellt werden können, sind eher den polizeilichen zu vergleichen, und wie jemand der Polizei gegenüber Begünstigung begehen kann, so auch gegenüber der Begnadigungsinstanz.

Indes muß genau unterschieden werden zwischen unmittelbar falschen Angaben und verkehrten Schlüssen aus wahren Angaben. Nur erstere können als Begünstigungshandlungen aufgefaßt werden. Was die Schlüsse betrifft, so läßt der Verfasser des Gnadengesuches die Tatsachen sprechen, wie *Cicero* dies bereits in betreff des Anwaltes (vgl. oben Anm. 327a) ausgeführt hat; eigentlich beleuchtet er nur die Tatsachen, und selbstverständlich benutzt er dabei eine dem Verurteilten möglichst günstige Perspektive. Die eigene Überzeugung des Verfassers besagt hier nichts, auch wenn über sie, was freilich moralisch nicht zu rechtfertigen ist, eine falsche Versicherung abgegeben wird. Dabei ist der Inhaber der Begnadigungsgewalt (oder sein Berater) imstande die Unrichtigkeit des Schlusses zu entdecken; läßt er sich täuschen, so hat er selbst nur unrichtig

<sup>352)</sup> In diesem Sinne *Just* a. a. O. S. 859.

<sup>353)</sup> *Geyer* GS. 27 S. 306; *Merkel* in *Holtzendorff* Hdb. 3 S. 740 und 4 S. 427; *Schütze* S. 163 Anm. 9; *Hersog* GA. 29 S. 138; *Oischausen* § 257 Anm. 19; *Bünding*, *Lehrb.* 2 S. 653; *Frank* § 257, V.; *H. Meyer* § 36 Anm. 15; *Köhler* GS. 61 S. 76.

geurteilt. Hält man diese Unterscheidung fest, so wird nicht leicht ein Rechtsanwalt infolge Abfassung eines Gnadengesuches einer Anklage wegen Begünstigung ausgesetzt sein. Die Befürchtungen und Vorwürfe, welche einst bei Beratung des § 257 des StGB. im Reichstage der Abgeordnete *Lasker* an die Kritik eines sachlich richtigen Urteils des preußischen Obertribunals knüpfte, waren also unbegründet.<sup>354)</sup>

§ 409. Ein Mittel sich der Strafe zu entziehen ist auch der Selbstmord. Kann nun Anstiftung oder Beihilfe dazu, falls die erforderliche Absicht obwaltet, als Begünstigung betrachtet werden? Die Antwort muß verneinend lauten<sup>355)</sup> da der Tod des Schuldigen nicht nur ein faktisches, sondern auch ein rechtliches Hindernis der Bestrafung ist, wie auch daraus hervorgeht, daß nach dem Tode des Schuldigen Geldstrafen gegen ihn nicht mehr erkannt werden können. Der Tod gebietet nach geläuterter Rechtsauffassung der irdischen Strafjustiz innezuhalten. Überredung und Beihilfe von einem rechtlichen Hindernisse der Strafverfolgung oder Strafvollstreckung Gebrauch zu machen, können nicht strafbar sein. Daß die Staatsgewalt sich berechtigt hält, Gefangene am Selbstmord zu hindern, beruht auf anderen Gründen. Es wird außerdem, wenn Beihilfe zum Selbstmorde geleistet wurde, schwer festzustellen sein, ob dies gerade deshalb geschah, um die Strafjustiz zu hindern. Das natürliche Gefühl sieht auch in dem Selbstmorde jemandes, der sich gegen das Gesetz vergangen hat, eine Art Sühne, die der Schuldige oft wesentlich mit Rücksicht auf seine Familie auf sich nimmt. Wer diese Sühne herbeiführen hilft, wird schwerlich einer natürlichen Auffassung selbst als Verbrecher erscheinen, er müßte denn zugleich eine Amtspflicht verletzen; Beihilfe, die etwa ein Gefangenwärter zum Selbstmorde eines ihm anvertrauten Gefangenen leistete, wäre jedenfalls disziplinarer Ahndung nicht entzogen.

§ 410. Daß ein Teilnehmer an einem Delikte nicht der Begünstigung schuldig ist, wenn er einen anderen Teilnehmer begünstigt, kann, sobald man die Begünstigung als eine besondere Art der Teilnahme auffaßt, nicht zweifelhaft sein. Es ist

<sup>354)</sup> Das Urteil des OT. 4./5. 70 in GA. 18 S. 396. — Hier ist auch der Inhalt der Rede *Laskers* auszugsweis mitgeteilt.

<sup>355)</sup> So auch *Liszt* § 183 Anm. 8. — A. M. *Franke* § 257, V.

aber bereits bemerkt, daß hier die Selbständigkeitstheorie in zahlreichen Fällen zueinander entgegengesetzten das natürliche Gefühl sonderbar berührenden Konsequenzen führt.<sup>356)</sup> Und besonders das Reichsgericht hat diese Konsequenzen, ohne an der Richtigkeit des abstrakt logischen Schlusses irre zu werden, gezogen:

1. Es soll ein an der Haupttat Beteiligter Begünstiger anderer Teilnehmer sein können.<sup>357)</sup> Hier wird von den Meisten eine Ausnahme gemacht für den Täter, der an einer Begünstigungshandlung teilnimmt. Warum diese Ausnahme, ist nach abstrakter Logik eigentlich nicht einzusehen; dieser zufolge könnte man fragen, wie denn das Strafrecht dazu gelange, jemanden wegen einer an sich strafbaren, selbständigen Handlung deshalb straffrei zu lassen, weil diese Handlung ihm selbst vorteilhaft ist (etwa gar die Vorteile der Tat sichert)? Diese Ausnahme ist in Wahrheit nur eine dem natürlichen Gefühle gemachte Konzession.<sup>358)</sup>

2. Daher soll nach der Ansicht des Reichsgerichts, welche vollkommen der abstrakten Logik folgte, auch der Täter einen anderen anstiften können, ihn, den Täter, selbst zu begünstigen.<sup>359)</sup> Es liegt hierzwar eine Art der Selbstbegünstigung vor, bei der nur ein anderer als Mittel dient!<sup>360)</sup>

Gegen solche Konsequenzen haben sich, obwohl auch Vertreter der Selbständigkeitstheorie, erklärt *Hälschner* (2 S. 882) *Frank* (257, IV) und *Köhler*<sup>361)</sup>, wie denn auch abgesehen von

<sup>356)</sup> *Merkel* in *Holtzendorff*. Hdb. 3 S. 741 bemerkt die angenommene Selbständigkeit der Begünstigung spreche dafür, daß der Teilnehmer den Täter begünstigen könne. Die Konsequenzen seien aber meist bedenklich.

<sup>357)</sup> So *Meves* Strafrechtztg. a. a. O. *Geyer* in *Holtzendorff*. Hdb. 4 S. 173; *Buri* GS. 29 S. 60 (allerdings nur in Gemäßheit des positiven Rechts); *H. Meyer* § 36 zu Anm. 25; *Liszt* § 183 Anm. 10; *Gretener* S. 161; *Olshausen* § 257, 27. — RG. II 28./2. 91 E. 21 Nr. 127 S. 375 (Begünstigung eines Mittäters)

<sup>358)</sup> Die Irrigkeit der Ausnahme von dem einmal angenommenen Standpunkte der Gegner aus betrachtet, tritt deutlich hervor in der Ausführung von *Meves* Strafrechtztg. 13 S. 497, daß in diesem Falle die Begünstigung über die Person des anderen hinaus die Tat im Ganzen treffe.

<sup>359)</sup> So insbesondere RG. I. 7./4. 81 E. 4 Nr. 24 S. 60; preuß. OT. 14/11. 77; *Stengleins* Zeitschr. 8 S. 216.

<sup>360)</sup> So besonders von *Geyer* Zeitschr. 2 S. 318 (der namentlich auf folgende, weitere Konsequenz aufmerksam macht. Wenn der Täter Spuren der Tat vertilgt, ist er straflos, tut es ein anderer und der Täter hilft ihm, so wird er straffällig), *Liszt* § 183 Anm. 9.

<sup>361)</sup> GS. 61 S. 61. Vgl. indes unten.

dem preuß. OT. die früheren höchsten Gerichte<sup>362a)</sup> trotz der im StGB. angenommenen Selbständigkeitstheorie beide Konsequenzen ablehnten. Auch *Carrara*<sup>362a)</sup> und *Brusa*<sup>362b)</sup> erklären sich, ungeachtet sie die Begünstigung als ein selbständiges gegen die Justiz gerichtetes Delikt betrachten, für die Unzulässigkeit einer doppelten Bestrafung eines Teilnehmers, einmal wegen Teilnahme am Vordelikte und sodann wegen Begünstigung; die Begünstigungshandlungen seien für den Teilnehmer etwas natürlich gegebenes; wer den Teilnehmer begünstige, handle für sich selbst. Wer die Selbständigkeitstheorie nicht anerkennt, muß die Strafbarkeit ausschließen. Dies geschieht aber auch von *Schwarze*, *Kohler* (Studien S. 119), *Herzog* (GS. 29 S. 183), *Villnow* S. 68, und *Waldhausen* (G. A. 29 S. 386).

Nur in einem Falle kann auch vom Standpunkte der Teilnahme aus eine Begünstigung durch einen früheren Teilnehmer anerkannt werden, dann nämlich, wenn die Gemeinschaft der Teilnehmer völlig gelöst ist, der Teilnehmer also dem Teilnehmer gegenüber in Wahrheit als Extraneus sich verhält, d. h. wenn rechtskräftige<sup>363)</sup> Aburteilung und Strafverbüßung der einen der in Betracht kommenden Personen stattgefunden hat, und aus der Tat hervorgegangene Vorteile, an denen noch gemeinsame Interessen haften können, nicht mehr vorhanden, also nicht mehr durch Begünstigung zu schützen sind.<sup>363a)</sup> Ist der<sup>363b)</sup>

<sup>362a)</sup> Vgl. O. A. G. Dresden 29/1. 72; bayerisch. Kassationshof 23/9. 73; würtemb. K. H. 4/9. 74 (der Anstifter könne nicht Hehlerei in Beziehung auf dasselbe Verbrechen begehen) würtemb. K. H. 20/10. 75; (Täter könne in bezug auf das von ihm begangene Delikt nicht auch Anstiftung zur Begünstigung begehen) badisches O. H. G. 23/2: 77 (Keine Konkurrenz von Beihilfe zur Tat und Begünstigung) *Stengleins* Zeitschr. 1. S. 327. 3 S. 84 4 S. 182. 5 S. 366. 7 S. 141.

<sup>362a)</sup> *Opusculi* A. 3 S. 425.

<sup>362b)</sup> *Saggio di una dottr. generale del reato* § 321 n. 5.

<sup>363)</sup> So lange die Strafe nicht verbüßt ist, ist eine gegenseitige Beistandsleistung der Teilnehmer gegen die rechtlichen Konsequenzen der Tat, also auch gegen die Verbüßung der Strafe natürlich und darum, falls sie nicht in ein anderes Delikt ausartet, nicht strafbar.

<sup>363a)</sup> Die herkömmliche scharfe Scheidung von persönlicher und sachlicher Begünstigung ist dem oben Dargelegten zufolge nicht aufrecht zu erhalten.

<sup>363b)</sup> Auf ähnlichem Gedankengange beruht die Ansicht *Köhlers* GS. 61 S. 63, daß der eine Teilnehmer dem anderen dann strafbare Begünstigung leiste, wenn letzterer schon hinter Schloß und Riegel sitze oder wenn der Entschluß zur Begünstigung erst komme, nachdem die tatsächliche Schutzgewalt über die durch das Verbrechen erlangten Gegenstände aufgehört, etwa weil sie der verhaftete Genosse in alleinigen Besitz genommen hat. Aber die Gemeinschaft des Verbrechens ist in solchem Falle noch nicht aufgelöst. Der eine Genosse kann, wenn er den anderen verhafteten befreit, immer noch hoffen, selbst dadurch ge-

rechtskräftig verurteilte Gehülfe, der seine Strafe verbüßt hat, einem anderen Beteiligten zur Flucht behülflich, oder tritt er unter Täuschung der Behörden die Strafe für letzteren an, so wird strafbare Begünstigung vorliegen. Aber auch rechtskräftige Freisprechung hebt unter der Voraussetzung, daß die bezeichneten Vorteile nicht mehr vorhanden sind, die Gemeinschaft auf. Der freigesprochene Gehülfe kann also z. B. Begünstigung dadurch begehen, daß er unter Täuschung der Gefängnisbehörde statt des verurteilten Täters die Gefängnisstrafe antritt.<sup>364)</sup>

Teilnahme an einer Begünstigung ist indirekte Begünstigung der Haupttat. Der Dolus eines Gehülfen wie eines Anstifters ist aber wie auch sonst ein nur bedingter. Begünstigung einer Begünstigung ist nicht Begünstigung der Haupttat, aber als strafbare Handlung möglich, jedenfalls als sog. persönliche Begünstigung.

Daß niemand durch verschiedene in bezug auf dasselbe Delikt begangene, wenn auch zeitlich getrennte und auf mehreren selbständigen Entschlüssen beruhende Begünstigungshandlungen<sup>365)</sup> einer mehrfachen Begünstigung sich schuldig mache, folgt aus der Auffassung der Begünstigung als Teilnahme. Ebenso folgt daraus, daß die Begünstigung mehrerer an demselben Verbrechen beteiligter Personen nicht mehrfache Begünstigung sein kann. Man kann allerdings auch bei Annahme der Selbständigkeitstheorie zu demselben Ergebnisse nach Maßgabe der Grundsätze gelangen, welche für das fortgesetzte Verbrechen zu gelten haben.<sup>365a)</sup> Doch herrschen gerade über das fortgesetzte Verbrechen noch mannigfache Zweifel und Meinungsverschiedenheiten.

Andererseits ist auch für die Selbständigkeitstheorie die Frage noch keineswegs gelöst, ob durch eine einzige Tätigkeit, durch

fördert zu werden, (der Verhaftete könnte ja während der Haft gestehen und dadurch den anderen kompromittieren).

<sup>364)</sup> Ein derartiger Fall scheint dem oben schon zitierten Urteil des RG. (E. 4 S. 60) zu Grunde gelegen zu haben. Die Entscheidungsgründe gehen freilich über diesen Spezialfall hinaus.

<sup>365)</sup> So auch *Olshausen* § 257. 26.

<sup>365a)</sup> Mit Rücksicht darauf, daß die vorher zugesagte Begünstigung, die doch Beihilfe ist, und jedenfalls in höherem Grade strafbar erscheint, nicht mehrfache Beihilfe ist, wenn sie sich auf mehrere andere Teilnehmer bezieht, würde die Behandlung der einfachen Begünstigung als reale Konkurrenz mehrfacher Begünstigungen auch eine starke Ungerechtigkeit enthalten.

welche mehrere Personen begünstigt werden — z. B. jemand befördert mehrere von der Justiz verfolgte Personen mittels einer und derselben Fuhre über die Grenze oder er vernichtet Beweismittel, die gegen mehrere Angeklagte Beweis erbringen könnten, indem er sie in einem Bündel ins Feuer wirft — eine Begünstigung oder eine Mehrheit von Begünstigungen begangen werde. Hier kann ebenso für die Selbständigkeits- wie für die Theilnahmehypothese die Entscheidung nur aus der Lehre von der Konkurrenz der Delikte gewonnen werden, auf welche hier verwiesen wird.

§ 411. Nach dem StGB. ist die des eigenen Vorteils wegen geleistete Begünstigung in höherem Grade strafbar. Es wird darunter nur zu verstehen sein ein Vermögensvorteil, wenn der Vorteil unmittelbar erlangt wird aus den Vorteilen, die der Täter oder wirkliche Teilnehmer aus dem Delikte bezogen hat, aber auch irgend ein anderer Vorteil, wenn derselbe dem Begünstigten für die Begünstigung, sei es von einem Dritten besonders zugestanden wird. Wollte man die schwerere Art der Begünstigung schon dann annehmen, wenn irgend ein Vorteil, z. B. gelegentliche Erkenntlichkeit aus der Begünstigung erhofft wurde, so würde tatsächlich wegen eigennützigter Begünstigung zu strafen sein in allen Fällen, in welchen die Begünstigung nicht aus reinem Mitleid mit dem Begünstigten oder aus reiner Opposition gegen die Strafgewalt hervorgeht; die schwere Art der Begünstigung würde der fast ausschließliche Regelfall, die leichtere ein höchst seltener Ausnahmefall sein; denn irgend ein egoistisches Motiv wird in Begünstigungsfällen sich meistens vermuten lassen. Man würde aber auch die richterliche Nachforschung in einer bedenklichen Weise auf das Gebiet entfernter Motive erstrecken.<sup>365b)</sup> Andererseits ist es nicht minder ein Zeichen niedriger und gefährlicher Gesinnung, wenn jemand für unmittelbar sinnliche Genüsse, als wenn er für Geld oder Geldeswert seinen Beistand verkauft. Bei besonderer Ausbedingung, welche allerdings auch stillschweigend erfolgen kann, wird also ein Vorteil genügen, der nicht einen Vermögenswert hat.

<sup>365b)</sup> Daher können auch unbestimmte Hoffnungen und Erwartungen nicht, wie freilich Köhler S. 63 meint, in Betracht kommen (z. B. die Hoffnung, daß der begünstigte Täter X. später Geschäftskunde des Begünstigten werden könnte).



Die gegenwärtig einander gegenüberstehenden Meinungen legen auf den Umstand des Ausbedingens kein Gewicht; die einen verstehen in allen Fällen unter Vorteil nur einen Vermögensvorteil,<sup>366)</sup> die anderen halten in allen Fällen jeden beliebigen Vorteil (auch Genußvorteil) für ausreichend.<sup>367)</sup> Es liegt hier zugleich eine Verwechslung von Motiv und Absicht vor. Der entferntere Zweck kann subjektiv das nächste Motiv sein, aber das näher Erreichbare ist immer das Mittel für das ferner Erreichbare.

Zu vermeiden ist folgende Verwechslung.

Indem das Gesetz eine wegen eigenen Vorteils erfolgende Begünstigung besonders auszeichnet, setzt es voraus, daß die Handlung, auch wenn sie ohne Erlangung eines eigenen Vorteils oder ohne Aussicht auf solchen geschehen wäre, Begünstigung sein würde. Nun wird aber eine an sich erlaubte Handlung nur dadurch zur strafbaren Begünstigung, daß sie gerade zu diesem Zwecke unternommen wird. Die Vornahme zu einem anderen Zwecke mit dem Bewußtsein, daß notwendig damit eine Begünstigung verbunden sei, ist also in diesem Falle nicht Begünstigung und das „obgleich“ der Erwägung steht hier dem „damit“ keineswegs gleich. Daran ändert auch die Erlangung eines Vorteils durch die erlaubte Handlung nichts. Ja, die Erlangung eines Vorteils, der gewöhnlich mit der erlaubten Handlung verbunden ist, wird fast immer die bezeichnete besondere Absicht ausschließen. Daher ist der dem unbefangenen Rechtsbewußtsein widerstreitenden Entscheidung des RG. I. 8—12. 81 (Rs. 3 S. 778) nicht beizutreten<sup>367 a)</sup> welche den Schiffsagenten wegen Begünstigung für straffällig erachtete, der seines Vorteils wegen einem Verurteilten Beistand leistete, (d. h. ihm in gewöhnlicher Weise eine Fahrkarte verkaufte) „obgleich“ er wußte, daß er den Käufer dadurch der Bestrafung entziehen könne. Anders liegt die Sache wie oben bemerkt, falls der Vorteil erst möglich

<sup>366)</sup> So *Merkel* in *Holtzendorff*. Hdb. 3. S. 742 weil der Begriff des Vorteils sonst ins Unbestimmte zerfließe. Das ist doch nur der Fall, wenn ein Ausbedingen nicht stattfindet; dasselbe Argument wie bei *Merkel* bei *Buri* GS. 29 S. 47. *Binding*, Normen 2 Anm. 83, 2. *Gretener* S. 179, *Waldthausen* GS. 29 S. 431. *Frank* § 259 V. 5.

<sup>367)</sup> *Olshausen* § 257, 39. *Hälschner* 2 S. 881. *Geyer*, Grundr. 2 S. 153. *Schütze* S. 164. *H. Meyer* § 36 zu Anm. 32.

<sup>367 a)</sup> *Olshausen*, § 257 Anm. 40 billigt diese Entscheidung.

wird, wenn die Absicht der Begünstigung erreicht wird; so in dem von RG. II 18—1. 81 (E. 3 Nr. 96 S. 258) entschiedenen Falle, daß jemand der Pfandleihverstrickung bereits entzogene Sachen wissentlich wegfahren hilft, um aus dem Erlöse dieser Sachen durch den nach StGB. 137 Schuldigen befriedigt zu werden. Anders ebenfalls, wenn die Handlung deshalb auch als Begünstigung sich charakterisiert, weil sie schon ohnehin eine strafbare ist.<sup>368)</sup>

§ 412. Daß der erstrebte Vorteil ein rechtswidriger nicht zu sein braucht, ergibt sich daraus, daß überhaupt für die Begünstigungshandlung an sich, und abgesehen von dem Zwecke der Begünstigung, Rechtswidrigkeit nicht erforderlich ist.<sup>369)</sup> Vom Standpunkte der Teilnahme aus ist es selbstverständlich, daß der Zweck des eigenen Vorteils sowohl bei der persönlichen wie bei der sachlichen Begünstigung vorkommen kann; denn beide sind hiernach nicht streng unterscheidbare Arten der Begünstigung.

Es wird aber auch erfordert werden müssen, daß der Vorteil das für die Vornahme der Begünstigungshandlung ausschlaggebende Motiv gewesen sei. Andernfalls müßte das Gesetz sagen statt: „Wer seines Vorteils wegen . . .“ vielmehr: „Wer nicht aus Mitleid oder aus persönlichem Interesse handelt“. Dann würde wer aus Mitleid handelt, daneben aber es sich gefallen läßt, daß der Begünstigte ihm eine kleine Vergütung für seine Mühe gibt, straffällig sein. Aber hierin läge nicht die gemeine und gefährliche Gesinnung, durch welche die strengere Strafdrohung gerechtfertigt wird.<sup>369a)</sup>

Andererseits ist es nicht rationell, unter dem eigenen Vorteil nicht auch den Vorteil zu verstehen, den der Begünstiger wissentlich einem anderen zuwendet, z. B. wenn der Begünstigende ausbedingen würde, daß der Begünstigte dem Vater oder Bruder des Begünstigenden eine Sache schenken oder einer dieser Personen Arbeit und Verdienst gewähren solle. Das „*Ex alieno largiri*“ ist ein *Lucrum*, (L. 55 § 1 D. 47, 2), und jene besonders strafwürdige Gesinnung liegt auch in den letzt-

<sup>368)</sup> Der Entscheidung RG. I 23/1. 98. GArch. 46. S. 326 dürfte aus letzterem Grunde zuzustimmen sein.

<sup>369)</sup> Darüber dürfte Einstimmigkeit herrschen. Vgl. *Olshausen* § 257, 29 und RG. IV. 21/9. 88 RS. 10 S. 512.

<sup>369a)</sup> Anders RG. II. 12/4. 81. E. 4. Nr. 31. S. 86.

erwähnten Fällen vor, wenn auch in weniger egoistischer, oder aber in mehr raffinierter Form. Das RG.<sup>369b)</sup> und ebenso Köhler S. 82 verstehen unter eigenem Vorteil nicht auch den zweckten Vorteil eines Dritten, weil an anderer Stelle des StG. die Gleichstellung des eigenen Vorteils mit dem eines Dritten ausdrücklich hervorgehoben sei und im preußischen StGB., aus welchem § 258 übernommen worden, gestanden habe „seines eigenen Vorteils wegen“. Allein der Ausdruck „seines (oder seines eigenen) Vorteils wegen“, ergab sich im preußischen StGB. von selbst, da vorher von Vorteilen, welche dem Täter gesichert werden sollen, die Rede war, und an den gerade bei der Begünstigung selteneren Fall des Vorteils eines Dritten hat man wohl nicht gedacht. Jenes erste Argument aber ist wenig beweiskräftig: das StGB. bestimmt nicht immer die gleiche Sachlage ganz genau mit dem gleichen Worte.

§ 413. Schon im römischen Rechte findet sich der Satz, daß die *Receptatio*, wenn sie einem Verwandten oder Verschwägerten gewährt war, milder zu bestrafen sei, und nach manchen italienischen Statuten des Mittelalters<sup>370)</sup> wird das Hegeen eines *Bannitus* durch nahe Verwandte nur mit milderer Strafe (Geldstrafe) bedroht; nach einzelnen ist es straffrei. Ebenso ist in der *Constitutio Friderici I contra incendiarios* § 10 der *Dominus*, der *Vasallus* und der *Consanguineus*, der einen *Incendarius* bei sich aufgenommen hat, nicht für verpflichtet erklärt, diesen auszuliefern;<sup>370a)</sup> er darf ihn vielmehr an einem einsamen Ort in Sicherheit bringen.<sup>371)</sup> *Bonifacius de Vitalinis* (*Rubr. de receptatoribus* n. 4.) bemerkt desgleichen, daß nahe Verwandte, wenn sie einen Verbrecher verbergen, nicht „*atrociter*“ bestraft werden<sup>372)</sup> *Carpsov* (Pr. III qu. 134 n. 48—51) bezeugt gleichfalls mildere Bestrafung nach der Praxis in solchen Fällen. *Damhouder* (Pr. Cap. 134 n. 4.) aber bemerkt, daß nicht wenige Juristen nahe Verwandte

<sup>269b)</sup> III. 10/7. 95. E. 27. N. 122 S. 342.

<sup>370)</sup> Köhler, Strafrecht d. ital. Statuten S. 268. — Dem älteren deutschen Rechte, das überhaupt die Begünstigung äußerst streng behandelt, ist diese schonende Ausnahme fremd. Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte 2. Aufl. (1906) 1 S. 233.

<sup>370a)</sup> Das Kap. Caroli M. a. 896 c. 2 *Germ.* spricht freilich ausdrücklich aus, daß auch der Vater und Bruder des Latro nicht straffrei sein sollen.

<sup>371)</sup> „*sed iuvabit eum a castro in sylvam vel alias ubi securus sibi videatur.*“

<sup>372)</sup> Ebenso *Menochius* Cas. 348 u. 4—14, der die Strafmilderung auch auf Ehegatten bezieht und ein mailändisches Gesetz erwähnt, wonach, wenn der

hierbei überhaupt straffrei lassen wollen. Nach dem *Codex Max.* 372<sup>a</sup>) *Bavar.* I. c. 12 § 9 scheint es vom richterlichen Ermessen abzuhängen, ob Strafflosigkeit oder mildere Bestrafung stattfindet, welche erstere von *Kress* (in CCC. art. 40 § 8) schon mit Bestimmtheit angenommen war, wie denn auch *Boehmer* (CCC. art. 40 § 2) bemerkt, daß man von einem Verwandten, der einen Verbrecher beherbergt habe, nur einen Reinigungseid (daß er nicht an dem Verbrechen teilgenommen oder von den gestohlenen, geraubten Sachen nichts erhalten habe) verlangen könne. Die deutsche Gesetzgebung hat seit dem österr. GB. von 1803 die nahe Verwandtschaft bei der persönlichen (negativen) Begünstigung als Strafausschließungsgrund behandelt: wer einen der im Gesetze bezeichneten nahen Angehörigen der Strafe zu entziehen unternimmt, begeht keine strafbare Handlung. Die Schonung eines allgemeinen menschlichen, auch vom Gesetzgeber zu respektierenden und respektierten Verhältnisses durchbricht den allgemeinen Rechtssatz.

Wer also einen der im Gesetze bezeichneten nahen Angehörigen des Verbrechers anstiftet, letzteren der Strafe zu entziehen, begeht nach dem oben in der Lehre von der Anstiftung Dargelegten eine strafbare Handlung nicht; anders, wenn er ihm zugleich physische Beihülfe leistet, und diese wirksam wird für die Begünstigungshandlung, sollte sie auch, was bei der Begünstigung überhaupt nicht erforderlich ist, den Erfolg nicht haben, den Schuldigen der Bestrafung zu entziehen. Der nahe Angehörige ist aber ebenfalls straffrei, wenn er einen anderen anstiftet, eine Begünstigungshandlung zu begehen<sup>373)</sup> oder ihm zu solcher Beihülfe zu leisten, während der physisch handelnde Extraneus in solchem Falle nicht straffrei sein wird. Denn betrachtet man die Begünstigung als eine Art der Teilnahme am Hauptverbrechen, so ist selbstverständlich auch die Anstiftung zur Begünstigung nichts anderes als eine durch die physische Begünstigungshandlung des Angestifteten bedingte

Vater dem Sohne oder der Sohn dem Vater Versteck gewähre, nur auf Geheiß des Herzogs ein Strafverfahren wegen Receptatio stattfinden sollte.

372<sup>a</sup>) Über die geringere Bestrafung der Verwandten auch die ausdrückliche Bestimmung des preussischen Landrechts v. 1621 und 1721 bei *Heimberger* S. 262, 264.

373) Im Ergebnisse für diesen Fall übereinstimmend RG. 129/4. 86 E. 14 N. 27 S. 102. *Kries* Zeitschr. 7 S. 539, der aber auch den angestifteten *Extraneus* für straflos erachtet.

Beteiligung am Hauptverbrechen selbst, folglich ebenso wie direkte Beteiligung straffrei. Faßt man aber die Begünstigung als selbständiges Delikt auf, so gerät man, um das offenbar dem Rechtsgeföhle entsprechende Ergebnis rechtfertigen zu können, in Schwierigkeiten.<sup>374)</sup>

§ 414. Die meisten früheren deutschen GB.<sup>375)</sup> gewährten Straflosigkeit ausschließlich in dem Falle, daß die Begünstigung nur in der Absicht erfolgte, einen Angehörigen vor der Strafe zu sichern. Eine Beschränkung war rationell, insofern der legislative Grund der Straflosigkeit nicht auf denjenigen paßt, der lediglich, um selbst Gewinn aus dem Verbrechen zu ziehen oder nur gegen eine Belohnung einen nahen Angehörigen, z. B. zur Vernichtung der Spuren der Tat behülflich ist.

Rationell und das Rechtsbewußtsein befriedigend ist aber jene Beschränkung der Straflosigkeit nicht. Die Straflosigkeit muß vielmehr auch für den Fall gelten, daß den Umständen nach die persönliche, den Schutz vor Strafe bezweckende Begünstigung eines Angehörigen auch mit einem eigenen Vorteile der Begünstigung verbunden ist oder zugleich dem nahen Angehörigen des Begünstigten Vorteile der begangenen Tat sichert<sup>376)</sup> oder endlich die persönliche Begünstigung des Angehörigen notwendig auch einem Nichtangehörigen zu gut kommt. Alles dieses folgt aus dem allgemeinen schon oben begründeten und benutzten Satze, daß eine an sich erlaubte Handlung — hier die persönliche Begünstigung eines Angehörigen — nicht dadurch zu einer strafbaren Begünstigung wird, daß sie zugleich die letztere mitenthält, vorausgesetzt, daß die Handlung sonst einem vernünftigen Zwecke dient. Andererseits folgt aus eben diesem Satze aber auch, daß, wenn

<sup>374)</sup> Wie das in der vorigen Anm. zitierte Urteil des RG. zeigt. Hier wird, um die Straflosigkeit des anstiftenden nahen Angehörigen mit § 50 des StGB. (vgl. oben S. 652 ff.) in Einklang zu bringen, zu dem für § 50 nicht passenden Argumente gegriffen, daß das, was nach § 50 von Straferhöhung und Strafherabsetzungsgründen der Strafe (Modalitäten der Anwendung des einzelnen Strafgesetzes) gelte, umso mehr von Strafausschließungsgründen gelten müsse.

<sup>375)</sup> Bayer. GB. von 1813 Art. 89: „Begünstigungen, die nur den Schutz der Person des Verbrechens zum Zwecke haben.“ GB. v. 1861 Art. 61, „Begünstigungshandlungen“, welche lediglich den Schutz dieser Personen gegen Entdeckung oder gerichtliche Verfolgung zum Zweck haben. Bad. GB. § 145. Nassauisches GB. Art. 87. Württemberg. GB. 92. Hessisches GB. Art. 91, „wenn diese Begünstigung bloß zum Zwecke des persönlichen Schutzes des Täters stattgefunden.“

<sup>376)</sup> Tatsächlich wird in den meisten Fällen das eine von dem anderen sich nicht trennen lassen.

nachweisbar<sup>376a)</sup> die Begünstigung eines Angehörigen gerade des eigenen Vorteils wegen oder lediglich um dem Angehörigen Vorteile der Tat zu sichern oder lediglich eines beteiligten Nichtangehörigen wegen erfolgt, Straflosigkeit nicht anerkannt werden kann.<sup>377)</sup> (Anders über ersteren Fall die Entscheidungsgründe RG. III, 21./12. E. 5 Nr. 97 S. 280.) Der Wortlaut des StGB. hindert meines Erachtens die Anerkennung dieser Sätze nicht.

§ 415. Da die Begünstigung im StGB. als selbständiges Delikt behandelt und in den §§ 257, 258 das Erfordernis eines Strafantrages zur Verfolgung nicht erwähnt wird, so kann dialektisch daraus gefolgert werden, daß die Begünstigung ein Antragsdelikt auch in den Fällen nicht sei, in welchen die Verfolgung des Haupt- (oder Vor-) Deliktes von solchem Antrage abhängig ist, wengleich die Bestrafung der Begünstigung indirekt häufig durch den in Ansehung des Hauptdeliktes zu stellenden Strafantrag bedingt sein wird. Dies ist die von *Binding*<sup>377a)</sup> und *Olshausen* Anm. 51 vertretene Ansicht. Zugunsten von Begünstigern, die selbst in einem besonderen persönlichen Verhältnisse zum Verletzten stehen, machen für Fälle des StGB. § 247 nach Abs. 3 daselbst eine Ausnahme *Schwarse* (GS. 24 S. 376, Kommentar S. 63 Anm. 6), *Dochow* (*Holtendorff's* Hdb. 4 S. 276), sowie *Herzog* (GS. 29, S. 118, 137).

Überwiegend<sup>377b)</sup> aber wird angenommen, daß bei sog. absoluten Antragsdelikten, d. h. solchen, deren Verfolgung allgemein von dem Strafantrage des Verletzten abhängig ist — ohne daß es einer besonderen persönlichen Beziehung zwischen dem Verletzten und dem Schuldigen zur Begründung dieses Erfordernisses bedarf — auch die Begünstigung Antragsdelikt sei.<sup>377c)</sup> Diese Ansicht stützt sich auf StGB. § 63 und § 247 Abs. 3, da in dem ersteren Paragraph gesagt wird, der gegen einen Täter oder Teilnehmer gestellte Strafantrag sei auch für

<sup>376a)</sup> Dieser Nachweis wird freilich nur höchst selten geliefert werden können.

<sup>377)</sup> Übereinstimmend *Hälschner* 2 S. 883, 884. Die Ansichten über die einzelnen Fälle differieren. Vgl. darüber *Olshausen* § 257. Anm. 43; *Binding*, Lehrb. 2 S. 663.

<sup>377a)</sup> 1 S. 637 und Lehrb. 2 S. 648; *Olshausen* § 257 Anm. 49.

<sup>377b)</sup> *Hälschner* 2 S. 883; (Vgl. aber 1 S. 717); *Liszt* § 183. III. 4; *H. Meyer* § 43 zu Anm. 19; *Merkel* S. 155; *Rudorff-Stenglein* § 257 Anm. 3; *Oppenhoff-De-lius* § 257 Anm. 10; *Frank* § 257. III.; *Köhler* GS. 61 S. 83.

<sup>377c)</sup> Die Differenz ist allerdings nur bei der sg. sachlichen Begünstigung von Bedeutung, insofern angenommen wird, daß sachliche Begünstigung die Möglichkeit der Verfolgung des der Haupttat Schuldigen nicht voraussetze.

die Strafverfolgung des Begünstigers und der gegen einen Begünstiger gestellte Strafantrag gegen Teilnehmer und Täter wirksam, in § 247 Abs. 3 aber bestimmt ist, daß der bei sog. Familien- und unbedeutendem Hausdiebstahle erforderliche Strafantrag nicht erforderlich sei zur Verfolgung von Teilnehmern und Begünstigern, welche nicht in einem der im § 247 bezeichneten Verhältnisse zu dem Verletzten stehen, Argumente, deren Schlüssigkeit von *Binding* und *Olshausen* freilich bestritten wird und vielleicht auch nicht zweifelsfrei ist.

Entscheidend dürfte aber sein, daß es dem allgemeinen Rechtsbewußtsein widerspricht, die minder bedeutendere Begünstigung als Officialdelikt in Fällen zu behandeln, in denen das Hauptdelikt bei Mangel eines Strafantrags straffrei bleiben kann. Zugleich wird der Zweck des Strafantrags in vielen Fällen vereitelt, wenn durch Verfolgung der Begünstigung indirekt doch das Hauptdelikt, da es eine Vorfrage für die Entscheidung über die Anklage wegen Begünstigung bildet, der Öffentlichkeit preisgegeben wird. Und völlig ist es der Gerechtigkeit zuwider, denjenigen, der eine Begünstigungshandlung ohne vorherige Zusage vorgenommen hat, von Amtswegen ohne weiteres verfolgen zu lassen, wenn ohne solche Zusage die Begünstigung ohne Antrag verfolgbar sein soll.<sup>37a)</sup>

Die Teilnehmertheorie ergibt hier ohne Schwierigkeit die Richtigkeit der herrschenden Ansicht, zugleich aber, daß bei sog. relativen Antragsdelikten der Begünstiger, ebenso wie andere Teilnehmer ohne Strafantrag verfolgbar sind, wenn bei ihnen das für das Erfordernis des Strafantrags nötige persönliche Verhältnis zum Verletzten fehlt, eine Ansicht, die für das StGB. von *Meves*,<sup>37a)</sup> *Merkel*,<sup>37b)</sup> *Villnow* (S. 71) und *Waldthausen* (S. 388, 391), vertreten ist, von letzterem freilich mit einigen Modifikationen.

**§ 416.** Der Gerechtigkeit widerspricht es, daß § 257 Abs. 1 die wegen eigenen Vorteils geleistete Begünstigung ohne

<sup>37a)</sup> Von *Rüdorff-Stenglein* wird auch geltend gemacht der akzessorische Charakter der Begünstigung und die Bestimmung des StGB. § 257 Abs. 1 a. E.: die Strafe darf jedoch, der Art oder dem Maße nach, keine schwerere sein, als die auf die Handlung selbst angedrohte. Das erste dieser Argumente scheint wegen der dem StGB. zu Grunde liegenden Selbstständigkeitstheorie unzutreffend, das zweite wegen des Wortlauts.

<sup>37a)</sup> D. Strafrechtszeitung 13 S. 513.

<sup>37b)</sup> *Holtendorff's* Hdb. 3. S. 739. Anm. 3. 4 S. 427.

weiteres mit Gefängnis bedroht, allerdings mit der Einschränkung, daß das Maximum der für die Haupttat angedrohten Strafe nicht überschritten werden darf. Wer eigenen Vorteils wegen, z. B. als gedungener Gehülfe sehr wirksame Beihülfe leistet, kann nie mit dieser Maximalstrafe belegt werden. Daß die alte Theorie, welche Beihülfe nach der Tat im allgemeinen besonders milder behandelte, weit gerechter strafte, wird nicht geleugnet werden. Man denke z. B.: Jemand läßt sich halb durch Mitleid, halb durch ein gutes Trinkgeld bestimmen, einem anderen, der wegen eines nicht ehrenrührigen Vergehens verfolgt wird, einen unkenntlich machenden Anzug zu verschaffen. Dem Hauptschuldigen drohen etwa im Maximum drei Jahr Gefängnis!

Und noch ungerechter ist es, wenn § 258, 1) der eigenen Vorteils wegen begangenen (auch nur persönlichen) nicht gewerbsmäßigen Begünstigung bei Unterschlagung unbedingt Gefängnisstrafe droht, während die Unterschlagung selbst bei Annahme milderer Umstände mit Geldstrafe bestraft werden kann.

Ferner hat § 258 in willkürlicher Weise Diebstahl, Unterschlagung, Raub und ein dem Raube gleich zu achtendes Verbrechen (§§ 252, 258) herausgegriffen als solche Delikte, bei denen die eigenen Vorteils wegen begangene Begünstigung (auch persönliche Begünstigung) besonders streng bestraft werden soll. Wie *Binding* (Lehrb. I S. 384) mit Recht hervorhebt, die Begünstigung von Mördern, Hoch- und Landesverrätern, ist dem Gesetzgeber weniger strafbar erschienen. Der Begünstiger muß dabei gewußt haben, daß das begünstigte Verbrechen jenen Verbrechenarten wenigstens alternativ zuzuzählen sei: glaubt er irrtümlich, der Begünstigte habe irgend ein anderes, wenn auch schwereres, Verbrechen begangen, so kann nur nach dem weit milderen § 257 gestraft werden.

Es wird schwer sein, die gerechte Strafe für die Begünstigung zu finden, wenn diese nicht wesentlich, allerdings milder,<sup>379)</sup> als die Strafe des Hauptdelikts durch diese letztere gegeben sein soll. Die Bestimmung der Strafe aber nach Maßgabe des Hauptdelikts bedeutet Rückkehr zu der alten, als unlogisch bezeichneten Teilnahmetheorie.

<sup>379)</sup> Mit Ausnahme der gewerbsmäßigen Hehlerei. Eine höhere Strafe wegen Gewerbsmäßigkeit der Handlung könnte z. B. auf einen wirklichen Gehülfen beim Diebstahl Anwendung finden, während sie den Täter nicht trafe.



Die Konstruktion der Begünstigung als Teilnahme würde auch der bei der Hehlerei mehr praktischen Kontroverse<sup>380)</sup> ein Ende machen, ob es einen Versuch dieser ausgezeichneten in mehreren Fällen (§ 258) als Verbrechen bestrafen Fälle gebe. Die Selbständigkeitstheorie<sup>380a)</sup> gerät hier, wie bemerkt, in ein arges Dilemma. Ihrem Prinzipie zufolge muß sie die Möglichkeit des Versuchs annehmen, während es doch an einem gesetzlichen Merkmale der Vollendung fehlt. Nimmt man die Möglichkeit eines Versuchs an, so kommt der Gehülfe straflos davon, wenn diese Beihülfe nicht kausal für die Haupttat wird, während der Begünstiger bei wirkungsloser Begünstigung nach § 258, 2) Zuchthausstrafe erleiden kann.

Für alle diese Verletzungen des Gerechtigkeitsgefühls, nicht minder für die Künstelei einer Begünstigungs- und Teilnehmerstrafe bei derselben Tat muß die moderne Selbständigkeitstheorie Trost gewähren. Nach der Theorie der Teilnahme, nach welcher auf den Begünstiger die Strafe des Gehülfen<sup>380b)</sup> — unter mildernden Umständen, falls die Begünstigung nicht lediglich eigenen Vorteils wegen gewährt wäre, durch Androhung von Geldstrafe — würde in sehr einfacher Weise der Gerechtigkeit und dem Rechtsbewußtsein entsprochen werden können.

Unrichtig würde es sein, aus der Auffassung der Begünstigung als einer nachfolgenden Teilnahme den Schluß zu ziehen, daß sie im Verhältnis zur Begehung des Hauptverbrechens stets eine Rückfallstrafe herbeiführen müsse. Sie ist doch eine besonders geartete Teilnahme; sie kann aus Motiven hervorgehen, die mit solchen Motiven, wie sie die Begehung der Haupttat veranlassen, nichts gemein haben; vielmehr wird

<sup>380)</sup> Vgl. darüber *Olshausen* § 258 Anm. 4.

<sup>380a)</sup> Daß weder die heutige Theorie noch die heutige Gesetzgebung zu einer wirklichen und folgerichtigen Loslösung der Begünstigung und Hehlerei aus deren Zusammenhang mit dem Vordelikte gelangt ist, hat jetzt auch *Beling*, Lehre vom Verbrechen S. 477 (vgl. bes. S. 483) ausgeführt. Der von *Beling* aufgestellten originellen Theorie einer (unbestimmten Nachtäterschaft) vermag ich freilich nicht zuzustimmen.

<sup>380b)</sup> *Binding*, Lehrb. 2 S. 642 wendet gegen die Behandlung der Begünstigung als Beihülfe nach der Tat ein, daß Begünstigung doch auch dann strafbar sein müsse, wenn der Täter gar keine Begünstigung wolle. Aber der Begünstiger braucht nicht den Täter zu schützen; er schützt genau betrachtet die Tat, wenn dies auch zugleich dem Täter zugut kommt, und analog verhält es sich bei der Beihülfe.

diese Gemeinsamkeit der Motive nur vereinzelt zutreffen, meist bei gewerbsmäßiger Hehlerei und Diebstahl. Es käme auf richtige Behandlung des Rückfalls im allgemeinen an. Daß man früher Begünstigung als in bezug auf das Hauptverbrechen den Rückfall begründend angesehen hätte, habe ich nicht gefunden.

§ 417. Die sog. persönliche und andererseits die sachliche Begünstigung sind nach dem oben Dargelegten nicht scharf geschiedene Arten der Begünstigung; sie werden häufig in einander übergehen. Es wird daher eine alternative Feststellung im Urteil (und eine alternative Fragestellung im schwurgerichtlichen Verfahren) für zulässig erachtet werden müssen, aber nur wenn die Tatsachen, in welchen die Begünstigung gefunden wird, mit genügender Bestimmtheit festgestellt werden, damit nicht die Votanten in Wahrheit über verschiedene Tatbestände votieren. Ist dieser Bedingung genügt, so ist es oft nur eine arbiträre Schlussfolgerung, ob man die eine oder die andere Absicht als die maßgebende betrachtet.<sup>381)</sup> Ist man der Ansicht, daß es sich hier um zwei verschiedene Spezialdelikte handle, so ist es konsequent und richtig, die alternative Feststellung (und Fragestellung) zu verwerfen; ebenso selbstverständlich, wenn man der Ansicht ist, daß im konkreten Falle Straffreiheit von der Feststellung rein persönlicher Begünstigung abhängt; es muß dann die sachliche Begünstigung durch Mehrheit festgestellt (und auf diese die prinzipale Frage gerichtet) werden.

Obwohl die Worte „Hehler“ und „Hehlerei“ im deutschen Rechte früh vorkommen, und die Hehler vielfach den Dieben gleich bestraft wurden, hat doch die Doktrin und Gesetzgebung die Hehlerei alsbald mit den Fällen zusammen behandelt, welche wir jetzt als Begünstigung bezeichnen, und bei denen ein prinzipieller Unterschied zwischen persönlicher und sachlicher Begünstigung, zwischen Begünstigung um eigenen Vorteils willen und ohne solche Qualifikation nicht gemacht wurde, wie denn auch beides tatsächlich oft nicht zu trennen ist.<sup>381a)</sup> Schwierigkeiten machte der Doktrin nur der Erwerb von Sachen, die,

<sup>381)</sup> RG. I. 29./9. 81 E. 5 Nr. 7 S. 23 hat — von dem vom RG. angenommenen Standpunkte aus konsequent — in dem daselbst entschiedenen Falle die alternative Feststellung mit Recht unbeanstandet gelassen. Das Faktum war bei der einen wie bei der anderen dasselbe.

<sup>381a)</sup> Vgl. die Nachweisungen bei *Heimberger* S. 251.

wie der Erwerber wußte, gestohlen oder geraubt waren. Wenn hier einige den Erwerber als Dieb bestrafen wollten, so erklärt doch *Carpsov*<sup>382)</sup> sich bestimmt gegen diese Härte: er hält eine arbiträre mildere Strafe für angemessen und bezeugt eine damit übereinstimmende Praxis. Alsbald wird aber allgemein dieser Fall zur Receptatio gerechnet und als participatio am Verbrechen bestraft, und wenn später *Boehmer*<sup>383)</sup> z. B. sich dagegen erklärte und die Receptatio nicht sowohl nach Maßgabe der Haupttat, als nach Maßgabe der eigenen Handlung der Receptatio bestrafen wollte, so blieb er die Erläuterung, wie dies zu verstehen sei, schuldig: es war, wie zuweilen bei *Boehmer*, ein Anlauf zu einer Doktrin, mit welchem nichts gewonnen wurde. Genau betrachtet hatte man, die Hehlerei und Erwerb gestohlener und geraubter Sachen als Fälle der Receptatio, später der Begünstigung, als Teilnahme nach der Tat behandelnd, instinktiv das Richtige getroffen. Für die Personenhehlerei ist dies ohne weiteres klar; denn wenn diese sich etwa auf besondere Deliktsarten bezieht und um eigenen Vorteils wegen erfolgt, so kann dies ihren Charakter als Begünstigung nicht aufheben. Aber auch derjenige, dem die Person des Haupttäters gleichgültig ist, und der nur die durch das Verbrechen erlangte Sache erwirbt oder an sich bringt, begünstigt notwendiger Weise den Haupttäter, auch wenn dieser ihm völlig unbekannt ist, sobald er nur den verbrecherischen Ursprung seines Erwerbes kennt: was als notwendige Begleitfolge oder Voraussetzung einer gewollten Handlung erkannt wird, ist mitgewollt.<sup>384)</sup> Die gerechte Bestrafung ergab sich aber, wenn man dabei die Strafbarkeit der Haupttat, welche den Anlaß zum Erwerbe des Begünstigers gab, nach Maßgabe der Vorstellung, die der Begünstiger sich von jener Tat machte, zugrunde legte und im Zweifel nach der Regel „In dubio benignius“ entschied. Diese Auffassung bewahrten längere Zeit abgesehen von der österreichischen Gesetzgebung,<sup>385)</sup> die deut-

<sup>382)</sup> Qu. 87 n. 44 ff.

<sup>383)</sup> Vgl. ad CCC. 177 § 1 E. und § 9 daselbst.

<sup>384)</sup> So *Hülschner* 2 S. 886 ff., bes. S. 888, 889.

<sup>385)</sup> Doch kann der österreichischen Gesetzgebung hier keineswegs Konsequenz nachgerühmt werden. Die Sachhehlerei bei Diebstahl, Veruntreuung und Raub wird als Teilnehmung bezeichnet, §§ 185, 196, während nach § 6 der dem Täter persönlich nach der Tat geleistete Beistand als „besonderes Verbrechen“ erscheint.

schen Strafgesetze des XIX. Jahrhunderts;<sup>386)</sup> es änderte daran nichts, wenn in einigen Gesetzen die Begünstigung, begangen in bezug auf Diebstahl, Unterschlagung und Raub, als besonderes Delikt (als ausgezeichnete Begünstigung) erschien, und es war auch keine wirkliche Änderung, wenn das preußische StGB. § 37 die Begünstigung im allgemeinen im Titel „Von der Teilnahme“ aufführte, das Ankaufen usw. gestohlener, geraubter, unterschlagener Sachen dagegen in Verbindung mit persönlicher Begünstigung von Dieben, der Unterschlagung oder des Raubes schuldiger Personen im besonderen Teile §§ 237, 238 (ersetzt durch Gesetz vom 14./4. 1856) behandelte. Man darf dasselbe sogar noch von dem sächsischen StGB. von 1855 behaupten, obschon hier (Art. 292, 293) der Zusammenhang der Hehlerei mit der Begünstigung in den Worten nicht hervortritt, und das Ansichbringen unrechtmäßig von anderen erlangter Sachen sogar mit dem besonderen Namen der Partiererei bezeichnet wird: entscheidend ist, daß die Bestimmung über Begünstigung im allgemeinen Teile verblieb.<sup>387)</sup>

§ 418. Die Sachlage änderte sich aber als der zweite Entwurf zum StGB., infolge der Kritik *Hälschners*<sup>388)</sup> der neuen Theorie sich anschließend, die Begünstigung dem speziellen Teile überwies. Es schien nunmehr Aufgabe der Theorie, die besondere Lebensbeziehung festzustellen, welche durch die Handlung angegriffen, durch die Strafdrohung geschützt werden sollte (das Rechtsgut!), und andererseits konnte nicht ohne weiteres behauptet werden, daß die Bestimmungen über Begünstigung im allgemeinen auf die in den folgenden Paragraphen behandelten Delikte der Hehlerei und namentlich des Ankaufens, Ansichbringens usw. durch strafbare Handlungen erlangter Sachen anwendbar seien;<sup>389)</sup> mußte doch auch für das letztere Delikt das maßgebende „Rechtsgut“ aufgesucht werden. Mit der Aufsuchung

<sup>386)</sup> Vgl. GB. für Bayern von 1813 Arch. 85; Altenburg Art. 46, 239; Württemberg Art. 91; Braunschweig § 47; Hannover Art. 74—76; Hessen Art. 187; Baden § 142; Nassau Art. 84—86; Thüringen Art. 36 (vgl. 231).

<sup>387)</sup> Das bayerische StGB. v. 1861 Art. 88 ff. steht, was die Auffassung des Verhältnisses von Begünstigung, Hehlerei und Partiererei betrifft, noch auf dem Standpunkte des GB. v. 1813.

<sup>388)</sup> Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund 1870 S. 67.

<sup>389)</sup> Vgl. in diesem Sinne besonders *Waldhausen* S. 383; *Beling*, Lehre vom Verbrechen S. 479.

und Feststellung der durch Begünstigung, Hehlerei und Partiererei verletzten Rechtsgüter hat man aber wenig Glück gehabt. Das durch Begünstigung verletzte Rechtsgut soll die Rechts- oder Justizpflege sein; <sup>390)</sup> ein Begriff, der zu allgemein und deshalb nichtssagend ist, <sup>391)</sup> oder die Hinderung der Wiederausgleichung der Folgen des Delikts, <sup>392)</sup> ein Begriff der auf das Delikt selbst passen kann und daher für die Begünstigung selbst nichts übrig läßt, insofern der Täter sich die aus der Tat hervorgehenden Vorteile erhalten will.

§ 419. Am besten läßt sich noch die Auffassung der sog. Partiererei <sup>393)</sup> als eines besonderen Vermögensdeliktes verteidigen. Wer eine Sache kauft, die zu verkaufen der Verkäufer keine Berechtigung hat, oder wer sonst in unberechtigter Weise eine fremde Sache an sich bringt, verletzt allerdings das an der Sache bestehende Recht eines anderen. Aber es ist nicht einzusehen, warum solche Verletzung fremden Eigentums nur unter der Voraussetzung strafbar sein soll, daß ein anderer früher in bezug auf die Erlangung der Sache eine strafbare Handlung begangen hat, und doch ist dies bis jetzt unbestrittene und unbestreitbare Voraussetzung der Partiererei. Macht man andererseits diese Voraussetzung, so geht das Charakteristische des selbständigen Vermögensdeliktes verloren; die Handlung des Partierers richtet sich dann zugleich gegen die Strafjustiz und geht somit wieder in dem allgemeinen von den Anhängern der Selbständigkeitstheorie aufgestellten

<sup>390)</sup> Diese Auffassung ist von *Hälschmer* a. a. O. vorgebracht und seitdem die herrschende geworden. Vgl. *Binding*, *Gretenner*, *Rethwisch*, *Liszt* § 183; *Köhler* S. 48; (*Alfeld*, *Meyer-Alfeld* § 125).

Manche begnügen sich mit der Charakterisierung der Begünstigung als selbständiges Delikt, ohne den Kern desselben schärfer festzustellen. So *Kösdlin* I S. 267; *Finger*, österreichisches Strafr. 2. Aufl. I S. 275; *Janka*, österreichisches Strafr. § 74.

<sup>391)</sup> Man könnte z. B. eher Meineid oder Rechtsbeugung diesem Begriff subsumieren.

<sup>392)</sup> So *Merkel* in *Holtendorffs* Hdb. 4 B. 420, eine Auffassung, die *Merkel* Lehrb. S. 153, mehr zur Teilnahmetheorie zurückkehrend, später aufgegeben hat.

<sup>393)</sup> So insbes. *Liszt* §§ 147, 183 und *Binding*, Lehrb. I S. 385 ff. (vgl. auch Normen 2 S. 572) der auch die Begünstigung, sofern sie bestimmten Personen die Vorteile des früher begangenen Delikts sichern soll, als Vermögensdelikt auffaßt (Lehrb. 2 S. 666) und sie als unechte Begünstigung bezeichnet. Nicht so scharf scheidet Begünstigung und Partiererei *Gretenner* S. 129 ff. Unbestimmter über das Verhältnis von Begünstigung und Vermögensdelikt äußert sich *Köhler* S. 48.

Begriffe der Begünstigung unter, welche nebenbei auch Vermögensinteressen schädigen kann.

Es wird sich jetzt zeigen, daß auch bei dem Delikte der Partiererei die Teilnahmetheorie auf einfachem Wege zu befriedigenden Ergebnissen führt, während dies selbst scharfsinniger Dialektik der Selbständigkeitstheorie zuweilen recht schwer geworden ist.

§ 420. Die erste Voraussetzung des Deliktes der Partiererei ist eine vorhergehende strafbare Handlung, d. h. eine *in concreto* strafbare Handlung, eine Handlung, bei der mindestens ein wirklich Schuldiger vorhanden ist, mag dieser auch der Zuständigkeit der inländischen Strafgewalt entrückt sein.<sup>393a)</sup> Letzteres wird auch von den Anhängern der Selbständigkeitstheorie angenommen, bedarf aber hier, wenn man nicht lediglich nach dem Wortlaute des Gesetzes interpretieren will, einer weiteren, meistens fehlenden Begründung.<sup>393b)</sup> Leicht irreführend ist hier die Theorie eines besonderen auf Perpetuierung eines rechtswidrigen Zustandes gerichteten Vermögensdeliktes, wie solche z. B. bei *Olshausen* § 259 3c zu bemerken ist, aber auch hervortritt in einem Urteile des RG. III vom 6./5. 1882.<sup>394)</sup> Nach der Teilnahmetheorie ist ohne weiteres klar, daß, wo kein Täter vorhanden ist, auch keine Teilnahme geringeren Grades — und solches ist der Täterschaft gegenüber begrifflich die Begünstigung — existieren kann; folglich ist Partiererei unmöglich, wenn die anscheinend strafbare Tat die Tat eines Wahnsinnigen, eines wirklich zurechnungsunfähigen Kindes ist.<sup>395)</sup> Dies bedeutet freilich keineswegs

<sup>393a)</sup> Vgl. RG. I. 17./12. 88 E. 18 Nr. 73 S. 298. Die im Auslande begangene Tat eines Ausländers kann, abgesehen von den besonderen Fällen des § 4 Abs. 1 und den im Sprengstoffgesetz 1 wie den im Gesetze gegen den Sklavenhandel vorbehaltenen Fällen nur dann als strafbare Handlung gelten, wenn sie dies nach den Gesetzen des Ortes der Tat ist; die Straflosigkeit am Orte der Tat muß also in der Regel zur Folge haben, daß daran im Deutschen Reiche das Delikt der Hehlerei (Partiererei) sich nicht anschließen kann. — Nicht ganz deutlich ist in dieser Hinsicht das zitierte Urteil des RG.

<sup>393b)</sup> Eine solche am besten bei *Köhler* S. 104, der mit Recht hervorhebt, daß die Ausdehnung der Sachhehlerei auf Aufrechterhaltung nur (objektiv) rechtswidriger Zustände der Sachhehlerei ein zu weites Anwendungsgebiet geben würde.

<sup>394)</sup> E. 6 Nr. 111, wo S. 338 die unklare Behauptung vorkommt, es sei, weil die Person des Täters (des Vordeliktes) zurücktrete, gleichgültig, ob und aus welchem Grunde die Bestrafung ausgeschlossen sei. — Richtig dagegen das neuere Urteil RG. II. 19./1. 02 E. 35 Nr. 28 S. 73.

<sup>395)</sup> So *Hälschner* 2 S. 888; *Binding*, Lehrb. 1 S. 386; *H. Meyer* § 107 Anm. 10; *Liszt* § 147 Anm. 3; *Frank* § 259 II., 1; *Gretener* S. 171; *Köhler* S. 104.

immer Strafflosigkeit desjenigen, der z. B. die von einem zurechnungsunfähigen Kinde entwendete Sache diesem abkauft; vielmehr wird dieser oft wegen Unterschlagung zu verurteilen sein.

Da wo das Gesetz eine sonst strafbare Tat wegen des nahen Verhältnisses zwischen Täter und Verletztem als straflos, d. h. nicht als Delikt betrachtet, kann der Konsequenz nach auch im Sinne der Hehlerei nicht von einer strafbaren Handlung die Rede sein, also auch nicht von Begünstigung und Hehlerei.<sup>396)</sup>

Eben dasselbe ist von den gegen alle Teilnehmer nur auf Antrag verfolgbaren Delikten in beiden Beziehungen zu sagen. Gehört der Hehler zu denjenigen Personen, welche als Täter des Vordelikttes straflos oder nur auf Antrag verfolgbar sein würden, so muß dasselbe auch zu seinen Gunsten gelten, wenn er nur als Hehler (Partierer) beteiligt ist. Ein persönlicher Strafaufhebungsgrund, z. B. Tod, Begnadigung, beseitigt nicht die Eigenschaft der Tat als einer strafbaren. Aus der Teilnahmetheorie folgt dies unmittelbar; ein Teilnehmer wird dadurch nicht straffrei, daß der Täter stirbt oder begnadigt wird.<sup>397)</sup> Es wäre auch irrationell, hier Strafflosigkeit der Partiererei anzunehmen; die Tat in ihrer Bedeutung für den Verletzten wird dadurch nicht eine andere. Ob die in Ansehung der Haupttat eingetretene Verjährung die Bestrafung der Partiererei ausschließt, wird erst im Zusammenhange mit der Lehre von der Verjährung erwogen werden.

Eine Beschränkung auf bestimmte Arten strafbarer Handlungen besteht hier nach dem StGB. nicht; es könnte eine nur nach Landesrecht strafbare Handlung sein; nur müßte sie unter die territoriale Zuständigkeit der betreffenden Landesgesetzgebung fallen. Auch kommt es nicht auf den Grad der Strafbarkeit an; es genügt eine Übertretung.

<sup>396)</sup> Vgl. über die hier sich wiederholende Kontroverse oben S. 617. In bezug auf einen Diebstahl, der von einer exterritorialen Person, z. B. einem die Exterritorialität genießenden Diener oder Beamten einer Gesandtschaft begangen ist, kann z. B. Partiererei begangen werden.

<sup>397)</sup> Auch die herrschende Meinung (vgl. darüber *Köhler* S. 105) nimmt bei Strafaufhebungsgründen in der Person des Täters des Vordelikttes allgemeine Strafbarkeit des Partierers an. In Betreff der Verjährung sind anderer Ansicht *Binding*, Lehrb. II. S. 211, *Liszt* § 147, II. 1.

§ 421. StGB. § 259 hat aber in anderer Beziehung, da man die Theorie der Partiererei völlig von der Teilnahme, ihrer historischen Basis, gelöst hat, zu erheblichen Schwierigkeiten und teilweise befremdenden Anklagen und Urteilen Anlaß gegeben. Nach dem Wortlaute liegt das Delikt der Partiererei auch dann vor, wenn jemand dem Bettler die erbettelten Sachen abkauft,<sup>398)</sup> in der Schonzeit erlegtes Wild,<sup>399)</sup> verbotswidrig über die Grenze eingebrachtes Vieh kauft.<sup>400)</sup> Auch wer Geldstücke annimmt, die beim Spiel mit ungestempelten Karten gewonnen sind, könnte der Partiererei schuldig sein.

Das unmittelbare Gefühl sagt indes, daß hier schwerlich an Hehlerei zu denken sei und eine Verurteilung wegen eines mehr oder minder doch die Ehre berührenden Deliktes eine groteske Verirrung der Gesetzgebung oder der Jurisprudenz sein müßte.

Aber wie die Verurteilung vermeiden? Die ver. Senate des RG. haben in dem Falle der Erlangung der Sachen durch Bettel (vgl. Anm. 398) ausgeführt, daß die Sache durch eine strafrechtswidrige Handlung in die Gewalt des Haupttäters gelangt sein müsse, und daran fehle es in diesem Falle.<sup>401)</sup> Das ist aber, genau betrachtet, nicht zutreffend; denn Betteln ist verboten, und daß der Geber nicht rechtswidrig gehandelt zu haben braucht, ist offensichtlich. Noch weniger wird die Beweisführung einleuchten, in dem Falle, daß in der Schonzeit erlegtes Wild gekauft wurde, da hier auch der Verkäufer vor Begehung der strafbaren Tat nicht einmal ein Recht an dem erlegten Tier gehabt hat; denn das allgemeine Okkupationsrecht des Berechtigten ist gerade während der Schonzeit suspendiert, und daß dem in der Schonzeit erlegten Wilde der Makel strafrechtswidrigen Erwerbes anhaftet,<sup>402)</sup> wird sich nicht leugnen

<sup>398)</sup> So in der Tat RG. II. 27./9. 81 E. 4 Nr. 161 S. 440 eine Entscheidung, welche allerdings durch die spätere Entscheidung der Ver. Strafsenate v. 17./4. 82 E 6 Nr. 79 S. 218—225 in längerer Auseinandersetzung widerlegt ist.

<sup>399)</sup> Partiererei von RG. I. 9./10. 82 E. 7 Nr. 28 S. 92 deshalb verneint, weil das Wild nur anläßlich der Verletzung der Schonzeit in das Eigentum des Berechtigten übergegangen ist.

<sup>400)</sup> RG. I. 15./5. 82 RS. 4 S. 487 verneint die Partiererei in solchem Falle, weil der Angeklagte das Eigentum schon jenseits der Grenze erlangt hatte.

<sup>401)</sup> Nebenbei ist auch geltend gemacht, daß der Erwerb durch den Geber von vornherein legalisiert worden sei. Dieser Grund dürfte für die anderen im Texte erwähnten Fälle nicht passen.

<sup>402)</sup> Dies Moment erachtet auch Geyer Grundriß 2 S. 71 für entscheidend.



lassen. Und recht wenig einleuchtend möchte auch die vom RG. gemachte Unterscheidung sein, daß das Wild nicht unmittelbar durch die Verletzung der Schonzeit, vielmehr nur anläßlich derselben und in Wahrheit durch die davon unabhängige (?) Besitzergreifung in das rechtmäßige Eigentum des Okkupanten übergehe. Es kommt letzteres Argument auf eine Leugnung des Kausalzusammenhanges hinaus. *Olshausen* bildet daraus die allgemeine Regel, daß die strafbare Handlung im Kausalzusammenhange einer unmittelbar mit dem Makel eines verbrecherischen Erwerbes behafteten Sache stehen müsse. Wie man aber den Kausalzusammenhang leugnen kann, ist nicht recht klar: ohne die verbotene Handlung des Bettelns, des Jagens in der Schonzeit, hätte doch der erste Erwerber die Sache nicht erlangt.

Die Theorie, welche die Partiererei als Eigentumsdelikt auffaßt, kann allerdings die Straflosigkeit dieser Fälle einfach beweisen: der Erwerb des Eigentums wurde durch die strafbare Handlung nicht gehindert; wer daher von diesem Eigentümer das Eigentum erwarb, konnte niemandes Eigentum durch diesen Erwerb verletzen.<sup>402a)</sup>

Die Schwierigkeit ist aber ebenfalls nicht vorhanden, sobald man beachtet, daß Partiererei nur eine besondere Form der Begünstigung ist.<sup>402b)</sup> Danach ist zur Sachbegünstigung erforderlich, daß sie die Rechtsverfolgung seitens eines zivilrechtlich Berechtigten hindere. In den bezeichneten Fällen aber fehlt es an solchem Berechtigten. Wer einem Bettler eine Gabe gegeben hat, kann (falls nicht Betrug des Bettlers konkurriert) die Gabe nicht zurückfordern; das über die Grenze gebrachte Vieh gehört dem Verkäufer; für das während der Schonzeit erlegte Wild existiert kein Berechtigter, dem es entzogen ward. Es ist eine strafbare Handlung erforderlich, welche die Sache einem Berechtigten entzieht.<sup>403)</sup> So

<sup>402a)</sup> So insbesondere *Binding* Lehrb. 1 S. 388; *Liszt* § 147 zu Anm. 4. — Mehrere Gründe kombiniert *Oppenhoff-Delius* § 256 Anm. 6.

<sup>402b)</sup> Vgl. *Hälschner* 2 S. 889.

<sup>403)</sup> Gestreift wird dieser Grund in etwas unklarer Weise am Ende der Entscheidungsgründe des Urts. des GR. 7 S. 92. *Hälschner* S. 889 sagt nebenbei nur die mit dem Fehler des rechtswidrigen Erwerbes behaftete Sache sei Gegenstand des Deliktes des § 259. Aber ein Fehler des Erwerbes ist auch bei dem in der Schonzeit erlegten Wilde vorhanden. *Köhlers* GS. 61 S. 106 Begründung — das Strafbare müsse in dem Erwerbsgrunde, nicht bloß in dem zum Erwerbe

hat also nur die moderne Gesetzgebungskunst, welche aus der Partiererei ein ganz besonderes Verbrechen hat schaffen wollen, die gesamte Schwierigkeit verursacht. Durchaus einfach ergibt sich die richtige Entscheidung nach der Teilnahmetheorie: wer wissentlich in der Schonzeit erlegtes Wild kauft, ist Teilnehmer der betreffenden Übertretung, jedenfalls nicht in höherem Grade strafbar als ein Gehülfe, folglich nach unserem positiven Rechte straflos. In Ansehung desjenigen, der dem Bettler Sachen gegen erbetteltes Geld verkauft, ergibt sich die Straflosigkeit daraus, daß, da ein Restitutionsanspruch des Geldgebers nicht besteht, das erbettelte Geld Gegenstand des freien rechtlichen Verkehrs geworden ist.

Andererseits ist es nicht erforderlich, daß gerade das Eigentumsrecht verletzt sei; es kann Verletzung eines Pfandrechts genügen, so wenn die nach StGB. 137 strafbare Handlung des Bruches einer Beschlagnahme geschehen,<sup>404)</sup> so wenn eine nach StGB. 289 strafbare Pfandentziehung begangen ist. Es genügt ebenso Verletzung eines Okkupationsrechtes: an gewildertem Wilde kann Hehlerei begangen werden.<sup>404a)</sup>

§ 422. Ebenso schließt der Eigentumsübergang an den Täter des Vordeliktens nach der herrschenden Ansicht die Möglichkeit der Partiererei nicht aus, sofern der frühere Eigentümer einen Restitutionsanspruch infolge der strafbaren Handlung, z. B. eines Betruges, einer Erpressung gegen den Empfänger hat, und dies ist im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich, da sonst allzu feine Unterschiede Straflosigkeit des Partierers begründen könnten: die Grenze von Betrug einerseits und Unterschlagung z. B. andererseits ist oft zweifelhaft. Die Theorie eines Eigentumsdeliktens läßt sich aber hier schon nicht halten: man muß, um die Strafbarkeit in diesen Fällen zu begründen, dem Eigentumsdelikt das Vermögensdelikt substituieren, und dann ist nicht ersichtlich, weshalb nicht auch derjenige Partiererei begeht, der in irgend einer Weise wissentlich an den Vorteilen des von einem anderen

---

gebrauchten Mittel (der tatsächlichen Erwerbsvoraussetzung) bestehen — ist mir nicht recht verständlich.

<sup>404)</sup> Entspricht der herrschenden Ansicht. Vgl. *Schwarze* GS. 24 S. 392; *Binding*, Normen 2 S. 576; *Hälschner* 2 S. 889.

<sup>404a)</sup> Darüber herrscht wohl kein Zweifel. Vgl. OT. Berlin 24./5. 76. *Stenglein*, Zeitschr. 6 S. 321 und *Olshausen* § 259, 2.

begangenen Betruges partizipiert, auch wenn der Betrogene keinen Anspruch hat auf individuelle Restitution derjenigen Gegenstände, an denen jener partizipiert.<sup>404b)</sup>

Die Teilnahmetheorie führt auch hier (vgl. oben) unmittelbar zu dem richtigen Ergebnisse.

Nach der Theorie der Teilnahme kann selbst, falls ein Anspruch auf Restitution einer individuellen Sache nicht besteht, gleichwohl Begünstigung angenommen werden, wenn der spätere Erwerber der Sache durch diesen Erwerb den Entschädigungsanspruch gegen denjenigen, welcher die Sache durch eine strafbare Handlung erlangt hat, vereitelt oder zu vereiteln unternimmt. Wenn etwa nach dem BGB. 950 das Eigentum an dem gestohlenen Stoffe durch Verarbeitung zu neuen Sachen untergeht, wäre nicht derjenige auch Diebesgenosse, der von dem Diebe sich eine dieser Sachen, ihren Ursprung kennend schenken läßt, falls der Dieb durch die Weggabe der Sache unfähig wird, Ersatz zu leisten? Die herrschende Ansicht verneint dies,<sup>405)</sup> da sie das Delikt des § 259 vollkommen getrennt von seiner Basis (der Begünstigung) behandelt. Daß aber in solcher Handlung Begünstigung liegen kann, scheint nicht zweifelhaft. Ferner ist nach der herrschenden, auch vom RG. in konstanter Praxis vertretenen Ansicht nur an den unmittelbar durch eine strafbare Handlung erlangten Sachen

<sup>404b)</sup> Praktischer ist hier der Wortlaut des Code pénal Art. 62: er bestraft nur diejenigen, welche Hehlerei begangen haben an Sachen, die vermittels eines Verbrechens oder Vergehens erlangt sind (*à l'aide d'un crime ou délit*), darauf ob das Eigentum z. B. auf den Betrüger übergegangen ist, kommt es nicht an. Vgl. *Hélie* 1 n. 290; *Garraud* 2 u. 683 a.

<sup>405)</sup> Vgl. *Köhler* GS. 61 S. 102. „Hat jemand 20 Mark gestohlen und schenkt er das Goldstück zwei Freunden zum Miteigentum, so sind sie Hehler: läßt er es aber vorher in zwei Zehnmarkstücke umwechseln und schenkt dann jedem 10 Mark, so dürfen die Freunde das Geld annehmen.“ RG. IV. 10. 11. 96 E. 29 Nr. 60 S. 156 (allerdings nur gelegentlich); Eigentumserwerb durch Vermischung des unterschlagenen mit dem eigenen Gelde (nach Maßgabe des früheren gemeinen Rechts) wird nach dem Wortlaut — immer der Wortlaut entscheidend. — des § 259 als die Hehlerei nicht ausschließend angesehen, weil die unterschlagenen Sachen durch die Vermischung nicht andere Sachen geworden seien. RG. 15./6. 81 E. 4 Nr. 118 S. 321 hielt die Verurteilung aus § 259 aufrecht in einem Falle, wo der Angeklagte sich wie angenommen wurde, die Hälfte eines Hundertmarkscheines hatte geben lassen, d. h. das Eigentum zur Hälfte daran hatte einräumen lassen (?) und dann von dem Gelde das für den Schein eingewechselt war, die Hälfte erhalten hatte. — Das Wechseln kann aber so geschehen, daß der Wechselnde in keiner Weise als strafbar anzusehen ist, z. B. jemand gibt einen Hundertmarkschein bei einem Eisenbahnschalter in Zahlung; der starkbeschäftigte Beamte kann über den rechtmäßigen Erwerb des Zahlenden keine Erwägungen oder Nachforschungen anstellen!

das Delikt des § 259 Hehlerei (Partiererei) möglich, daher, sobald ein Umtausch der durch strafbare Handlung erlangten Sachen eingetreten ist, Partiererei ausgeschlossen. Danach ist Partiererei verneint worden in dem Falle, daß die unterschlagene große Banknote gegen kleine Münzen oder Scheine umgewechselt war, und jemand dann von den letzteren, wissend, daß die umgewechselte Banknote unterschlagen war, sich einige schenken ließ.<sup>406)</sup> Wie das RG. selbst sagt, läßt man damit „äußerliche Distinktionen“ entscheiden; aber die entgegengesetzte Ansicht würde, wie weiter gesagt wird, zu einer für den Güterverkehr höchst bedenklichen „Unbegrenztheit des Hehlereibegriffes“ führen.<sup>406a)</sup>

Nach der Theorie der Partiererei als einer Teilnahme an dem Vordelikte würde es darauf ankommen, ob der Empfänger sich bewußt war, daß er durch den Empfang die Möglichkeit des Ersatzes durch den Dieb (oder den der Unterschlagung, des Betruges Schuldigen) schmälerte. Danach wäre derjenige, der von dem eingewechselten Gelde sich in voller Kenntnis der Umstände schenken läßt,<sup>406b)</sup> allerdings strafbar, nicht aber derjenige, der dem Diebe etwas verkauft und sich von dem eingewechselten Gelde bezahlen läßt, ohne dabei einen außergewöhnlichen Gewinn zu machen;<sup>406c)</sup> denn der Dieb usw.

<sup>406)</sup> Ein solcher Fall ist entschieden durch RG. II. 29./6.: 83 E. 8 Nr. 125 S. 433 vgl. ferner RG. I. 11./4. 92 E. 23 Nr. 14 S. 53 (wo nur aus dem mitgeteilten Tatbestande nicht mit Bestimmtheit hervorgeht, in welcher Weise der Dritte von dem eingewechselten Gelde Vorteile hatte). — Vgl. auch RG. III. 17./12. 96 E. 26 Nr. 125 S. 317: Empfang von Geld, das durch Inkasso eines gestohlenen Sparkassenbuches erlangt war.

<sup>406a)</sup> Nach *Crivellari* 8 S. 285 werden in Italien unter „*Cose provenienti da un delitto*“ auch Sachen verstanden, die der Verbrecher mittels Verkaufs usw. gestohlener Sachen erhalten hat, auch Geld.

<sup>406b)</sup> Vgl. in diesem Sinne das von *Temme* Arch. f. strafrechtl. Entsch. 3 S. 21 mitgeteilte Ur. des österreichischen KH. v. 30./5. 55. Eine Ehefrau hatte einen Brillantschmuck gestohlen und ihn a. f dem Leihhause für 500 Gulden versetzt, der Mann erhielt von diesem Gelde 138 Gulden. Nach der Theorie des RG. wäre er straflos!

<sup>406c)</sup> Dagegen allerdings die Entscheidung des OG. zu Zürich v. 4./12. 52 (*Temme* Arch. f. strafrechtl. Entsch. 2 S. 130. Jemand, der einen Gelddiebstahl von mehreren hundert Franken verübt hatte, begab sich einige Tage darauf in ein Wirtshaus, hielt sich einen Tag daselbst auf und regalierte jeden dahin kommenden Gast. Der Wirt löste daraus eine bedeutende Zeche. Das OG. sprach den Wirt frei, da er nur den Dieb nicht abgehalten habe, sein Geld in der Wirtschaft zu verzehren, nicht das gestohlene Geld bei sich aufgenommen habe. Das Gericht erster Instanz hatte aber wegen Begünstigung verurteilt. Auf den Umstand, ob der Wirt gerade die gestohlenen Geldstücke selbst erhielt, scheinen übrigens die Richter in beiden Instanzen Gewicht nicht gelegt zu haben.

wird dadurch nicht ärmer, und selbst wenn der Dieb die erlangten Sachen zu seinem gewöhnlichen Lebensunterhalte verzehrt, verbraucht, so erscheint doch damit jene Möglichkeit bei genauer Betrachtung nicht geschmälert; denn daß der Dieb sehr leicht jemanden finden wird, der ihm *bona fide* solche gewöhnliche Bedürfnisse verkauft, wird nicht zweifelhaft sein. Anders wenn der Dieb für seine Verhältnisse ganz ungewöhnliche Gegenstände einkaufen würde oder wenn er z. B. ein Zechgelage veranstaltete, und der Wirt sich nun mit dem eingewechselten Gelde bezahlen ließe. Es dürfte auch bei diesen nicht willkürlichen, vielmehr dem Wesen der Sache entsprechenden Unterscheidungen eine Unsicherheit des Verkehrs nicht entstehen; vielmehr würden nur diejenigen von Strafe getroffen werden, die wirklich bei dem Empfang der Sache oder des Geldes ein übles Gewissen hatten und einen unanständigen Erwerb machen wollten.

Daß die Verfertigung einer Sache verboten ist, z. B. die Verfertigung falscher Münzen, macht sie nicht zum Gegenstande der Hehlerei; es fehlt hier an einem zivilrechtlich Berechtigten, dessen Recht verletzt wird. Die übliche Wortinterpretation gerät hier wieder in Zweifel; denn dem Wortlaut nach sind die Sachen durch eine strafbare Handlung erlangt und so nimmt *Köhler* (S. 108) hier die Möglichkeit von Hehlerei an, während *Olshausen* und *Frank* (259 II, 4) solche (nach richtigem Gefühl) bestreiten. Ebenso wenn eine Sache, z. B. weil sie geschmuggelt war, der Konfiskation unterliegt; denn jedenfalls vollzieht sich die Konfiskation nicht *ipso jure*; ein zivilrechtlich Verletzter ist daher nicht vorhanden. Daher bedarf es auch nicht einer künstlichen Deduktion<sup>407)</sup> um so zu beweisen, daß, wenn jemand Milch verfälscht, und ein anderer diese Milch, wissend, daß sie verfälscht ist, verkauft, letzterer nicht nach § 259, vielmehr ausschließlich nach Maßgabe des Nahrungsmittelgesetzes strafbar ist. Auch hier führt die Teilnahme-theorie ohne weiteres zu befriedigenden Ergebnissen, welche zugleich die Strafbarkeit strafwürdiger Handlungen nicht zu sehr beschränken.

§ 423. Durch zwischenliegenden Erwerb eines anderen, den dieser Erwerb zu einer Entschädigungs- (oder Restitutions-)

<sup>407)</sup> Wie sie *Köhler* a. a. O. anstellt.

pflicht gegen den ursprünglich Geschädigten nicht verpflichtet, wird die Möglichkeit späterer Partiererei durch weiteren Erwerb der Sache ausgeschlossen. Der durch das Vordelikt Verletzte hatte keine Ansprüche aus dem Delikte gegen den Zwischenbesitzer; der spätere Erwerber kann ihn daher um solche Ansprüche nicht bringen. Lediglich der gute Glaube des Zwischenbesitzers kann aber, sofern letzterer noch zur Herausgabe verpflichtet war, diese Wirkung nicht haben.<sup>408</sup>) In diesem Falle ist der Zwischenbesitzer freilich nicht strafbar; aber der zivilrechtliche Anspruch gegen ihn besteht jedenfalls, solange er besitzt. Nach der Teilnahmetheorie kann nicht davon die Rede sein, daß ein späterer Erwerber Genosse eines früheren deliktischen Erwerbes geworden sei, wenn ein rechtlich vollgültiger Erwerb den Zusammenhang mit dem deliktischen Erwerbe abgeschnitten hat oder dieser Erfolg dadurch eingetreten ist, daß die Sache inzwischen wieder in die Verfügungsgewalt des Berechtigten zurückgekehrt ist.

§ 424. Die früheren Gesetzgebungen konnten die Handlungen, welche als Hehlerei und bzw. Partiererei angesehen werden sollten, mehr nur exemplikativ bezeichnen und brauchten nicht gerade haarscharf sich hier auszudrücken: sie behandelten Hehlerei und Partiererei als Spezialfälle der Begünstigung; so ergab sich die Interpretation nach den allgemeinen über die Begünstigung geltenden Grundsätzen von selbst, und diese Interpretation lieferte eben deshalb auch ohne große Schwierigkeit Ergebnisse, welche dem allgemeinen Rechtsbewußtsein entsprachen. Jetzt, wo der Zusammenhang mit den Bestimmungen über Begünstigung und Teilnahme zerschnitten ist, scheinen Wortinterpretation und Dialektik den Ausschlag geben zu müssen, und die Ergebnisse sind oft wenig befriedigend, oder es werden nur unter Aufwendung größten Scharfsinnes mit Mühe und Not unbefriedigende Ergebnisse vermieden.

Kontrovers ist zunächst, ob das Verheimlichen, das als eine der Begehungsweisen der Partiererei im Gesetze bezeichnet wird, tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache voraussetze. Auch Begünstigung um eigenen Vorteils willen kann zweifellos

<sup>408</sup>) Beide Sätze entsprechen der herrschenden Ansicht, vgl. *Binding*, Normen 2 S. 574 Lehrb. 1 S. 384; *Hälschner* 2 S. 890; *Merkel* in *Holtzendorffs* Hdb. 4 S. 429; *Gretnier* S. 172; *Köhler* S. 109; *Olshausen* § 259 Anm. 18.

durch jedes Irreführen des nachsuchenden Berechtigten oder Beamten begangen werden. Ein Grund zu einer schweren Bestrafung, wie sie § 259 vorschreibt, da unbedingt Gefängnisstrafe gedroht wird, liegt aber jedenfalls nur dann vor, wenn der Verheimlichende tatsächliche Verfügungsgewalt erlangt hatte. Der historischen Bedeutung der Hehlerei dürfte dies Erfordernis entsprechen. Man hat früher schwerlich jemanden als Hehler bezeichnet, der, ohne die Sache selbst in Gewahrsam zu haben, die Nachsuchenden etwa nur irre führte.<sup>409)</sup> Auch setzen die übrigen Fälle des § 259 gerade eine körperliche Behandlung der Sache voraus. Die entgegengesetzte Ansicht stützt sich darauf, daß bei engerer Begrenzung der Deliktstätigkeit der Gesetzgeber sich des Wortes „verbergen“ oder „verstecken“ hätte bedienen müssen. Der Schluß ist aber schwerlich zwingend.<sup>409a)</sup>

Die ferner im Gesetze vorkommenden Begriffe „ankaufen, zum Pfande nehmen“ bezeichnen nur Spezialfälle der umfassenderen Handlungsweise, des „Ansichbringens“, das § 259 als Handlung der Partiererei charakterisiert. Letzteres ist Erwerb einer Verfügungsgewalt unter wirklichem oder vom Hehler angenommenem Einverständnis<sup>409b)</sup> des bisherigen Inhabers. Eigenmächtige Besitzergreifung schließt Hehlerei aus; dies ergibt sich aus der Teilnahmetheorie auch sofort: wer dem Diebe ohne dessen Willen die gestohlenen Sachen nimmt, macht sich nicht zum Genossen des vorherbegangenen Diebstahls.

Erlangung einer faktischen Verfügungsgewalt aber neben einem Überlassungs-Vertrage ist erforderlich; denn

<sup>409)</sup> So *Schwarze* GS. 24 S. 39; *Merkel* in *Holtzendorffs* Hdb. 3 S. 746; *Waldthausen* GA. 29 S. 406; — *A. M.* *Meves* Strafrechtszeit. 13 S. 522; *Geyer* GS. 27 S. 378; *Hälschner* 2 S. 890; *Vilnow* S. 98; *Gretener* S. 175; *Olschhausen* § 259, 9. RG. III. 13./6. 1904. GA. Arch. 51 S. 400.

<sup>409a)</sup> Strafbarer Versuch des Verheimlichens wird nicht anzunehmen sein. Entweder handelt es sich nur um eine Vorbereitungshandlung oder eine völlig untaugliche, daher aus diesem Grunde straflose Handlung oder um vollendete Hehlerei, da ein erfolgreiches Verheimlichen nicht erfordert wird. Nach der Auffassung der Partiererei als Begünstigung ergibt sich dies übrigens von selbst. *A. M.*: *Köhler* a. a. O.

<sup>409b)</sup> Ähnlich besonders *Köhler* GS. 61 S. 94. Es kann selbstverständlich auf die zivilrechtliche Gültigkeit eines dabei zu Grunde liegenden Vertrages nicht ankommen; nur auf derivative Verfügungsgewalt. Vgl. auch RG. II. 20/5. 81 E. 4 Nr. 68 S. 187. — RG. IV. 11./12. 88 E. 18 Nr. 76 S. 304. In rechtswirksamer Weise kann derjenige, der durch eine strafbare Handlung die Sache erlangte, meist nicht über die Sache verfügen.

ein Vertrag an sich erschwert dem Berechtigten die Verfolgung nicht, ist also nicht Begünstigung, daher auch nicht Hehlerei. Der Vertrag an sich ist nur Vorbereitungshandlung. Insofern ein Vertrag z. B. bei Empfang eines Konossements es dem Erwerber möglich macht, dem Berechtigten die Wiedererlangung der Sache zu vereiteln oder zu gefährden, wird freilich der Vertrag selbst ohne Erlangung faktischer Gewalt Begünstigung und daher auch Hehlerei sein (als „an sich bringen“ betrachtet werden müssen).<sup>409c)</sup> Insoweit stimmt die herrschende Lehre in den Ergebnissen überein mit der Theorie der Teilnahme; erstere muß allerdings meist die Worte pressen, um zu einem befriedigenden Ergebnisse zu gelangen. Sie verlangt aber eine „selbständige Verfügungsgewalt“; das Leihen und Benutzen z. B. einer gestohlenen Sache würde meist nicht genügen.<sup>410)</sup> Indes wird auch ein rein tatsächlicher Besitz (des unmittelbaren Besitzers nach der Terminologie des BGB.) dem Berechtigten die Verfolgung der Sache unter Umständen erschweren können;<sup>411)</sup> die Übernahme eines solchen Besitzes ist daher Begünstigung, falls sie in der erforderlichen Absicht geschieht, und nach früherem Recht hätte man jemandem, der zugleich in solcher Absicht die Sache vom Diebe geliehen hätte, zweifellos auch als Hehler gestraft, ohne besonders nach dem Rechtsgeschäfte zu fragen, auf Grund dessen die Sache tatsächlich besessen wurde. Nach dem Wortlaute des heutigen Gesetzes könnte Hehlerei auf Grund des § 259 nur angenommen werden, wenn zugleich der Tatbestand des Verheimlichens vorläge.

§ 425. Nach der ursprünglichen Fassung des preußischen StGB. gehörte die Annahme einer Sache als Geschenk nicht zur Hehlerei.<sup>411a)</sup> Es läßt sich aber kein haltbarer Grund auffinden, solche Erwerbung nicht zu strafen, die nicht selten Dieben besonders nützlich sein könnte, da sehr leicht eine Sache zum Schein verschenkt sein kann und dann der Geschenknehmer eine Strafe nicht riskieren würde.

<sup>409c)</sup> *Binding* Lehrbücher T. 1 S. 390.

<sup>410)</sup> Vgl. *Schwarze* GS. 24 S. 390.

<sup>411)</sup> Vgl. auch über die französische Praxis *Garraud* 2 § 262 n. 1. „*Le recel exige d'abord le fait même de la détention. Peu importe, du reste, à quel titre on détient des choses provenant d'un crime ou délit. Celui qui, sans les approprier, les conserve uniquement en dépôt, se rend complice par recel.*“

<sup>411a)</sup> *Goldammer* Materialien 2 S. 529.



Es ist übrigens möglich, daß selbst der Eigentümer Partiererei begeht, wenn ein anderer z. B. die zum Pfande gegebene Sache gestohlen hat, und der Eigentümer sie nun an sich bringt.<sup>412)</sup> Auch ist Hehlerei in der Art möglich, daß der Hehler die Sache nicht unmittelbar von demjenigen erwirbt, der sie durch eine strafbare Handlung erlangt hat,<sup>413)</sup> vielmehr von einem anderen Hehler; es kann also eine mehrmalige Hehlerei an derselben Sache begangen werden.

Zweifelhaft erscheint, ob auch das Mitverzehren als ein Akt des „An sich bringens“ zu betrachten ist. Nach einer Ansicht<sup>414)</sup> soll Mitverzehren nie Hehlerei sein, weil der Mitverzehrende keine Verfügungsgewalt über die Sache erhalte, und man auch im gewöhnlichen Sinne nicht sagen könne, daß er die „Sache“ an sich bringe.<sup>415)</sup> Eine andere auch vom RG. vertretene Ansicht unterscheidet: unmittelbares Mitverzehren soll nicht Hehlerei sein, wohl aber Mitverzehren, nach dem der Mitverzehrende irgend eine Verfügungsgewalt erlangt hat. Wer den gestohlenen Wein auf Einladung des Diebes einfach mit-austrinkt, ist, auch wenn er noch so erheblich mitgetrunken hat, nicht Hehler; dagegen ist Hehler, wer auch nur ein Weniges erhalten, dieses aber in seine Wohnung mitgenommen hat.<sup>415a)</sup> Nach einer dritten Ansicht ist Mitverzehren immer

<sup>412)</sup> So RG. IV. 11./12. 88 E. 18 Nr. 76 S. 303.

<sup>413)</sup> So RG. I. 13./10. 81 E. 5 Nr. 20 S. 58; *Hälschner* 2 S. 891; *Olshausen* § 259, 11.

<sup>414)</sup> Im rein wörtlichen Sinne gibt es wohl kein stärkeres „An sich bringen“ als das Verzehren.

<sup>415)</sup> So *Schwarze* GS. 24 S. 399 und zu § 259 Anm. 4; *Waldthausen* GA. 29 S. 407; — *Binding* Normen 2 S. 574 und *Gretener* S. 185 sehen in dem „Verzehren“ ein „Zerstören“, welches letzteres nach positivem Rechte als Hehlerei nicht für strafbar erklärt sei, allerdings aber, wie *Gretener* bemerkt, die Strafe der Hehlerei verdiene. — Aber eigennütziges Verzehren fällt für den Gesetzgeber weit mehr ins Gewicht als Zerstören, das nicht im Verzehren besteht. Wie das analoge Verhältnis von Sachbeschädigung und Diebstahl beweist, bedarf der Eigennutz bei Sachdelikten einer strengeren Strafdrohung als die in reiner Zerstörung sich äußernde Rachsucht, Schadenfreude oder Mutwilligkeit, wengleich vom Standpunkte der reinen Moral das Urteil über die Verwerflichkeit der Handlungsweise anders lauten mag. Rein logisch betrachtet wäre „Verzehren“ wohl eine besondere Art des „Zerstörens“; aber juristisch ist der Schluß von dem einen auf das andere nicht zutreffend. Eher könnte man „Verschlingen ohne Genuß oder ohne Nutzen für die Ernährung“ als „Zerstören“ bezeichnen; z. B. das Herunterschlucken eines kompromittierenden Zettels.

<sup>415a)</sup> So hielt RG. II. 20./11. 83 E. 9 Nr. 62 S. 189 der Hehlerei nicht für schuldig drei Angeklagte, welche mit dem Diebe 15 Flaschen gestohlenen Weins ausgetrunken hatten — es kam also immerhin schon eine nicht ganz geringe Quantität auf jeden Beteiligten — ebenso RG. III. 29./9. 80 RS. 2 S. 240

auch „Ansichbringen“ und strafbar.<sup>416)</sup> Für diese letztere und gegen die erste Ansicht spricht die Konsequenz; gewiß kann es auch ein recht greifbarer Vorteil sein, gestohlene Sachen mitzuverzehren, und genau betrachtet hat der Verzehrende doch in dem Augenblicke des Verzehens auch Verfügungsgewalt. Wird nicht ferner durch das Verzehren dem Berechtigten die Wiedererlangung der Sache gründlich entzogen? Ist nach der Volksansicht nicht auch Diebesgenosse, wer mit dem Diebe sich die Diebesbeute wohl schmecken läßt, und gar wenn er dies öfter wiederholten sollte? Die künstlichen, dem Gerechtigkeitsgeföhle widersprechenden Unterscheidungen der mittleren Ansicht können daher diese am wenigsten empfehlen. Dennoch liegt den beiden ersten Ansichten der Berücksichtigung verdienende Gedanke zum Grunde, daß es Fälle geben kann, in denen das einfache Verzehren oder Mitverzehren nicht wohl zu strafen ist; so, wenn der Dieb seinen nächsten Angehörigen durch die gestohlenen Sachen den schuldigen Unterhalt gewährt. So bestimmte z. B. das frühere altenburgische GB. Art. 239 und das königl. sächsische GB. Art. 292 Abs. 2 ausdrücklich, daß bei Ehefrauen und Kindern das Empfangen des nötigen Unterhalts nicht für unerlaubten Gewinn zu erachten, demnach straflos sei, und nach der Fassung anderer Gesetzbücher, die einfach die Diebeshehlerei, ohne sie zu definieren, bestrafen, wie z. B. nach dem bayerischen (von 1813)<sup>416a)</sup>, nach dem hannoverschen (Art. 303 in Verbindung mit Art. 74) mußte das Gleiche angenommen werden, und wenn man eine eigennützige<sup>416b)</sup> Absicht bei dem Delikte der Hehlerei forderte, so konnte diese nicht wohl jenen nahen Angehörigen, aber auch nicht immer demjenigen zugeschrieben werden, der auf

einen Angeklagten, der mit dem Diebe ein Fäßchen (!) Steinberger Kabinet sich hatte wohl schmecken lassen, während RG. II. 1./4. 81 E. 4 Nr. 20 S. 49 Hehlerei in einem Falle deshalb annahm, weil der Dieb den sofort in Gesellschaft des Diebes ausgetrunkenen Brantwein erst in des Angeklagten Flasche gegossen hatte. (Dadurch erhielt der Angeklagte die Verfügungsgewalt; aber erhält er sie etwa dadurch nicht, daß er sich den Wein in den Mund gießt?) Einen Satz, der zu solchen Ergebnissen führt, halten für richtig *Geyer Grundr. 2 S. 77; Lissé § 147, II. 2; Frank 259 IV. 2; Olshausen 259 13a.*

<sup>416)</sup> So *H. Meyer § 104 Anm. 15; Hälschner 2 S. 891; Lissé § 147 I. 3; Köhler GS. 61 S. 95.*

<sup>416a)</sup> Hier ist gesagt: wer die durch das Verbrechen gewonnenen Sachen wissentlich bei sich aufnimmt, an sich kauft, bei anderen durch Verkauf oder sonst unterbringt.

<sup>416b)</sup> Vgl. Württembergisches GB. Art. 343.

Einladung des Diebes etwas von den gestohlenen Sachen mitverzehre, von dem gestohlenen Wein ein paar Gläser mittrank; von einem Nutzen, einem wirklichen Vorteil ist hier nicht zu reden, während Hehlerei (Partiererei) von jeher als ein dem Eigennutze dienendes Delikt aufgefaßt ist, und das Erfordernis des Erlangens einer besonderen Verfügungsgewalt hier eine Erfindung der neuen Theorie ist, lediglich aus der Erwägung entsprungen, daß ein bloßer Vertrag dem Berechtigten ein Hindernis der Verfolgung in der Regel nicht schafft, daher nicht Begünstigung und nicht Hehlerei ist, daß vielmehr im Falle eines Vertragsschlusses in der Regel eine tatsächliche Gewalterlangung hinzukommen muß.

Danach wird sich als richtige Ansicht ergeben: auch Verzehren oder Mitverzehren kann Hehlerei sein, wenn es den Umständen nach als ein wirklicher, nennenswerter, eigennützig wahrgenommener Vorteil zu betrachten ist. Ein solcher ist es nicht, wenn der Gebende dem Empfänger Unterhalt schuldet, und dieser durch den Geber gewährt wird, da hier der Empfänger sich in einer Art Notlage befindet — was soll die Ehefrau tun,<sup>47)</sup> wenn der Mann sie und die Kinder auf das Verzehren gestohlenen Brotes oder Fleisches verweist? — und jedenfalls nicht im eigentlichen Sinne eigennützig durch Annahme der Gabe handelt, auch durch Verweigerung leicht zum Verräter eines nahen Angehörigen werden könnte. Es ist ebenfalls ein Vorteil jener Art nicht vorhanden, wenn jemand nur in der unter Leuten des betreffenden Standes üblichen Art von dem unrechtmäßig erlangten Gute einmal etwas mitgenießt, wohl aber wenn dies in außergewöhnlicher, etwa mehrfach wiederholter Weise geschieht: A trinkt mit B, dem Diebe, nach und nach ein ganzes Fäßchen feinen Weines aus, oder der Dieb veranstaltet mit ein paar guten Freunden ein besonderes Gelage, zu dem er die gestohlenen Sachen verwendet. Daß der Vorteil sich als ein dauernder erweise, daß der Genießende

<sup>47)</sup> Auch RG. III. 25./9. 80 E. 2 Nr. 166 S. 401 hat entschieden, daß eine Ehefrau, nicht nach § 259 straffällig sei, wenn sie von dem Manne gestohlen und in die gemeinschaftliche Wohnung gebrachte Nahrungsmittel zur Deckung häuslicher Bedürfnisse der Familie verwendet. In diesem Sinne ebenfalls OAG. Dresden 26./6.: 71 (*Stenglein* Zeitschr. 1 S. 93) und *Meves* Strafrechtszeit. 13 S. 503. — Auch *Helie* 1 § 214 und *Garraud* 1 § 262 3, sprechen sich für die Straflosigkeit der Ehefrau aus, falls sie nicht in besonderer Weise zur Verheimlichung usw. der gestohlenen Sachen tätig ist. — Ausdrücklich: norweg. GB. 319.

bereichert sei, etwa durch Ersparen anderer Nahrungsmittel, also als wirklicher Vermögensvorteil erscheine, dürfte nicht erforderlich sein.<sup>418)</sup> Gegen dies Erfordernis ist die der Rechtsgeschichte entsprechende Gleichsetzung der Hehlerei mit dem Diebstahl anzuführen.

§ 427. Ein bloßes Dulden oder Nichtwidersprechen ist, wie es nie Begünstigung enthält, so auch nicht Hehlerei, auch dann nicht, wenn dem Nichtwidersprechenden eine Familiengewalt, z. B. als Ehemann<sup>419)</sup> oder Vater, über denjenigen zukommt, der gestohlene oder durch Partiererei erlangte Sachen in die gemeinschaftliche Wohnung bringt. Nach der entgegengesetzten Ansicht würde jemand zu positivem Einschreiten zugunsten des Berechtigten verpflichtet sein. Jenes Dulden kann aber sehr leicht in positives Benutzen übergehen, wenn der Empfänger zum Unterhalt des Überbringers verpflichtet ist, und die Sache dem Unterhalte dient.

Ein letzter von der Kasuistik des StGB. erwähnter Fall der Partiererei ist das Mitwirken zum Absatz der durch strafbare Handlung erlangten Sachen. Dem Wortsinne nach ist unter „Absatz“, wie ein Urteil des RG.<sup>420)</sup> ausführt, nur eine Hingabe gegen Entgelt zu verstehen, nicht etwa ein Verschenken, und dies entspricht auch der Entstehungsgeschichte der betreffenden Bestimmung des preußischen Gesetzes v. 14. April 1856, aus dem die Worte in das StGB. übergegangen sind. Da hier der nur „Mitwirkende“ von der vollen Strafe getroffen wird, ist eine einschränkende Interpretation um so mehr angezeigt. Endlich ist zwar eine Gefährdung der Rechtssicherheit in erheblichem Maße durch Mitwirken bei Verkauf, Versetzen, entgeltlicher oder wirtschaftlichen Verwertung durch Verbrechen erlangter Sachen möglich, nicht aber durch Mitwirken zu wirklichem Verschenken. Die Erstreckung auf unentgeltliche Verwertung wäre zwar nicht unvernünftig; man kann sie auch aus einem allgemeinen Grundsatz — dann aber nur

<sup>418)</sup> Die Tendenz die Existenz eines wirklichen Vorteils als maßgebend zu betrachten, zeigt sich in dem Rs. 9 S. 62 mitgeteilten Urte. RG. II. 18./1.: 87.) Hier wird das (unmittelbare) Verfütternlassen von gestohlenem Heu als Partiererei angesehen.

<sup>419)</sup> Vgl. in diesem Sinne auch RG. II. 19./10. 83 Rs. 5 S. 607.

<sup>420)</sup> Rg. II. 6./6. 99 E. 32 Nr. 63 S. 214. Vgl. auch II. 15./5. 88 E. 17 Nr. 103 S. 393.

mit anderen Einschränkungen — ableiten. Indes der Gesetzgeber hat sie nicht als strafbar bezeichnet.

Die allgemeine Theorie der Begünstigung ohne gesetzliche Kasuistik würde zu dem Ergebnisse führen, daß z. B. das Überbringen gestohlener Sachen zum Geschenke an einen Dritten nicht Hehlerei wäre, wenn das Überbringen von Sachen im Dienste oder im Auftrage zu den gewöhnlichen Geschäften des Beauftragten gehören würde; denn an sich ist solches Überbringen von Sachen eine erlaubte Handlung (vgl. oben S. 763). Auch deuten die Worte „zum Absatze . . . mitwirkt“ eine geflissentlich im Dienste des Vordelikts unternommene Tätigkeit an, und mit Recht bemerkt *Helie*, daß man in solchen Fällen einer einfachen Dienstleistung eine Hehlerei nicht leicht annehmen dürfe; es sei doch zu präsumieren, daß man nicht die Verantwortlichkeit für ein begangenes Verbrechen übernehmen wolle, durch welches man gar keinen Vorteil habe. Ein bereits zitiertes Urteil des RG.<sup>421</sup>) war daher vielleicht auch aus diesem Grunde gerechtfertigt, wenn es einen Angeklagten für straffrei erklärte, der gestohlene Hühner im Auftrage des Diebes dritten Personen zum Geschenk überbrachte.

Eigentümlich erscheint es dagegen, wenn ein anderes Urteil des RG. nicht für strafbar nach § 259 erachtete einen Absatz, welchen jemand selbständig, aber im Interesse des Diebes (gleichsam als dessen *negotiorum gestor*) in dem Glauben, der Dieb, (sein Bruder) werde damit einverstanden sein, vorgenommen hatte; allerdings äußert das Urteil zugleich sich darüber unbestimmt zweifelnd, ob nicht wegen Begünstigung nach § 257 oder 258 gestraft werden könne. (Man sollte glauben, der allein Handelnde sei strafbarer, als der nur Mitwirkende. Aber Wortinterpretation und Kasuistik können zu anderen Ergebnissen führen.) Sobald man dagegen Hehlerei und Partiererei nur als spezielle Fälle der Begünstigung auffaßt, wird man nicht zweifelhaft sein, auch Hehlerei in diesem Falle anzunehmen.

Begünstigung setzt ein Einverständnis mit dem Begünstigten nicht voraus, wogegen freilich Wegnahme geradezu gegen den Willen des Inhabers eine gegen den letzteren

<sup>421</sup>) II. 17./10. 93 E. 24 Nr. 122 S. 352.

begangene, völlig selbständige rechtswidrige Handlung sein würde.<sup>422)</sup>

Strafbarkeit der Mitwirkung zum Absatze wird der richtigen Ansicht nach erst angenommen werden, wenn ein wirklicher Absatz erfolgt ist; bis dahin liegt nur straflose Vorbereitungshandlung vor. Freilich wird zur Begünstigung nicht gefordert, daß sie einen wirklichen Erfolg habe. Wenn aber bei einer Hehlerei bezweckenden Abrede anderen Inhalts die Strafbarkeit nicht schon mit der Abrede, z. B. dem Versprechen der Verheimlichung, sondern erst mit der Ausführung solcher Abrede beginnt, so wird man auch einen wirklichen die Übertragung der Verfügungsgewalt bewirkenden Absatz fordern müssen.<sup>423)</sup> Der Wortlaut des Gesetzes läßt auch die strengere Auslegung<sup>424)</sup> zu, welche den nur versuchten Absatz für genügend ansieht. Es können in der Tat Fälle vorkommen, die man mit Recht nach allgemeinen Grundsätzen und nach dem Rechtsgeföhle für strafwürdig erachten würde,<sup>425)</sup> andererseits aber auch Fälle, wo die umgekehrte Entscheidung nach eben diesen Gesichtspunkten richtig erscheint. Der Fehler liegt darin, daß die verschiedenen Formen der Partiererei gleichsam in dritter Potenz der Selbständigkeitstheorie als gesetzlich völlig zu trennende Delikte erscheinen.

§ 428. Häufig wird der Dieb gestohlene Sachen, insbesondere Geldstücke gegen andere umtauschen.<sup>426)</sup> Wer nun die umgewechselten Stücke nimmt, macht nicht schon deshalb der

<sup>422)</sup> *Merkel*, Holtzend. Hdb. 3 S. 746 und *Schwarze* § 259, 17 sagen, daß die Mitwirkung zur absetzenden Tätigkeit eines völlig Unbeteiligten erfolgen könne.

<sup>423)</sup> So *Goldammer* GArch. 8 S. 424 u. 15 S. 347 (mit bezug auf das preuß. GB.) *Schwarze* GS. 24 S. 401; *Waldthausen* GArch. 29 S. 408; *H. Meyer* § 401 Anm. 16; *Gretener* S. 177; *Frank* § 259 IV. 3; *Köhler* S. 98 macht den Wortlaut geltend.

<sup>424)</sup> Dafür OT. Berlin (Plenar E) 30./3. 67 (GArch. 15 S. 348; *Meyers* Strafrechtszeit. 13 A. 626; *Geyer* GS. 27 S. 370; *Merkel*, Holtzend. Hdb. 4 S. 431; *Hülschner* S. 892; *Olshausen* § 259, 15. RG. II. 20./13. 81 E. 5 Nr. 81 S. 241. — *Geyer* macht die Selbständigkeit der Form der Hehlerei durch Mitwirken zum Absatz geltend das RG. beruft sich darauf, daß nicht die Mitbewirkung des Absatzes sondern die Mitwirkung zum Absatze unter Strafe gestellt sei.

<sup>425)</sup> So in dem Falle, welchen das RG. durch das in der vorhergehenden Anm. zitierte Ur. entschied. Der Angeklagte hatte gewildertes Wild vom Wilddiebe erhalten und, um es in die Stadt zum Verkauf zu fahren, auf seinen Wagen geladen und gut versteckt. Hier würde nach der einfachen alten Theorie niemand an Hehlerei gezweifelt haben; es ist ein völlig klarer Fall nachfolgender Teilnahme.

<sup>426)</sup> Vgl. die Entscheidungsgründe zu RG. II. 8./5. 83 E 8 Nr. 75 S. 265.

Partiererei im Sinne des § 259 sich schuldig — auch nicht, wenn er, um die Herkunft des Geldes wissend, die umgewechselten Geldstücke sich schenken läßt, oder Sachen, die mit dem gestohlenen Gelde erworben sind. Doch wäre dem oben Dargelegten zufolge Begünstigung anzunehmen und im Sinne des früheren gemeinen Rechts Hehlerei, wenn er in der Art von dem Diebe sich beschenken ließe, daß er wußte, der Dieb mache durch das Geschenk sich in erheblichem Grade unfähig Ersatz zu leisten, oder gar wußte, der Dieb schenke, damit das Geld nicht bei ihm gefunden werde. Annahme üblicher Bezahlung aber ist nicht Begünstigung, wenn das Geschäft für welches die Zahlung erfolgte, nicht völlig außerhalb der standesüblichen Lebenshaltung des Verbrechers liegt: man kann selbst Verbrecher nicht von jedem Geldumsatze ausschließen; man würde sie sonst nur zur Begehung weiterer Verbrechen veranlassen.

§ 429. Kann auch derjenige einer Hehlerei (Partiererei) sich schuldig machen, der eine Sache in gutem Glauben erhalten, dann aber erfahren hat, daß sie von dem Vorbesitzer durch eine strafbare Handlung erlangt war, also, wie man sagt, in „*mala fides superveniens*“ versetzt ist? Zur Bejahung,<sup>426)</sup> für welche sich auch das RG. (vgl. unten Anm. 428) entschieden hat, kann man geneigt sein, wenn Hehlerei und sachliche Begünstigung als besondere Eigentumsverbrechen gelten sollen. Das der Sache anhaftende *Vitium* ist durch gutgläubigen Besitz nicht geheilt, folglich die Sache ein taugliches Objekt, und an den übrigen Erfordernissen des Deliktes fehlt es nicht. *Binding* insbesondere bemerkt, dem gutgläubigen Besitzer sei lediglich die Verlängerung des in gutem Glauben erlangten Besitzes (nicht aber eine Veränderung) erlaubt. Anders aber<sup>427)</sup> wenn man von der Theorie nachfolgender Teilnahme ausgeht. Wer in gutem Glauben den Besitz einer Sache erlangt hat, kann

<sup>426)</sup> *Binding*, Normen 2 S. 575 Anm. 841 Lehrb. 1 S. 393; *Hälschner* 2 S. 894; *Gretener* S. 179; *Waldthausen* GArch. 29 S. 409; *Olshausen* § 259, 24; v. *Köhler* GS. 61 S. 101; v. *Buri* GS. 29 S. 61 äußert sich zweifelnd.

<sup>427)</sup> Für die verneinende Ansicht *Schwarze* GS. 24 S. 402. (Auch deshalb weil der gutgläubige Besitzer keinen Vorteil erlangen, vielmehr nur einen Schaden abwenden wolle.) *Merkel* in Holtzend. Hdb. 3 S. 747 Anm. 10; *Schütze* Lehrb. S. 462 Anm. 15; *Oppenhoff* S. 259 Anm. 12; *Rubo* Anm. 8 die Praxis des früheren preuß. OT., ferner *Liszt* § 147 zu Anm. 8; *Frank* § 259 V. 1., ausführlich *Rotring* GArch. 47 S. 91—97.

nicht als Diebesgenöß bezeichnet werden, und der älteren Jurisprudenz dürfte es ungeheuerlich erschienen sein, jemanden, der erwiesenermaßen den Besitz gutgläubig erlangte, wegen Hehlerei zu verurteilen. Ist doch auch im römischen Rechte nicht davon die Rede, denjenigen, der in gutem Glauben den Besitz erlangte, nachher aber, nachdem er erfahren, daß ihm die Sache nicht gehöre, z. B. die Sache verzehrte, verschenkte als *Fur* zu behandeln. Allerdings haftet er für Ersatz. Aber diese Ersatzverbindlichkeit legt auf die Sache nicht gewissermaßen einen Bann, wie durch eine Strafdrohung geschieht, welche z. B. den Besitzer hindert, wenn der Nutzen der Sache darin besteht, als Nahrungsmittel zu dienen, dieselbe zu verzehren oder zu verkaufen. Wollte man ihm aber das erstere gestatten, die anderen als Partiererei bezeichneten Handlungen dagegen verbieten, so würde dies arge Inkonsequenz sein, und ebenso gut, wie man das „absetzen“ als „verheimlichen“ betrachtet, könnte als sehr wirksames Verheimlichen auch das „Verzehren“ angesehen werden.

Während die Behandlung von Verkauf und Verzehren als Hehlerei in dem Falle eines gutgläubigen Besitzes dem allgemeinen Rechtsbewußtsein durchaus widersprechen dürfte, scheint allerdings eher gerechtfertigt die Bestrafung der Verheimlichung im eigentlichen Sinne.<sup>428)</sup> Indes kann gefragt werden, ob strafbar sein soll nur die Verheimlichung auf Nachforschung des Berechtigten oder auch sonstige Verheimlichung? Wird letzteres bejaht, so gelangt man zu einem völlig unbestimmten Tatbestande der zu bestrafenden Handlung; beschränkt man aber den Tatbestand im Sinne der ersten Alternative, so wird entweder die Grenze zu strafender Fälle gegenüber den nicht zu strafenden gleichfalls schwer zu bestimmen sein, oder man kommt zu formellen Unterscheidungen, die der Gerechtigkeit

<sup>428)</sup> Württemberg. KH. 23./12. 74 (*Stengleins* Zeitschr. 4 S. 379) hielt im Falle einer Verheimlichung die Bestrafung nach StGB. 259 für richtig. Ebenso RG. III. 22./1. 1900 E. 33 N. 37 S. 120 (in Übereinstimmung mit der Ansicht des Oberreichsanwalts). In dem letzteren Erkenntnisse ist die Verurteilung, wie gesagt wird, auf Grund der „Entstehungsgeschichte“ des jetzigen § 259 damit gerechtfertigt, daß nicht nur die daselbst angeführten Erwerbsarten unter Strafe gestellt werden sollten, sondern auch das „Verheimlichen“ als selbständiger Tatbestand. Indes haben die gesetzgebenden Faktoren schwerlich an den ganz besonderen Fall eines anfangs gutgläubigen Besitzes gedacht. Die Ausführung des RG. ist also doch nur eine Wortinterpretation, oder soll sie dies nicht sein, eine *Petitio principii*.



nicht entsprechen, vielmehr den Schlaunen gegenüber dem Einfältigen privilegieren, wie z. B. wenn man das Verheimlichen nur dann strafen würde, falls eine ausdrückliche Anfrage des Berechtigten oder der Polizei vorangegangen wäre. Allerdings sobald die Absicht nachweisbar wäre, den Dieb usw. durch Verheimlichung, Verkauf usw. der Strafe zu entziehen, würde selbstverständlich die frühere Erlangung der Sache in gutem Glauben die Strafe der Begünstigung nicht ausschließen.

Auf die Zeugnisse mittelalterlicher, deutscher Rechte wird man sich weder für noch gegen die hier vertretene Ansicht berufen können.<sup>428 a)</sup> Wer eine Sache im gutem Glauben erworben hatte, galt zwar nicht als Hehler und brauchte, wenn eine gestohlene Sache bei ihm gefunden wurde, auch nur jenen Erwerb zu beschwören;<sup>429)</sup> aber infolge des mangelhaften, auf vielfache Präsumtionen angewiesenen Beweisrechtes war es erforderlich, daß er die Sache nicht verheimlicht hatte; die Verheimlichung galt als Zeichen auch des anfänglichen bösen Glaubens. Ebenso wenig beweist das Erfordernis des unverhohlenen Besitzes aber für die entgegengesetzte Ansicht; der gegenwärtig verhehlte Besitz ist nur ein unwiderleglicher Beweis für die Art und Weise des in der Vergangenheit erlangten Besitzes. So ist nicht möglich, zu ersehen, ob der Verheimlichung eine selbständige Bedeutung zukam. Ich kann aber nicht finden, daß man vor Emanation der neuen Gesetzbücher ehemals jemanden wegen Hehlerei verurteilt hat, der nachweislich in gutem Glauben eine gestohlene Sache erworben hatte, und schon *Baldus* sagte in einem seiner *Consilia* „*considerandum est initium possessionis.*“<sup>430)</sup>

§ 430. Jede Begünstigung setzt *Dolus* voraus, also auch die Partiererei. Es gehört dazu das Wissen, daß die Sache durch eine strafbare Handlung erlangt wurde. Hätte der Handelnde nur die Vorstellung, daß die Sache durch eine strafbare

<sup>428 a)</sup> So freilich *Rotering* a. a. O.

<sup>429)</sup> Vgl. Goslarsche Statuten (ed. Göschen) S. 87 Z. 34; verm. Sachsenspiegel IV., 42, 21 und dazu *John* Strafrecht in Norddeutschland S. 252.

<sup>430)</sup> Auch in Frankreich ist der Fall der *Mala fides superveniens* controvers. Der KH. hat 1878 in einem Falle im Sinne des RG. entschieden. Dagegen erklären sich aber z. B. *Hélie* und *Garraud* 2 § 262, 3. Die Entscheidung der KH. stützt sich darauf, daß die Hehlerei sich verlängern könne, während des ganzen Zeit des Besitzes; *Garraud* bemerkt dagegen, daß Hehlerei Teilnahme an einem *Délit instantané* sei.

Handlung erlangt sein könnte, so würde das *Dolus eventualis* sein. Da die Partiererei nur eine Form der Begünstigung ist, so kann sie, wie Begünstigung überhaupt, mit nur eventuellem Dolus nicht begangen werden, selbst wenn angenommen wird, daß der Regel nach ein Delikt auch mit eventuellem Dolus begangen werden könne. Die herrschende Ansicht nimmt aber die Möglichkeit einer Partiererei mit nur eventuellem Dolus an.<sup>431)</sup> Das bedeutet mit anderen Worten ein Verbot (bei Gefängnisstrafe!) eine Sache zu kaufen usw., wenn man nur den Gedanken hat, an einen mit einer strafbaren Handlung zusammenhängenden Erwerb, eine Einschränkung des Verkehrs, die sozial nur üble Folgen haben könnte, zumal da dem Begriffe des Erlangens durch eine strafbare Handlung eine so weite Ausdehnung gegeben wird, und da hier doch nur Handlungen in Frage stehen, die an und für sich (abgesehen von der Beziehung zum Vordelikt) nicht unerlaubt sind. Ängstlichen Personen könnten andere, um selbst vorteilhaft etwas zu erwerben, sehr leicht einen beabsichtigten Erwerb durch ein hingeworfenes Wort über einen verdächtigen Vorerwerb der Sachen stören. Die Möglichkeit der Begehung mittels *Dolus eventualis* hat also bei diesem Delikte besonders bedenkliche Konsequenzen.<sup>432)</sup>

Das StGB. hat nun aber nach dem Vorgange besonders des sächsischen GB., um schlechte Ausreden des Hehlers auszuschließen, dem Wissen das Tatbestandsmoment gleichgestellt, daß der Handelnde den Umständen nach den strafrechtlichen vitiosen Vorerwerb annehmen muß. Was man damit gemeint hat, ist höchst bestritten. Von mehreren wird darin eine Strafbarkeitserklärung, auch der Fahrlässigkeit,<sup>433)</sup> wenigstens der groben

<sup>431)</sup> *Schwarze* § 259, 88 GS. 24 S. 394; *Waldthausen* GA. 29 S. 408; *Olshausen* § 259. 21; *Binding* Lehrb. S. 391 Anm. 2 Rg. XV. 10./4. 81 E. 25 Nr. 80 S. 221.

<sup>432)</sup> RG. II. 30./9. 81. Rs. 3 S. 567 erachtet mit Recht die Annahme einer Partiererei nicht für begründet, wenn jemand nur unterlassen hat, sich nach der Provenienz der von ihm gekauften Sachen zu erkundigen. Aber der Käufer ließ es doch darauf ankommen, daß die Sachen gestohlen waren. Also wollte er ev. gestohlene Sachen kaufen; er war ein „Egoist“, also wegen *Dolus eventualis* straffällig.

<sup>433)</sup> *H. Meyer* § 104 Anm. 17; *Merkes* in *Holtzend. Hdb.* 4 S. 430; *Liszt* § 147 III. 4 RG. III. 20./4. 80 E. 2 Nr. 57 bes. S. 143: es sei der Fall desjenigen, der zwar den strafbaren Erfolg seines Handelns nicht gewollt, aber sich der Erwägung der ihm bekannten Umstände, nach welchen sich ihm die Überzeugung der Rechtswidrigkeit seiner Handlung hätte aufdrängen müssen, schuldhaft ent-

Fahrlässigkeit gefunden,<sup>434</sup>) wie denn auch das BGB. (vgl. das § 122 Abs. 3) mit dem „Kennen müssen“ eine Fahrlässigkeit bezeichnet. Es wird indes dem mit Recht entgegnet,<sup>435</sup>) daß das StGB. — abgesehen von einer Anzahl Übertretungen — Fahrlässigkeit und Vorsatz scharf sondere und für die beiden Schuldarten, wo es die Fahrlässigkeit überhaupt, straft, sehr verschiedene Strafsätze anwende; sollte also bei der Hehlerei auch die Fahrlässigkeit mit derselben Strafe wie der Dolus bedacht sein, so wäre das ein kaum denkbarer Bruch mit den sonst beobachteten Grundsätzen unseres Strafrechts. Daher finden andere richtiger<sup>436</sup>) in dem Zwischensatze nur eine der Widerlegung ausgesetzte Präsümption des Dolus dahingehend, daß das Wissen des Hehlers nicht auf eigener Wahrnehmung oder auf direktem Zeugnis zu beruhen brauche, vielmehr auch ein durch Schlußfolgerungen gegebenes Wissen genüge. Eigentlich versteht sich das von selbst, und daher enthält die Vorschrift genau betrachtet auch keine Beweisregel — welche, wie *Binding* (Normen 2 S. 620<sup>437</sup>) richtig bemerkt, nicht in den Rahmen des StGB. passen würde — sondern einen Hinweis auf die allgemeine Natur des Dolus, welche ängstliche Richter gegenüber einer oft bereiten dreisten Ausrede des Hehlers geltend zu machen unterlassen möchten; denn auch im praktischen Leben bedient jeder sich unwillkürlich des Indizienbeweises, um danach seine Handlungsweise einzurichten; nur ist der eine weniger geneigt als der andere eine Tatsache als durch Schlußfolgerung bewiesen anzunehmen. Es ist also zu beachten, daß

zogen habe. *A. Frank* D. subjekt. Tatbest. bes. S. 31 gründet die Ansicht, daß hier auch Fahrlässigkeit mit Strafe bedroht sei auf den Umstand, daß die eingeschobenen Worte ihrem Ursprunge nach auf Entwurf eines bremischen StGB. (von 1861) beruhen, nach dessen Motiven geradezu die Fahrlässigkeit als strafbar bezeichnet wurde. Indes kommt es wohl weniger auf die Meinung der Verfasser des bremischen Entwurfs, als auf die Meinung der gesetzgebenden Faktoren des Norddeutschen Bundes an, sodann aber darauf, wie die eine oder die andere Auslegung zu dem gesamten System des StGB. paßt. — *Buri* GS. 29 S. 51 hält *de lege lata* die fahrlässige Hehlerei für strafbar, findet aber richtiger, nur den *Dolus eventualis* zu strafen.

<sup>434</sup>) *Köhler* GS. 61 S. 118.

<sup>435</sup>) So *Hälschner* S. 883, insbesondere treffend *Binding* Lehrb. I S. 391. die dabei aber übersehen, daß die von ihnen zugelassene Annahme eines *Dolus eventualis* tatsächlich zu einer Bestrafung wegen Fahrlässigkeit führt. Vgl. in dieser Hinsicht auch *A. Frank* S. 37, 38.

<sup>436</sup>) So *Hälschner* 2 S. 893 *Lucas*, Die subjektive Verschuldung nach heutigen d. Strafrecht. S. 116; RG. II. 29/9. 82 E. 7 Nr. 25 S. 87.

<sup>437</sup>) Vgl. in diesem Sinne auch *Gretener* S. 182.

der Richter das Wissenmüssen hier vom Standpunkte des Individuums aus zu beurteilen hat;<sup>438)</sup> ein Mensch von geringer Intelligenz weiß aus Schlußfolgerungen oft das nicht, was ein mit höherer Intelligenz Begabter als dargetan annimmt. Der Zustand des Wissenmüssens ist im Sinne des § 259 nur vorhanden, wenn jemand dem aus Anzeichen sich ihm aufzwingenden Beweise absichtlich die Anerkennung versagt, sich innerlich überredet, dem zwingenden Beweise nicht zu glauben. Dieser Zustand ist aber der eines wahren Dolus, über dessen Existenz der Handelnde sich und andere hinwegtäuschen will. Es ist also, wie RG. II 22./12. 85 RS. 7 S. 754 ausführt, unzulässig, jemanden wegen Hehlerei schon deshalb zu verurteilen, weil er trotz eines die Provenienz des Kaufobjektes verdächtigenden, auffallenden Umstandes weitere Erkundigungen nicht eingezogen hat, die ihm hätten klar machen müssen, daß der Verkäufer das Kaufobjekt durch einen Diebstahl erlangt hatte, ein Urteil, mit welchem in Wahrheit auch die Möglichkeit der Annahme eines *Dolus eventualis* ausgeschlossen sein dürfte.

§ 431. Aber der Partierer braucht das Delikt, mittels dessen die Sache erlangt ist, *in concreto* nicht zu kennen;<sup>439)</sup> dies folgt auch daraus, daß jemand selbst eine Beihülfs handlung in solcher Weise vornehmen könnte, was freilich selten vorkommen wird: z. B. A., der den B. haßt, stellt in dessen Garten eine Leiter zurecht, sodaß Einbrecher ungehindert in das Schlafzimmer des B. gelangen sollen; wenn diese stehlen oder den B. totschiagen, so ist ihm, dem A, das eine wie das andere genehm. (Fall eines *Dolus alternativus*.) Der Ankauf gestohlener oder geraubter Sachen würde auch schwerlich genügend in Schranken gehalten werden, wenn es nötig wäre, dem Käufer nachzuweisen, daß er den Diebstahl, den Raub, von welchem die gekaufte Sache herrührt, *in concreto* gekannt habe.<sup>440)</sup>

Dagegen muß der irrige Glaube, die Sache sei nicht durch eine strafbare Handlung erlangt (z. B. der Verkäufer habe die verkaufte Sache redlich erworben, sie selbst aus ihm gehörigen Stoffe hergestellt) den Dolus ausschließen, es wäre

<sup>438)</sup> So insbes. *Vilnow* S. 102.

<sup>439)</sup> Anerkannt von der dem Wortlaut des StGB. entsprechenden herrschenden Ansicht. *Olshausen* § 259 Anm. 23; RG. I. 5./4. 80 Rs. 1 S. 537.

<sup>440)</sup> Aber zur Verurteilung wegen Partiererei ist die Feststellung des konkreten Vordeliktcs erforderlich.

denn, daß der Erwerbende sich nur in der strafrechtlichen Gesamtbeurteilung der Handlung des Vorbesitzers irrte. Letzteres folgt aus den oben dargelegten allgemeinen die Behandlung des Rechtsirrtumes betreffenden Sätzen. Der Irrtum, das Vitium des Erwerbes sei durch den guten Glauben eines Zwischenbesitzers geheilt, wird meist ein Irrtum in der Gesamtbeurteilung der Sachlage, daher nicht schuldausschließend sein.<sup>440a)</sup>

§ 432. Das StGB. verlangt für die Sachhehlerei (Partiererei) daß die in § 259 bezeichneten Handlungen des eigenen Vorteils wegen vorgenommen seien. Dies bedeutet nicht, daß ein wirklicher Vorteil vorliegen müsse. Es genügt, daß der Handelnde einen Vorteil in der Vornahme der Handlung erblickte, und daß diese, wenn auch irrige, Vorstellung ihn zur Vornahme der Handlung bewog. Andererseits ist das wirkliche Erlangen eines Vorteils, und selbst das Erlangen eines erheblichen Vorteils uur ein Anzeichen für die Existenz jenes Motivs.<sup>440b)</sup>

Man wird auch hier einen Vermögensvorteil oder einen besonders (wenn auch nur stillschweigend<sup>440c)</sup> ausbedungenen fordern müssen: unbestimmte Hoffnungen lassen sich nicht feststellen. Daher können als des Vorteils wegen abgeschlossen angesehen werden namentlich auch entgeltliche Geschäfte: denn jeder Kontrahent erblickt meistens in dem Abschlusse eines solchen zur Zeit des Abschlusses einen Vorteil; daß in der Folge das Geschäft sich als unvorteilhaft erweist, ist unerheblich.<sup>441)</sup> Aber es kann jemand einen objektiv vorteilhaften Kauf nicht seines Vorteils wegen abschließen.<sup>442)</sup> Z. B. wenn er nur durch

<sup>440a)</sup> *Olshausen* § 259 Anm. 24 RG. I. 13./10. 81 E. 5 Nr. 20 S. 58.

<sup>440b)</sup> In solchen Fällen wird aber meist einfache Begünstigung vorliegen.

<sup>440c)</sup> Stillschweigend könnte z. B. der Vorteil ausbedungen sein, wenn er schon öfter von dem anderen gewährt wurde.

<sup>441)</sup> Auch der Ankauf zum marktgängigen Einkaufspreise kann Hehlerei (Partiererei) sein. So preuß. OT. 1./5. 73; *Stengleins* Zeitschr. 3 S. 69 RG. I. 31./1. 80 Rs. 2 S. 772; *Frank* § 259 V. 3 und *A. Frank* S. 32. RG. I. 6./12. 80 Rs. 2 S. 609 bemerkt, der Vorteil könne auch in der Aussicht auf künftige mit dem Diebe zu machende Geschäfte erblickt werden. (So auch *Geyer*, Grundr. 2 S. 79). Das Strafgesetz gegen Partiererei würde wenig nützen, wenn es den Ankauf gestohlener Sachen zum Zwecke des Wiederverkaufs nicht auch in dem Falle treffen würde, daß der Ankauf zum Marktpreise erfolgte, zumal nach der entgegengesetzten Ansicht auch der Irrtum über die Höhe des Marktpreises entschuldigen müßte.

<sup>442)</sup> In diesem Sinne RG. I. 21./2. 81 Rs. 3 S. 61 *A. Frank*, subj. Tatbestand S. 43. — Annahme gestohlener Sachen als Pfand enthält keineswegs immer ein Handeln seines Vorteils wegen, namentlich nicht, wenn die Annahme bei Ge-

besondere Bitte des Verkäufers bewogen, aus Mitleid mit diesem, eine Sache kauft, die er selbst nicht gut gebrauchen kann, aber auch nicht wieder zu verkaufen beabsichtigt. Anders dagegen, wenn es sich um Sachen (z. B. Geldstücke) handelt, die erst nach Begehung des Vordeliktcs erlangt sind.<sup>442a)</sup> Hier dürfte Partiererei nur angenommen werden, wenn ein außergewöhnlicher Vorteil erlangt wurde. Seines Vorteils wegen im Sinne des § 259 erwirbt vielmehr nur der nicht, der aus persönlichem Interesse für den Verbrecher erwirbt, d. h. ihn vor Strafe schützen oder ihm lediglich die Vorteile der Tat sichern will. Selbst Annahme von Sachen, durch deren Hingabe eine Forderung erfüllt werden soll, kann Hehlerei sein, aber dann nicht, wenn die Annahme nach zivilrechtlichen Grundsätzen nicht zurückgewiesen werden kann, z. B. nach dem BGB., wenn der Vertrag über eine Sache *bona fide* abgeschlossen, und die Sache nicht gestohlen, sondern betrüglich erlangt war; denn nach BGB. ist, solange der frühere Eigentümer nicht anfight, Lieferung der Sache als Erfüllung nicht zurückzuweisen. Annahme an Zahlungsstatt unter den sonstigen Voraussetzungen ist dagegen Hehlerei, auch wenn der Wert der Sache den Betrag der Forderung nicht erreicht. Nach französischem Rechte<sup>442b)</sup> wie nach dem italienischen GB. art. 421<sup>442c)</sup> ist für die Hehlerei (*Ricettazione*) auch das Motiv des eigenen Vorteils nicht als Erfordernis aufgestellt und in der Praxis nicht verlangt.<sup>442d)</sup>

§ 433. Geht man davon aus, daß auch die Hehlerei nur eine besondere Form der Begünstigung, und daß letztere nachfolgende Teilnahme ist, so erscheint ideale und reale Konkur-

währung eines zinsfreien Darlehens erfolgte. Vgl. OAG. Dresden 23./4. 77. *Stengleins* Zeitschr. 7 S. 326 RG. I. 6./6. 98. GArch. 46 S. 334. Ich möchte aber einfache Begünstigung in solchem Falle annehmen.

<sup>442a)</sup> Vgl. oben. Die herrschende Ansicht nimmt hier wie oben bemerkt wurde, Partiererei überhaupt nicht an.

<sup>442b)</sup> Doch sagt *Garraud* 2 n. 683 d., es werde zum *recé é* erfordert „*intention frauduleuse*“ d. h. „*desssein de se procurer à soi-même ou de procurer à autrui des bénéfices illégitimes*“.

<sup>442c)</sup> Vgl. *Crivellari* zu diesem Art.

<sup>442d)</sup> *Köhler* S. 121 hält den erforderlichen Vorteil für ausgeschlossen, wenn der Erwerbende einen Anspruch darauf hatte, Sachen der fraglichen Art zu erwerben, sofern er nicht glaubte nur durch Annahme der strafbarer Weise erlangten Sachen die Schuldentilgung zu erreichen. Über letzteres dürfte sich in den meisten Fällen schwer Gewißheit gewinnen lassen. — *Garraud* 2 n. 683 b erklärt in Übereinstimmung mit einem Urteil des französischen KH. den Gläubiger für straffällig, der Beträge in Zahlung angenommen hat, die, wie er wußte, mit Hilfe eines *Crime* oder *Délit* erlangt sind.

renz von Täterschaft wie irgend einer Art der Teilnahme mit Hehlerei ausgeschlossen; der Schuldige kann nur die Strafe der schwersten Art der Teilnahme erleiden. Die herrschende Theorie wird aber durch die Konsequenz dazu gedrängt, mehr oder weniger eine derartige Konkurrenz und damit in manchen Fällen eine dem gesunden Rechtsgefühl wider-sprechende Doppelbestrafung anzunehmen; so müssen oft künstliche Deduktionen aushelfen, die wiederum starken Widerspruch erfahren.

Zunächst lehnt die herrschende Ansicht es allerdings ab, daß wer allein als Täter das Vordelikt ausgeführt hat, auch der Hehlerei der gestohlenen Sache sich schuldig machen könne. Es ist klar, daß wer eine Sache, wenn auch unrechtmäßig, erlangen will, damit frei zu schalten beabsichtigt wie der rechtmäßige Eigentümer, und gerade dafür wird er bestraft; wäre dies nicht der Fall, so müßte z. B. widerrechtliches Anfassen oder Ergreifen ohne Absicht der Aneignung einer Sache ebenso bestraft werden wie Diebstahl; dann könnte man mit Recht dem Diebe zugleich die Strafe der Hehlerei auferlegen.<sup>443)</sup>

Bei Mittätern entsteht nach der reinen, hier besonders vom RG. und *Olshausen* vertretenen Wortinterpretation des § 259 sogleich eine Differenz. Während das RG. <sup>444)</sup> die Hehlerei deshalb als ausgeschlossen betrachtet, weil auch der Mittäter durch Wegnahme der Sache zu letzterer in eine unmittelbare, äußere Beziehung trete, welche als Verwirklichung der Tätigkeit des § 259 gelten könne, nimmt *Olshausen* die Möglichkeit einer Hehlerei dann an, wenn schon eine Verteilung der gestohlenen Sachen unter den Dieben stattgefunden habe.<sup>445)</sup> Aber daß Mitschuldige die Beute mit einander teilen, und daß jeder den anderen in dem Besitze des Beuteanteils gegenüber dem Berechtigten zu sichern sucht, liegt in der ganzen Tendenz

<sup>443)</sup> Dieser dem realen Verhältnisse entsprechende Grund wird übrigens geltend gemacht von *Schwarze* § 257 Anm. 26 § 259 Anm. 19 v. *Kries* Zeitschr. 7 S. 566; *Liszt* § 147 II. 6; *Köhler* S. 110.

<sup>444)</sup> I. 1./9. 1901 E. 34 Nr. 95 S. 304.

<sup>445)</sup> Das RG. bemerkt dagegen: die einmal stattgehabte körperliche Beziehung zu der gestohlenen Sache könne durch solche Verteilung nicht wieder rückgängig gemacht werden. — Die Entscheidungsgründe des reichsgerichtlichen Erkenntnisses berufen sich auf das in GArch. 25 S. 235 mitgeteilte Ur. des ROH. 20./11. 76. Das ROH. hat ohne weitere Begründung den Satz als einen selbstverständlichen angenommen, daß Partiererei ein Delikt voraussetze, bei welchem der Hehler nicht selbst als Urheber oder Miturheber mitgewirkt hat.

eines gemeinschaftlichen Verbrechens: schützt doch meist der eine in der Person des anderen und in dessen Anteil auch die eigene Person und die eigene Beute.<sup>445a)</sup>

Alles was zum natürlichen und selbstverständlichen Tatbereiche des Täters gehört, ist auch Zubehör der Tätigkeit der Teilnehmer, des Anstifters, des Gehülfen. Auch diese wollen das Verbrechen mit allen Konsequenzen, mit dem Behalten der Sache, der Hinderung der Verfolgung in Ansehung ihrer selbst wie des Täters und der Genossen. Ihnen noch Hehlerei bezüglich des gemeinschaftlich begangenen Verbrechens aufbürden, heißt sie doppelt für dieselbe Tat strafen und enthält, wenn man Täter und Mittäter mit solcher doppelten Strafe verschont, eine handgreifliche Unbilligkeit. Nur das ist richtig, daß man sie als Hehler bestraft,<sup>446)</sup> wenn die Strafe der Hehlerei (Partiererei) eine strengere ist, als die Strafe der Anstiftung oder Beihilfe, da bei verschiedenartiger in derselben Person bei demselben Delikte zusammentreffender Teilnahme die schwerste allein maßgebend ist, und gewiß ist es eine besonders wirksame, daher auch besonders strafbare Art der Anstiftung, wenn der Anstifter dem Angestifteten sicheren Absatz der mittels des Verbrechens zu erlangenden Objekte von vornherein verheißen hat.<sup>446a)</sup>

§ 434. Die herrschende früher schon von preußischen OT. und nunmehr vom RG. vertretene Ansicht sagt aber einfach: die Hehlerei ist nach dem StGB. ein selbständiges Delikt; folglich sind Teilnahme am Hauptdelikte und Hehlerei auch gegeneinander selbständig,<sup>447)</sup> oder etwas tiefer gehend fragt man, ob der Teilnehmer das, was den Tatbestand der Hehlerei (Partiererei) ausmacht, vorher zu tun brauche, und andererseits ob er das nachher getan habe. Er hat, wenn das erste ver-

<sup>445a)</sup> Andere Gründe gegen *Olshausens* Ansicht vgl. bei *v. Kries* Zeitschr. 7 S. 567.

<sup>446)</sup> Vgl. Urt. des Württembergischen KH. 4./9. 74 (*Stengleins* Zeitschr. 4 S. 182): vorher zugesagte Hehlerei des Anstifters könne neben der Anstiftung nicht in Betracht kommen.

<sup>446a)</sup> Vgl. z. B. Urt. v. 27./9. 76 (*Stengleins* Zeitschr. 6 S. 377.

<sup>447)</sup> So RG. II. 30./12. 81 E. 5 Nr. 98 S. 282. Gegen diese Logik, welche übersieht, daß es auch sonst Delikte im StGB. gibt, welche nicht von derselben Person in bezug auf dasselbe Verhältnis nebeneinander rechtlich begangen werden können, (z. B. kann doch das Delikt des § 139 — Nichtanzeige bevorstehender Verbrechen — nicht auf denjenigen bezogen werden, der das anzuzeigende Verbrechen selbst zu begehen sich vornimmt) *v. Kries* a. a. O.



neint,<sup>448)</sup> das zweite bejaht wird, jedenfalls zweier konkurrierender Delikte sich schuldig gemacht. Hierbei wird aber eine weitere Entscheidung nötig, ob Real- oder Idealkonkurrenz: Die letztere, welche mildere Bestrafung als die erstere mit sich bringt, wird angenommen, wenn die betreffenden Handlungen „im Bewußtsein und Vorsatz des Täters“ eine Einheit bilden,<sup>449)</sup> nach allgemeinen Grundsätzen müßte man sagen, wenn sie recht strafbar sind; denn je mehr Strafbares der Schuldige sich von vornherein im Zusammenhange zu tun vornimmt, um so mehr dürfte er nach allgemeinen Grundsätzen strafbar erscheinen.<sup>450)</sup> Eine Entscheidung<sup>451)</sup> legt zwar Gewicht darauf, daß der Anstifter, der der Hehlerei in realer Konkurrenz schuldig sein soll, nicht alles bekommen habe, worauf seine Anstiftung sich bezog; er hat im allgemeinen angestiftet Farbstoffe zu stehlen, und er erhielt von den gestohlenen Stoffen 5 kg Blaufarbe nicht, „für welche eine selbstständige Anstiftung vorliegt“. Für dieses Minus soll anscheinend ein Plus an Strafe gerecht sein.

Doch fehlt es nicht an Vertretern der einfachen und die Künstelei bei Seite setzenden Ansicht, welche Konkurrenz von wirklicher Teilnahme und Hehlerei für juristisch unmöglich erklärt.<sup>452)</sup> Mit Recht bemerkt *Köhler*, daß nach § 259 das Verdelikt eine dem Hehler fremde Tat sein müsse, die Tat aber.

<sup>448)</sup> Der Anstifter tritt zu der gestohlenen Sache in keine äußere Beziehung. So das Urteil RG. II. 25./4. 84 Rs. 6 S. 221. (Damit vergleiche man beispielsweise die Bd. 1 S. 131 in der Lehre von der internationalen Anwendung des Strafrechts besprochene Bestrafung des im Auslande befindlichen Anstifters: RG. II. 19./6. 83 E. 8 Nr. 107 S. 371, der Dieb selbst, nicht aber der Anstifter habe die Absicht der Verheimlichung und Verwertung der gestohlenen Sache.)

<sup>449)</sup> RG. III. 24./5. 87 Rs. 9 S. 195.

<sup>450)</sup> Hier wirken allerdings die verkehrten Bestimmungen des StGB. über Real- und andererseits Idealkonkurrenz ein. — Die Sonderbarkeit der Ansicht des RG. tritt stark hervor in dem oben Anm. 446a zitierten Urteile des preuß. O.T.; hier heißt es: „Die Tätigkeit der Gehilfen ist vielmehr in Ermangelung anderweiter, eine Mitbeteiligung an den Vorteilen der Tat vorbedingender oder zuseichernder Abreden mit der Vollendung der Haupttat für abgeschlossen zu erachten.“ Der Gehilfe kann also dann nur auch wegen Hehlerei bestraft werden, wenn er jene ihn noch stärker gravierende Abreden nicht getroffen hat! Daß ein recht viel umfaßender anfänglicher Vorsatz Ideal- im Gegensatz zur Realkonkurrenz begründen soll, wird auch ausgeführt in einem späteren Urte. RG. I. 1./12. 99. E. 32 Nr. 130 S. 394.

<sup>451)</sup> RG. I. 4./7. 94 E. 19 Nr. 99 S. 356. — Freilich sind die Umstände des Falles so dürftig mitgeteilt, daß ein Mißverständnis der Entscheidung nicht völlig ausgeschlossen ist.

<sup>452)</sup> So *Schwarze* GS. 24 S. 391; v. *Kries*, Zeitschr. 7 S. 565; *Köhler* GS. 61 S. 111.

an deren Begehung er sich beteiligt habe, sei nicht eine ihm fremde.<sup>453)</sup>

§ 435. Da aber von vielen das Delikt des StGB. § 259 nicht als Unterart der Hehlerei, vielmehr als selbständiges Delikt aufgefaßt wird, so ist andererseits auch die (nach der Teilnahme-theorie ausgeschlossene) Kontroverse entstanden, inwiefern in Beziehung auf dieselbe deliktische Vortat Partiererei mit Personenhehlerei und Begünstigung konkurrieren könne. Natürlich wird häufig derjenige, der gestohlene Sachen seines Vorteils wegen an sich bringt, namentlich wenn er den Dieb kennt, auch damit bezwecken, dem Diebe die Vorteile der Tat zu sichern und jedenfalls ihm besseren Schutz vor Entdeckung zu gewähren, da dies für ihn, den Partierer selbst, von größter Wichtigkeit ist. Eine scharfe Scheidung ist also hier unmöglich, wie auch *Schwarze*<sup>454)</sup> unter Berufung auf die Reichstags-Kommission hervorhebt. Daraus folgt nicht die Möglichkeit idealer Konkurrenz,<sup>454a)</sup> vielmehr nur, daß man sich darüber klar werden muß, welchen Zweck der Handelnde hauptsächlich verfolgte, um danach die Anwendung des Gesetzes zu bestimmen; denn im Hintergrunde der Sachhehlerei steht, wengleich verschwommen, immer auch Personenhehlerei, und Personenhehlerei kann sehr gut durch Handlungen erfolgen, welche äußerlich die Merkmale der Sachhehlerei tragen. Das

<sup>453)</sup> Die Möglichkeit von Ideal- und Realkonkurrenz bei Teilnehmern (im Gegensatz zum Täter) wird angenommen von *Gretener* S. 187; *Olshausen* § 259 27 und *Köhler*, Studien S. 119, nach des letzteren Ansicht soll aber der Anstifter und Mittäter nur dann Hehler sein, wenn er als Hehler mehr erhalten würde, „als der natürliche Anteil beträgt, welchen er so wie so an den gestohlenen Sachen nehmen würde.“ Welches aber ist der „natürliche Anteil“ eines Teilnehmers an dem Ertrage eines Diebstahls, und gar der natürliche Anteil eines Anstifters? Um dies zu bestimmen, müßte es ein besonderes Spitzbubenrecht geben.

*Frank* § 259 VI. nimmt nur Ideal- nicht aber Realkonkurrenz als möglich an, eine Meinung, die *Binding*, Lehrbuch 2 S. 391 als unverständlich bezeichnet; *Liszt* (§ 147, II., 6) dagegen hält Konkurrenz für möglich im Falle des Ansbbringens, nicht der Verheimlichung oder des Absatzes und steht somit der Ansicht *Köhlers* nahe.

<sup>454)</sup> GS. 24 S. 370.

<sup>454a)</sup> Die Möglichkeit derselben wird angenommen von *H. Meyer* § 104 zu Anm. 19; *Rethwisch* S. 55; *Liszt* § 147 II. 3; *Frank* zu § 259. VI. a. E.; *Köhler* GS. 61 S. 125, dessen Ausführung genauer die Konsequenzen darlegt, aber eben dadurch die Künsteleien zeigt, zu denen das StGB. Anlaß gibt. — *Waldthausen* GArch. 29 S. 389 sagt, daß nach dem Stande der gesetzlichen Bestimmungen ideale und reale Konkurrenz leider anzuerkennen seien. Mit diesem Bedauern trifft er jedenfalls das Rechte. *Villnow* S. 76; *Binding* Normen 2 S. 572 Lehrb. 1 S. 35; *Gretener* S. 125 bes. S. 129; *Olshausen* § 259 Anm. 28a halten ideale Konkurrenz für ausgeschlossen.

RG. 455) führt dagegen aus, daß jenes Überwiegen des einen oder anderen Vorsatzes (richtiger wohl Zweckes) nicht notwendig sei, vielmehr beide Vorsätze gleichmäßig vorhanden sein könnten, in welchem Falle Idealkonkurrenz angenommen werden müsse. Abgesehen aber davon, daß damit dem Gerichte eine fast unmögliche psychologische Analyse der Motive eines Angeklagten zugemutet — in Wahrheit praktisch eine recht willkürliche Annahme sanktioniert — wird, gelangt man so auch zu einer praktischen Ungerechtigkeit, sofern die Möglichkeit einer Realkonkurrenz von Sachhehlerei und Personenhehlerei angenommen wird, und der Hehlende zugleich wirklicher Teilnehmer des Vordeliktes ist. Wer wirklicher Teilnehmer ist und Personenhehlerei verübt, ist jedenfalls, wenn er letztere zuvor zugesagt hat, nur als Teilnehmer strafbar: ist er aber zugleich der Sachhehlerei schuldig, so wird er wegen dieser in realer Konkurrenz mit Teilnahme, d. h. doppelt, bestraft. Und doch wird, wer eigenen Vorteils wegen Personenhehlerei überwiegend beabsichtigte, oft strafbarer sein, als derjenige, bei dem diese Absicht nicht gerade überwog, vielmehr die Erlangung der Sachen stark ins Gewicht fiel.

Wer die Partiererei als ein durchaus selbständiges Delikt betrachtet, muß selbstverständlich annehmen, daß Realkonkurrenz von Begünstigung und Partiererei möglich sei. Daß man mit dieser Ansicht ebenfalls zu Ergebnissen gelangt, welche das Rechtsgefühl verletzen, ist schwerlich zu bezweifeln. Wer z. B. zuerst nach Abrede mit dem Diebe eine Sache versteckt, um ihn vor Strafe zu schützen, nachher aber sie ankauft, würde strenger zu strafen sein, als wenn er gleich anfangs bei dem Verstecken der Sache einen eventuellen Ankauf (z. B. für den Fall, daß die Sache nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkte entdeckt werden würde) verabredet hätte.

§ 436. Faßt man die Partiererei als Teilnahme am Vordelikte auf, so ergibt sich, daß, wie mehrere der in § 259 bezeichneten Handlungen, begangen in bezug auf dasselbe durch dieselbe strafbare Handlung erlangte Objekt, doch nur eine Hehlerei darstellen,<sup>456)</sup> so auch mehrmaliges Kaufen, Ansich-

<sup>455)</sup> II. 25./9. 97 E. 30 Nr. 88 S. 269.

<sup>456)</sup> Dieser Ansicht sind auch *Schwarze* § 259. 12; *Olshausen* § 259. 26; *Köhler* GS. 61 S. 123, 124 verlangt auch hier Einheitlichkeit des Vorsatzes.

bringen usw. verschiedener Sachen, die durch dieselbe strafbare Handlung erlangt sind, immer nur eine Hehlerei enthalten.<sup>457)</sup> Die Konstruktion der Hehlerei als eines selbständigen Deliktes läßt solche mehrmalige Handlungen nur dann als Einheit erscheinen, wenn der Vorsatz ein einheitlicher war.<sup>457<sup>a</sup>)</sup> Dies führt aber zu einer Ungerechtigkeit; denn wer von vornherein einen recht umfassenden Vorsatz hatte, ist offenbar strafbarer, als wer erst nach und nach immer mehr auf den Weg des Verbrechens geführt wird. Andererseits wäre es aber nach der Teilnahmetheorie nicht in jedem Falle richtig, bei hehlerischem Erwerbe usw. von Sachen, die durch verschiedene Delikte erlangt sind, reale Konkurrenz hehlerischer Handlungen anzunehmen. Der Hehler braucht keine bestimmte Vorstellung der Vordelikte zu haben, welche ihm die fraglichen Sachen zuführen; bei solcher Unbestimmtheit erscheint ihm der Ursprung dieser Sachen als ein einheitlicher; ist seine Vorstellung in dieser Hinsicht unrichtig, so kommt ihm diese Unwissenheit als tatsächliche zugute: er ist zu beurteilen, als wäre der Ursprung ein einheitlicher. Weiß der Hehler aber um den verschiedenen Ursprung der Sachen, so begünstigt er wirklich verschiedene Delikte; er begeht in demselben hehlerischen Akte mehrfache Hehlerei in idealer Konkurrenz.

§ 437. Gerade die Teilnahmetheorie ermöglicht aber ohne Eingehen auf Einzelheiten der Tat, die oft jeder sicheren Feststellung sich entziehen,<sup>457<sup>b</sup>)</sup> und ohne künstliche Beweisführungen eine gerechte, d. h. in diesem Falle strenge, Bestrafung, wenn jemand, bei dem die Qualifikation des gewohnheits- oder gewerbsmäßigen Hehlers zutreffen würde, sich unmittelbar auch bei der Ausführung eines Diebstahles beteiligt. Nach der Theorie,

457) Daß der Hehler die Sachen von verschiedenen Teilnehmern des Vordeliktes erhält, begründet einen Unterschied nicht. In diesem Sinne auch *Köhler* a. a. O.

457<sup>a</sup>) Danach entscheidet *Köhler* GS. 61 S. 122.

457<sup>b</sup>) Zum Beweise des im Texte Gesagten dient etwa die Entscheidung des RG. IV. 20./6. 90 E 21 Nr. 8 S. 16. Die Bestrafung des Hehlers als solchen wird davon abhängig gemacht, ob man sagen könne, der in einem Verkaufsgeschäfte Angestellte hatte den Diebstahls-Dolus schon in dem Augenblicke als er die dem Hehler übergebenen Sachen aus dem Magazin holte, um sie dem Hehler sogleich zu übergeben, oder ob er diesen Dolus hatte erst im Augenblicke der Übergabe. Im letzteren Falle war der Angeklagte nicht Hehler, sondern Mittäter!

welche die Hehlerei als selbständiges Delikt auffaßt, ist es unmöglich, Täter oder Mittäter<sup>457c)</sup> und zugleich Hehler zu sein. Trifft ersteres zu, so wird der Schuldige mit einer geringeren Strafe abkommen, als wenn er lediglich die Sache in Empfang nahm. Nach der Teilnahmetheorie kommt diejenige Art der Teilnahme in Betracht, welche die schwerste Strafe nach sich zieht, also die Hehlerei, wenn der Hehler gewohnheits- oder gewerbsmäßig gehandelt hat.

§ 438. Von der Auffassung der im StGB. 259 vereinigten Tatbestände abhängig ist die letztlich prozessuale Frage, ob im Strafurteile diese Tatbestände alternativ festgestellt werden dürfen. Nun stellen die Worte „verkaufen“, „zum Pfande nehmen“, „verheimlichen“ bestimmte, aber durchaus verschiedene Handlungen dar, ebenso „mitwirken zum Absatze“; es ist also durchaus unzulässig, sie alternativ zusammenzufassen: hielte man die alternative Fassung für zulässig, so wäre nicht einmal Gewißheit darüber vorhanden, daß bei der Abstimmung die Urteiler ein und dasselbe konkrete Faktum im Sinne hatten. Die Worte „oder sonst an sich bringt“ weisen aber auf ein konkretes Faktum nicht mit Bestimmtheit hin; sie sagen vielmehr, daß eine Verurteilung eintreten solle, wenn eine bestimmte konkrete Handlung unter diesen allgemeinen Begriff subsumiert werden könne. Zugleich aber stellen diese Worte gegenüber dem „Ankaufen“, „Zum Pfande nehmen“, „Verheimlichen“ einen allgemeinen zusammenfassenden Begriff dar; man kann ihn, da er in Alternative mit den vorhergehenden besonderen Tatbeständen gesetzt ist, auch verwenden, wenn man zweifelhaft ist, ob der eine oder andere der letzteren, besonderen Begriffe zutrifft. Demnach ist unter Feststellung eines konkreten Tatbestandes die Frage zulässig, ob Angeklagter angekauft oder sonst an sich gebracht, zum Pfande genommen oder sonst an sich gebracht habe, verheimlicht oder sonst an sich gebracht habe, nicht aber ist es zulässig, die vier besonderen, einander widersprechenden Tatbestände („verheimlicht“, „ankauft“, „zum Pfande nimmt“, „zu deren Absatze mitwirkt“) alternativ nebeneinander mit dem „an sich bringen“ zu

---

<sup>457c)</sup> Bezüglich der Mittäterschaft wird freilich für einen besonderen Falle wohl eine bereits oben Anm. 453 erwähnte eigentümliche Ausnahme gemacht.

stellen.<sup>458</sup>) Nimmt man ferner an, daß die in § 259 enthaltenen Worte „weiß oder den Umständen nach annehmen muß“ nur eine hier vom Gesetzgeber für zweckmäßig erachtete Verdeutlichung des Dolus enthalten, so ist klar, daß Fragestellung und Feststellung dieser Alternative stets zulässig ist. Erblickt man dagegen in den Worten „oder den Umständen nach annehmen muß“ die Bezeichnung der Fahrlässigkeit, so ist die Entscheidung zweifelhafter. *A. Frank* (Subj. Tatbest. S. 39) hält die alternative Feststellung für unzulässig.<sup>459</sup>) Dies ist auch richtig, wengleich die getrennte Fragestellung überraschende und ungerechtfertigte Freisprechungen bewirken kann, wenn jedermann davon überzeugt ist, daß mindestens Fahrlässigkeit vorliege, aber z. B. sechs Geschworene Fahrlässigkeit, die sechs anderen Geschworenen dagegen vorsätzliche Begehung annehmen. Die richtige Auffassung des Verhältnisses von Vorsatz und Fahrlässigkeit müßte indes, wenn die auf Vorsatz gerichtete Frage verneint ist, diejenigen, welche für Vorsatz votiert haben, unter Umständen, die hier nicht weiter erörtert werden können, bewegen, nunmehr für Annahme der Fahrlässigkeit zu stimmen.

§ 439. Den vorstehenden Ausführungen zufolge hat die Konstruktion der Begünstigung und Hehlerei als selbständiger Delikte keineswegs einfache und der Gerechtigkeit entsprechende Ergebnisse geliefert; zuweilen hat man sogar völlig sinnlose Konsequenzen nur mit Schwierigkeit unter Aufwendung zweifel-

<sup>458</sup>) Rg. II. 20./9. 81 Rs. 3 S. 813 hat die alternative Feststellung „an sich gebracht oder zum Absatze mitgewirkt habe“ für zulässig erklärt, „da in beiden Fällen der Tatbestand des in § 259 vorgesehenen Vergehens vorhanden und die Strafe dieselbe sei.“ Diese Begründung geht fehl. Vgl. dagegen *Bar.* Recht und Beweis im Geschworenengericht 1865 S. 204 *Dalcke* Fragestellung und Verdikt im schwurgerichtlichen Verfahren 2 Aufl. 1895 S. 36. — Die Berufung der Entscheidungsgründe des zitierten Urteils auf RG. II. 17./5. 80 Rs. 1 S. 777 paßt nicht. Die Alternative „gewußt oder den Umständen nach hätte wissen müssen“ betrifft einen und denselben psychischen Zustand des Angeklagten, bei dem die Subsumierung unter die eine oder die andere der beiden Alternativen vom Gesetze deshalb für gleichgültig erklärt wird, weil eine scharfe Grenze zwischen beiden oft kaum möglich sein würde. — *Köhler* GS. 61 S. 100 hält die alternative Feststellung „Mitwirken zum Absatze“ und „an sich bringen“ für unzulässig, da beide Tätigkeiten nicht in einander übergehen, dagegen für zulässig die alternative Feststellung zwischen Verheimlichen und eine der beiden anderen Tätigkeiten.

<sup>459</sup>) Vgl. auch *Oetker*, Das Verfahren vor den Schwur- und Schöffengerichten (Bd. 3 des Hdb. d. Strafprozesses von Glaser) 1907 S. 301: „Auch Vorsatz und Fahrlässigkeit entziehen sich alternativer Feststellung.“

hafter Dialektik vermeiden können. Es scheint daher eine Rückkehr zu der alten gemeinrechtlichen, freilich der reinen und vermeintlich unfehlbaren Dialektik unsympathischen Teilnahmetheorie,<sup>460)</sup> welche letztere vor längerer Zeit schon *H. Meyer* (§ 36 im Anfang) und *Kohler* (Studien 1 S. 155) wieder als richtig bezeichnet haben, und welche sowohl im französischen wie im englischen Rechte noch gilt, empfehlenswert. Zwar haben die dem internationalen Penitentiar-Kongresse 1890 erstatteten Gutachten behufs wirksamerer Bekämpfung der international organisierten Diebes- und Hehlergesellschaften die Behandlung der Hehlerei als selbständiges Delikt empfohlen, indes wesentlich wohl nur deshalb, weil man auf Grund einer irrigen Theorie über die territoriale Zuständigkeit des Strafgesetzes vielfach angenommen hat, die Hehlerei könne als Teilnahmehandlung nur da verfolgt werden, wo das Hauptverbrechen begangen ist,<sup>461)</sup> und weil nach dem früheren, jetzt aber nicht mehr geltenden, englisch-nordamerikanischen Rechte<sup>462)</sup> die Bestrafung eines *Accessory after the fact* vorherige Verurteilung des Täters (Diebes, Betrügers usw.) erforderte. Gelten diese beiden Sätze nicht, so ändert die Konstruktion der Beihilfe als selbständiges Delikt in internationaler Beziehung nicht das Geringste gegenüber der Teilnahmetheorie; denn der Beweis des Vorverbrechens muß auch nach der Selbständigkeitstheorie in dem Verfahren gegen den Hehler erbracht werden.

Meiner Ansicht würde folgende gesetzliche Formulierung entsprechen:

§ 1. Wer ohne vorherige Zusage nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens dem Täter oder einem Teilnehmer Beistand leistet in der Absicht, ihn der Bestrafung zu entziehen oder ihm zum Nachteile des Berechtigten<sup>462a)</sup> die Vorteile der Tat zu sichern, wird als begünstigender Teilnehmer mit Gefängnis oder mit Geldstrafe bis zu ... Mark bestraft. Doch darf die Strafe der Art und dem Maße nach in keinem Falle die Strafe der Beihilfe (eines Gehülfen, der nicht Hauptgehülfe ist) zur Tat übersteigen.

<sup>460)</sup> *Actes du Congrès de St. Petersbourg* 2 S. 673ff. *Garraud* 2 S. 684.

<sup>461)</sup> Vgl. Bd. 1 S. 146.

<sup>462)</sup> *Archbold-Craies-Stephenson* S. 19. *Wharton* 1 § 241 a. E.

<sup>462a)</sup> Durch den beschränkenden Zusatz (zum Nachteile des Berechtigten) sind Fälle wie Reparatur der gestohlenen Sache usw. ausgeschlossen.

Die begünstigende Teilnahme ist straflos, wenn dieselbe wesentlich in der Absicht erfolgt, einen Angehörigen der Strafe zu entziehen.<sup>463)</sup>

§ 2. Als begünstigender Teilnehmer<sup>464)</sup> (als Hehler) mit Gefängnis, mit der Strafe eines Gehülfen der Tat aber, falls diese Strafe milder ist, zu bestrafen, wer seines Vorteils wegen Sachen, von denen er weiß oder überzeugt ist,<sup>465)</sup> 'daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, zum Nachteile eines Berechtigten ankauft, zum Pfande nimmt, oder sonst an sich bringt oder zum Absatze solcher Sachen mitwirkt.<sup>466)</sup>

§ 3. Wer gewohnheits- oder gewerbsmäßig Hehlerei<sup>467)</sup> betreibt oder gewohnheits- oder gewerbsmäßig in anderer Weise des eigenen Vorteils wegen an Diebstahl oder Betrug oder Unterschlagung oder an Verbrechen als Begünstigender teilnimmt, wird mit Zuchthaus bestraft.<sup>468)</sup>

Daneben kann auf Geldstrafe<sup>469)</sup> bis zu ... Mark erkannt werden.

<sup>463)</sup> Durch *Argumentum a contrario* ergibt sich, daß die Handlung wesentlich eigenen Vorteils wegen begangen, nicht straflos sein würde, sollte sie auch nebenher dazu bestimmt sein, einen Angehörigen vor Strafe zu schützen.

<sup>464)</sup> StGB. § 258 enthält mehrere ungerechtfertigte Härten. Weshalb z. B. der nicht gewohnheits- oder gewerbsmäßige, wenn auch seines Vorteils wegen handelnde Begünstiger von schwerem Diebstahl immer mit Zuchthaus gestraft werden soll, während der Gehilfe doch mit geringerer Strafe abkommen kann, ist schwer einzusehen.

<sup>465)</sup> Der Ausdruck „überzeugt ist“ dürfte denselben Zweck erfüllen wie der Ausdruck „wissen muß“, aber deutlicher sagen, was gemeint ist.

<sup>466)</sup> Das „Verheimlichen“ kann soweit erforderlich nach § 1 bestraft werden.

<sup>467)</sup> Daß gerade bei der Hehlerei die gewohnheits- und gewerbsmäßige Verübung im Strafgesetze besonders zu berücksichtigen ist, wird eines weiteren Beweises nicht bedürfen. Auch in den früheren Strafgesetzbüchern bildete die Gewohnheits- bzw. Gewerbsmäßigkeit einen Grund zu besonders schweren Strafen. Darunter wurde nach älteren Gesetzbüchern auch die eigennützige Aufnahme von Dieben begriffen. *Code pénal*, art. 61: „*Ceux qui connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences contre la sûreté de l'Etat, la paix publique, les personnes ou les propriétés, leur fournissent habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion.*“ Vgl. württemb. GB. Art. 343: überhaupt gewerbsmäßige Begünstigung von Verbrechern, Bayer. GB. v. 1813 Art. 85. Was unter Gewohnheits- oder Gewerbsmäßigkeit zu verstehen ist, kann erst später dargelegt werden.

<sup>468)</sup> Warum gewohnheits- oder gewerbsmäßige um eigenen Vorteils willen erfolgende Begünstigung anderer schwerer Verbrechen als gerade Diebstahl, Raub, räuberische Erpressung nicht strengere zu strafen sei, ist nicht einzusehen. Allerdings mögen dergleichen Fälle im Deutschen Reiche selbst wenig vorkommen. In den Schutzgebieten sind sie z. B. möglich.

<sup>469)</sup> StGB. § 370, 3 bestraft als Übertretung eine Handlung, hinter welcher



Dabei ist zu bemerken, daß neben den im vorstehenden Vorschlage berücksichtigten Erschwerungsgründen der Gewohnheits- und Gewerbsmäßigkeit auch der Rückfall<sup>470)</sup> in Betracht zu kommen hat, daß aber andererseits StGB. § 259, welcher die sog. Partiererei stets mit Gefängnis bestraft, in vielen Fällen entschieden zu hart ist. Wer eine Fundunterschlagung begeht, wird nach StGB. § 246 Abs. 2 häufig mit Geldstrafe abkommen; wer dem Unterschlagenden die gefundene Sache als Partierer abkauft, erleidet unbedingt Gefängnisstrafe. Jedenfalls ist z. B. eine geizige Hausfrau, welche sich einmal verleiten läßt, eine vermutlich durch Fund unterschlagene Sache einem herumziehenden Verkäufer für einen billigen Preis abzukaufen, meist nicht in dem Maße strafbar, wie derjenige, der die Sache selbst unterschlagen hat.

§ 440. Fraglich kann erscheinen, ob die deutsche Gesetzgebung in dem bisherigen Umfange die persönliche Begünstigung als strafbares Delikt ferner beibehalten solle. Einerseits ist die Abgrenzung gegen straflose Handlungen, wie gezeigt worden ist, nicht selten zweifelhaft, andererseits sind Handlungen strafbar, die das allgemeine Rechtsbewußtsein kaum als strafbar betrachtet, z. B. wenn jemand aus Mitleid einem eines nicht ehrenrührigen Vergehens schuldigen Freunde Geld zur Flucht gibt usw. Auch ist nach französischem Rechte die persönliche Begünstigung nur in weit engeren Grenzen strafbar; abgesehen von der nach dem *Code pénal* Art. 61 allerdings drakonischen Bestrafung gewohnheitsmäßig geübten Beherbergens schwerer Verbrecher und abgesehen von der Beförderung der Entweichung Gefangener (Art. 247) ist im allgemeinen nach Art. 248 nur strafbar Hehlerei verübt zugunsten einer Person, von der der Hehler weiß, daß sie ein Verbrechen verübt hat, das eine „*peine afflictive*“, also

eine Sachhehlerei versteckt sein kann. „Mit Geldstrafe bis 150 Mark oder mit Haft wird bestraft . . . 3, wer von einem zum Dienststande gehörenden Unteroffizier oder Gemeinen des Heeres oder der Marine ohne die schriftliche Erlaubnis des vorgesetzten Kommandeurs Montierungs- oder Armaturstücke kauft oder zum Pfande nimmt.“ — Ist das Montierungs- oder Armaturstück noch Eigentum des Staates, so begeht der Käufer oder Pfandnehmer Hehlerei, wenn er dies weiß (oder den Umständen nach annehmen muß); er ist nach § 370 Nr. 3 straffällig, wenn der letztere Dolus fehlt, oder aber der Verkäufer oder Verpfänder tatsächlich als Eigentümer zum Verkauf oder Verpfändung berechtigt ist, jedoch schriftliche Erlaubnis nicht besitzt.

<sup>470)</sup> Vgl. StGB. § 261. Ohne daß auf die allgemeine Theorie des Rückfalls eingegangen wurde, ließ sich diese Vervollständigung nicht ausführen.

eine besonders schwere Strafe, nach sich zieht. Nach der Ansicht *Helies* 4 n. 1036 setzt die Verurteilung wegen *Recèlement* hier sogar vorherige Verurteilung der Person voraus, zu deren Gunsten Hehlerei verübt wurde, und wenn auch die Praxis des Kassationshofs dieser Ansicht nicht folgt, so hält man doch das Wissen um Verfolgung des Begünstigten nicht für genügend, verlangt vielmehr für die Strafbarkeit des Begünstigten eine besondere persönliche Kenntnis, daß das Verbrechen von der begünstigten Person begangen sei. In England und Nordamerika scheinen Strafverfolgungen wegen nur persönlicher Begünstigung nicht mehr vorzukommen, wenn nicht die Begünstigung zugleich in anderer Beziehung rechtswidrig ist.<sup>471)</sup>

Die neuesten Gesetzgebungsarbeiten betreffend, so behandelt der österreichische Entwurf von 1893 §§ 275—281 Begünstigung und Hehlerei als besondere Delikte nicht sehr verschieden vom deutschen StGB. Begünstigung, um den Täter oder Teilnehmer der Strafe zu entziehen, und andererseits Begünstigung, um dem Täter den Vorteil der Tat zu sichern, werden allerdings in getrennten Paragraphen (275, 276) behandelt, während wieder in § 279 Ankauf usw. von Sachen, die durch Diebstahl, Raub, Unterschlagung usw. erlangt sind, und Personenhehlerei in bezug auf die letztgenannten Verbrechen zusammengefaßt werden. Die Redaktion ist noch weniger befriedigend als die des gegenwärtigen deutschen StGB.; einzelne Strafbestimmungen sind milder und gerechter.

Getrennt von der Sachhehlerei (Art. 616) behandelt das russische StGB. die persönliche Begünstigung Art. 168—170 unter den Delikten, welche als Widerstand gegen die Justiz bezeichnet werden.

<sup>471)</sup> Vgl. *Russel* 1 S 179; *Archbold-Stephenson* S. 1309; *Wharton* 1 § 241 zählt als straflos eine Reihe von Handlungen auf die nach dem deutschen StGB. unzweifelhaft strafbare Begünstigungen sein würden (z. B. Jemand veranlaßt Zeugen, sich nicht zu melden) und bemerkt dann über die Strafbarkeit der persönlichen Begünstigung (Schutz vor Strafe): „*There must be some independent criminality to make them (d. h. such acts) indictable.*“ Doch enthält das StGB. für New-York § 30 eine umfassende Strafbestimmung gegen Begünstigung, und wer Beamten, welche einen Verbrecher verfolgen, unmittelbare Hindernisse bereitet, scheint nach englisch-nordamerikanischem Rechte ohnehin strafbar zu sein. (Vgl. *Wharton* a. a. O.) — Die Sachhehlerei „*Receiving stolen goods*“ wird in England wie in Nordamerika jetzt nach besonderen Gesetzen bestraft. *Archbold-Stephenson* S. 546; *Wharton* §§ 982 ff.

Gleichfalls als besonderes Delikt gegen die Rechtspflege (Art. 204) behandelt der schweizerische Vorentwurf von 1903 die persönliche Begünstigung.<sup>472)</sup> Bemerkenswert ist, daß nach Abs. 2 dieses Artikels auch nahe, nichtverwandtschaftliche Beziehungen Strafbarkeit begründen können. Völlig getrennt davon erscheint in Art. 86 unter den Verbrechen wider das Vermögen das Verbrechen der Hehlerei, aber nur in der Beschränkung auf sog. Partiererei (deutsches StGB. § 259), wobei nur statt „ankauft“ gesetzt ist, „erwirbt“, das „an sich bringt“ dagegen weggelassen ist. Voraussichtlich wird die völlige Trennung der persönlichen Begünstigung von der Hehlerei in der Praxis Schwierigkeiten bereiten und unbefriedigende Ergebnisse liefern.

Das norwegische GB. enthält in § 132 in dem Abschnitte „Verbrechen gegen die Staatsgewalt“ eine sehr weitgehende Bestimmung über Entgegenarbeiten gegen eine gegenwärtige oder zukünftige Untersuchung wegen einer strafbaren Handlung.<sup>473)</sup> Hehlerei und Begünstigung sind in einem anderen Abschnitte (§§ 317—321) behandelt. Hehlerei ist hier das, was man bei uns Partiererei nennt, aber beschränkt auf Eigentumsdelikte (Unterschlagung, Diebstahl, Mauserei, Raub); Begünstigung erfordert die Absicht, dem Schuldigen einen durch die Tat beabsichtigten Vorteil zu sichern. Ich halte erstere Bestimmung insofern für richtig, als sie auch den Schutz unschuldig Verfolgter bezweckt, nicht nur die Bestrafung Straffälliger sichern will, kann aber aus anderen Gründen so weitgehende Bestimmungen nicht empfehlen.<sup>474)</sup> Die künstliche Trennung innerlich zusammengehöriger Delikte dürfte zu Kontroversen Anlaß geben.

472) Manche Begünstigungshandlungen scheinen auch durch anderweite Strafbestimmungen getroffen zu werden.

473) Vgl. indes den letzten Abs. des zitierten § 132: „Keine Strafe trifft denjenigen, der gehandelt hat, um sich oder einen seiner Angehörigen der Verfolgung oder Bestrafung zu entziehen.“

474) Ich würde die Bestimmung auf den Fall beschränken, daß der Handelnde überzeugt ist, daß seine Handlung eine ungerechte Verurteilung wahrscheinlich mache. Man könnte etwa folgenden Paragraph einfügen: „Die Bestimmungen über persönliche Begünstigung finden entsprechende Anwendung auf Handlungen, welche begangen werden in der Überzeugung, daß infolge derselben eine ungerechte Verurteilung wahrscheinlich gemacht werde.“ Eine Handlung, begangen um nahe Angehörige der Strafe zu entziehen, würde danach auch straflos sein.

## Anhang.

### Die in § 49a des Strafgesetzbuchs mit Strafe bedrohten Handlungen.

*Witte*: Erörterungen über den § 49a des StGB. für das Deutsche Reich (Diss.) Breslau 1886.

§ 441. Im Jahre 1873,<sup>1)</sup> zu einer Zeit, als in Preußen die Wogen des sog. gegen den katholischen Klerus von dem Fürsten Bismarck geführten Kulturkampfes hochgingen, hatte ein belgischer Kesselschmied Namens *Duchesne* dem Erzbischoff *Affre* von Paris gegenüber sich brieflich erboten, den Fürsten Bismarck gegen Zahlung von 40000 Franken zu ermorden. Dies von dem hohen Prälaten selbstverständlich abgewiesene, und was die Ernstlichkeit betrifft, zweifelhafte Anerbieten war nach belgischem wie nach französischem Rechte straflos. Diplomatische Vorstellungen der Deutschen Regierung veranlaßten, daß in Belgien 1875 (im Juli) ein Gesetz zustande kam, welches unter gewissen besonderen Voraussetzungen das Anerbieten zur Begehung der mit den schwersten Strafen bedrohten Verbrechen sowie die Annahme solchen Erbietens mit Gefängnis bis zu fünf Jahren (in Verbindung mit Geldstrafe) ahndet.<sup>1a)</sup> Es war daher gegeben, daß der Deutsche Bundesrat unter dem Einflusse des Reichskanzlers den Entwurf der Strafgesetznovelle von 1876 benutzte, um einer dem belgischen Gesetze entsprechenden (jedoch erheblich weitergehenden) Bestimmung Aufnahme im deutschen Strafgesetzbuche zu verschaffen.<sup>2)</sup> Zur

<sup>1)</sup> Entstehungsgeschichte des Gesetzes mit Beigabe synoptischen Abdruckes der im Reichstage gestellten Anträge genau in der Dissertation von *Witte*.

<sup>1a)</sup> Abdruck des Gesetzes auch in Holtzendorffs Hdb. 4 S. 144.

<sup>2)</sup> Die Vorlage des Bundesrates lautete: „Wer es unternimmt einen anderen zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen zu verleiten, wird, soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten oder mit Geldstrafe von Einhundert bis zu Eintausend Mark bestraft. Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher einem anderen gegenüber zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an

Empfehlung dieses Gesetzesvorschlags wurden, abgesehen von der kriminalpolitischen (in ihrem Ergebnisse nicht gerechtfertigten) Erwägung, daß man durch weitgehende Strafbestimmungen am besten für die Verminderung der Verbrechen Sorge, Bestimmungen der älteren deutschen Strafgesetzbücher, allerdings auch des sächsischen Gesetzbuchs von 1855 herangezogen,<sup>2a)</sup> nach denen die Anstiftung an sich als Versuch des beabsichtigten Deliktes bestraft wurde, Bestimmungen, die auf der, wie oben gezeigt wurde, irrigen, der historischen Entwicklung widersprechenden, eine Zeitlang freilich in der Theorie ohne gründliche Prüfung angenommenen Ansicht beruhten, der zufolge der Anstifter von dem Täter sich nur dadurch unterscheiden sollte, daß ersterer mit psychischen, letzterer mit physischen Mitteln operiert. Indes mußte dies Gesetzesprojekt sich sofort von dieser Grundlage deshalb entfernen, weil in dieser Weise zwar die Strafbarkeit einer Aufforderung, nicht aber die auch gewollte Strafbarkeit eines Anerbietens und die Strafbarkeit der Annahme einer Aufforderung oder eines Anerbietens sich motivieren ließen.<sup>3)</sup>

**§ 442.** Wenn daher auch die Bestimmung, welche die Aufforderung betrifft, noch als Erweiterung der geltenden Strafbestimmung über die Anstiftung sich auffassen ließ, so konnten doch die übrigen Bestimmungen jedenfalls nur als Tatbestände und Strafsanktionen besonderer Delikte betrachtet werden. Gleichwohl haben die schließlich vom Reichstage

einem Verbrechen sich erbiertet, sowie denjenigen, der ein solches Erbieten annimmt. Neben der Gefängnisstrafe kann auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden.“ Wenn man beachtet, welche bedenkliche Anwendung dem Ausdrucke des § 159 des StGB. „Wer es unternimmt, einen anderen zur Begehung eines Meineids zu verleiten schon gegeben worden ist — auch die entfernteste Vorbereitungshandlung soll nach der vorherrschenden Ansicht hierher zu rechnen sein — so kann dieser Gesetzentwurf in der Tat als eine gesetzgeberische Leistung bezeichnet werden, die an Bedenklichkeit selten ihres Gleichen finden wird. — Das belgische Gesetz, dem man schließlich im wesentlichen gefolgt ist, kann zwar auch nur als eine wenig empfehlenswerte Leistung gelten. Aber der Deutsche Reichstag hat sich, indem er das belgische Gesetz zum Muster nahm und die Vorlage des Bundesrats so erheblich änderte, gleichwohl ein nicht zu unterschätzendes Verdienst erworben. — Schwere Bedenken gegen den Entwurf erhob *v. Stemann* GS. 28 S. 267ff.

<sup>2a)</sup> Vgl. auch österreichisches StGB. §§ 9, 239, eine Bestimmung, die aber in den Entwürfen eines neuen österreichischen StGB. fortgelassen ist.

<sup>3)</sup> Von einer Bestrafung desjenigen, der nur anzustiften unternahm, ist auch in diesen älteren Gesetzen keine Rede, auch nicht von der Anstiftung zur Teilnahme durch denjenigen, der Täter sein soll. —

erheblich abgeänderten und in ihrer praktischen Tragweite vorsichtiger begrenzten Bestimmungen enge Beziehungen zur Lehre der Teilnahme, namentlich da ihnen nach dem hinzugefügten Schlußsatze eine nur subsidiäre Bedeutung zukommt, so daß in den bei weitem meisten Fällen die regelmäßigen Bestimmungen über Teilnahme ausschließlich Anwendung finden, falls das beabsichtigte Verbrechen wirklich zur Ausführung, wenn auch nur in das Stadium eines strafbaren Versuches, gelangt. Im wesentlichen sind die sämtlichen hier aufgeführten Handlungen nur Vorbereitungshandlungen zur Teilnahme am Verbrechen oder Versuche eine Teilnahme am Verbrechen herbeizuführen oder an eine Bedingung — Konsens eines anderen — geknüpfte Manifestationen des Willens ein Verbrechen zu begehen, Manifestationen also eines eventuellen Willens. Die Stelle, welche § 49a im Strafgesetzbuche, anschließend an die von der Teilnahme handelnden Bestimmungen erhalten hat, ist daher gerechtfertigt, auch wenn man zugeben muß, daß formell die einzelnen hier mit Strafe bedrohten Handlungen als besondere Delikte erscheinen, weshalb sie denn auch in *Lissts* Lehrb. § 175 als solche unter die allgemeinere Rubrik „Strafbare Aufforderungen“ neben den in besonderen Bestimmungen für strafbar erklärten, öffentlichen Aufforderungen (vgl. z. B. StGB. 111 Preßgesetz § 16) ihren Platz finden. Indes ist letztere systematische Stellung deshalb nicht vollkommen passend, weil nicht nur die Aufforderung, sondern ebenso das Anerbieten und Annahme des Anerbietens wie der Aufforderung unter Strafdrohung gestellt sind. *Hälschner* 1 S. 407 wie *Berner* (§ 87) und *H. Meyer* (§ 34) behandeln denn auch den § 49a in der Lehre von der Teilnahme.<sup>4)</sup>

**§ 443.** § 49a bezieht sich nur auf Erbieten und Aufforderung zu Verbrechen und zur Teilnahme<sup>4a)</sup> an Verbrechen, d. h. Verbrechen im technischen Sinne des StGB., d. h. da es auf die juristische Beurteilung durch den Schuldigen nicht an-

4) Ebenso *Allfeld* (*Meyer-Allfeld* § 36) der, ebenso wie ich, anerkennt, daß streng genommen (d. h. formell) die Delikte des § 49a in den besonderen Teil des Strafrechts gehören. — *Binding*, Lehrb. 2 S. 862 hat aber darin Recht, daß es sich in § 49a nicht um eine allgemeine Form der Teilnahme handelt.

4a) Aufforderung usw. zu einfacher Begünstigung ist nicht strafbar, da diese nur Vergehen ist, wohl aber zu gewerbmäßiger Hehlerei und zu der nach § 258. 2) strafbaren Hehlerei.

kommen kann, auf Taten, die nach richtiger Beurteilung, sowie sie in der beabsichtigten tatsächlichen Gestaltung in der Vorstellung des Schuldigen erscheinen, als Verbrechen zu betrachten sind.<sup>4b)</sup> Da es entschieden die Ansicht der gesetzgebenden Faktoren war, vorbereitende Akte nur bei wirklich schweren Straftaten zu bestrafen, so kann rationell unter Verbrechen nur eine Handlung verstanden werden, die dies ihrem allgemeinen Charakter nach ist, nicht eine Handlung, die nur wegen besonderer persönlicher Strafwürdigkeit des Täters oder des betreffenden Teilnehmers, also insbesondere wegen Rückfälligkeit mit Verbrechenstrafe geahndet wird.<sup>5)</sup> Allerdings muß im allgemeinen und prinzipiell, da alle im § 49a bezeichneten Handlungen in Wahrheit nur Vorbereitungshandlungen zur Täterschaft oder Teilnahme sind, über die Frage, ob ein Verbrechen oder überhaupt ein Delikt beabsichtigt ist, nach Maßgabe der für die Teilnahme geltenden Grundsätze die Stellung desjenigen entscheiden, der die Tat ausführen oder

<sup>4b)</sup> Vgl. RG. VI. 31./1. 90 E. 20 Nr. 7 bes. S. 200. Handelt es sich um ein im Auslande zu begehendes Verbrechen, so muß die Handlung sowohl nach dem deutschen, wie nach dem Gesetze des Orts der Handlung strafbar sein. Selbstverständlich kann das deutsche Gesetz nicht einleitende Schritte zur Begehung einer Handlung strafen, gegen die selbst es eine strafrechtliche Reaktion nicht für angemessen erachtet. (Vgl. StGB. § 4 Abs. 2 Nr. 3.) Ist aber die Handlung sowohl nach deutschem Gesetze, wie nach dem Gesetze des Orts der Handlung strafbar, so ist nunmehr die Frage, ob die Handlung im technischen Sinne ein Verbrechen darstellt, allein nach dem deutschen Gesetze zu beurteilen (vgl. Bd. I S. 164). Zu allgemein sagen die Entscheidungsgründe RG. III. 4./1. 04. E. 37 Nr. 16 S. 45 und *Olshausen* § 49a Anm. 9, es entscheide lediglich das deutsche Gesetz, während umgekehrt, nach *Oppenhoff-Delius* § 49a Anm. 10 hier das ausländische Gesetz maßgebend sein soll. (In den Entscheidungsgründen des Urteils des RG. bemerkt man gleich anfangs den leicht irreführenden Einfluß der Rechtsgütertheorie).

<sup>5)</sup> Anders (nach reiner Wortinterpretation) die herrschende Ansicht, fälschlicherweise die persönliche Eigenschaft des Aufgeforderten kennt. S. *H. Meyer* § 32 Anm. 22; *Olshausen* § 49a 9; *Frank* § 49a III; *Binding*, Lehrb. 2 S. 863. — Das dafür angeführte Ur. des RGF. S. 29./8. 99. E. 32 S. 207 spricht sich in diesem Sinne nur beiläufig aus. — Dem Wortlaut des Gesetzes folgend hat man auch das bedingungsweise Anerbieten für strafbar erklärt, ohne Rücksicht auf den wirklichen Eintritt der Bedingung RG. II. 13./11. 94 E. 26 Nr. 80 S. 199. *Olshausen* § 49a Anm. 8. Damit wird genau betrachtet über die Willenserklärung hinausgegangen, und *Binding*, Lehrb. 2 S. 863 erklärt mit Recht Aufforderung, bzw. Anerbieten erst mit Eintritt der Bedingung für strafbar. Andererseits könnte jemand durch eine geschickt beigefügte *Conditio praesens collata* der Strafe sich entziehen, während er in Wahrheit auf alle Fälle bereit war. (Auf einen solchen Fall bezieht sich anscheinend das Ur. RG. III. 21./1. 95. E. 26 Nr. 162 S. 420). Die Unsicherheit des Bodens, auf welchem hier die richterlichen Entscheidungen sich bewegen müssen, ist m. E. evident. Der Gesichtspunkt der Gefahr, aus welchem das erstere der beiden zitierten Urteile argumentiert, kann sehr weit führen.

mitausführen sollte; 5<sup>a</sup>) nur daß dieser Satz nicht auch angewendet werden darf auf nur persönliche Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe. 6<sup>b</sup>) Er darf nicht einmal unbedingt angewendet werden auf Amts- und Standesverbrechen, wie das auch der Lehre von der Teilnahme entspricht. Daß aber bei militärischen Verbrechen auch Zivilpersonen als Teilnehmer nicht unbedingt ausgeschlossen sind, 7<sup>c</sup>) ist oben dargelegt worden; es wird auf die einzelne Deliktsart ankommen.

Würde bei einer Aufforderung oder einem Erbieten ein bestimmter Ausführungsmodus oder die Ausführung an einem bestimmten Objekte vorgeschrieben oder zur Bedingung gemacht, so kann dabei ein Versuch mit untauglichen Mitteln oder am untauglichen Objekte beabsichtigt sein; es wird dann darauf ankommen, ob man solchen Versuch als strafbar betrachtet: ein Verbrechen an sich ist beabsichtigt. 8<sup>d</sup>)

Aufforderung wie Erbieten müssen aber wirklich zur Kenntnis der anderen Person gekommen sein, 9<sup>e</sup>) und zwar ohne den Charakter einer Aufforderung und bzw. eines Erbietens verloren zu haben. Anderenfalls würde nur ein Versuch einer

5<sup>a</sup>) So *Oppenhoff-Delius* § 49a Anm. 9. RG. Ferien-Senat 29./8. 99 E. 32 Nr. 82 S. 267, — Daraus ergibt sich auch die dem Gesetze entsprechende, aber zugleich seine Fehlerhaftigkeit darlegende Entscheidung RG. I. 9./1. 04 GA. 51 S. 177, der zufolge straflos ist die im übrigen die Erfordernisse des § 49a erfüllende Handlung eines Vaters, der seine noch nicht 18 Jahre alte Tochter auffordert, mit ihm Blutschande zu begehen! StGB. 173 Abs. 4.

6<sup>b</sup>) So allerdings *Olshausen* Anm. 9:

7<sup>c</sup>) *Hecker* Lehrb. d. deutschen Militärstrafrechts S. 86 nimmt allgemein an, daß 49a anwendbar sei, wenn Zivilpersonen eine Militärperson zur Begehung eines militärischen Verbrechens auffordern.

8<sup>d</sup>) So war die Entscheidung RG. II. 11./7. 84 Rs. 6 S. 535 nach dem Standpunkte, den das RG. hinsichtlich des sog. untauglichen Versuchs angenommen hat, durchaus konsequent und richtig. — Nimmt man an, daß, wenn auch im übrigen für die Tauglichkeit der Versuchshandlung die Vorstellung des Handelnden entscheide, doch bei Anwendung abergläubischer Mittel eine Ausnahme zu machen sei, so ist auch dem für Straflosigkeit eines Angeklagten entscheidenden Ur. RG. I. 21./6. 00 E. 33 Nr. 102 S. 321 beizustimmen. Ob der in den Urteilsgründen unternommene Beweis für die Richtigkeit dieser Ausnahme — vom Standpunkte der rein subjektiven Versuchstheorie aus betrachtet — gelungen sei, kann freilich bezweifelt werden —, vgl. oben S. 533 Anm. 77.

9<sup>e</sup>) RG. N. 25./9. 94 E. 26 Nr. 35 S. 81 Aufforderung und Anerbieten verlieren ihren Charakter wenn sie zur Kenntnis des anderen auf eine Weise gelangen, welche als zweifelloser Hinderung der Ausführung erscheint. So wenn die Obrigkeit den die Aufforderung oder das Erbieten enthaltenden Brief aufhängt und nun der Adressat durch Vorladung der Obrigkeit erst Kenntnis von der Aufforderung oder dem Erbieten erhält (herrschende Ansicht vgl. *Olshausen* § 49a 6 u. 7; *Frank* § 49a IV.) Zur Kenntnis als Aufforderung oder Erbieten kommen aber gesprochene oder geschriebene Worte ebenfalls nicht, wenn sie nicht als Aufforderung oder Erbieten verstanden werden.



Aufforderung oder eines Erbietens vorliegen, und dieser ist schon deshalb, weil formell die Handlungen des § 49a im StGB. als besondere Vergehen erscheinen, und der Versuch dieser Vergehen nicht besonders für strafbar erklärt ist, nach positivem Rechte nicht strafbar. Aber auch prinzipiell müßte man sich gegen die Strafbarkeit aussprechen; wenn das Gesetz bestimmte Handlungen unter Strafe stellt, die zweifellos nur Vorbereitungs-handlungen sind, so kann bei Fehlen einer anders lautenden, besonderen Bestimmung nicht angenommen werden, daß den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen entgegen der Anfangspunkt der Strafbarkeit noch weiter durch Anwendung des Versuchsbegriffs zum Nachteil des Angeklagten hat zurückgeschoben werden sollen.

§ 444. Zweifellos müssen Aufforderung, welche, nicht soviel umfassend wie Anstiftung, listige Einwirkung auf den ausersehenen Täter durch Erregung von Leidenschaft ausschließt,<sup>9a)</sup> und Erbieten ernstlich gemeint sein. Wie dies allgemeinen Grundsätzen entspricht und zugleich der Fassung und Motivierung des ursprünglichen Entwurfs, welcher ausging von der Erwägung, daß auch mißlungene — ihrer Natur nach doch stets ernstlich gemeinte — Anstiftung zu strafen sei, so ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, daß über dies Erfordernis sowohl die betreffende Reichstagskommission wie der Bundeskommissar einig waren.<sup>10)</sup> Aber auch die ernstliche Annahme eines nicht ernstlich gemeinten Erbietens ist nicht strafbar; denn wie das RG. (in dem Anm. 10 zitierten Urteile) ausgeführt hat, ist eine solche Annahme, wenn auch moralisch verwerflich, nicht gefährlich, und der Wortlaut des Gesetzes spricht gegen die Strafbarkeit, da gesagt ist „Wer ein solches (d. h. also ernstlich gemeintes) Erbieten annimmt“.<sup>10a)</sup>

<sup>9a)</sup> Vgl. *Illäschner* I S. 407. Ein Befehl ist dagegen auch Aufforderung. — Scheinbares Abraten, welches auf die naheliegende Möglichkeit der Begehung des Verbrechens aufmerksam macht und somit in besonders wirksamer Weise anstiften kann, ist wiederum nicht Auffordern. *Geyer*, *Holtzend.* Hdb. 4 S. 150ff.

<sup>10)</sup> Vgl. besonders RG. III. 31./3. 80 E. 1 Nr. 162 S. 338. — *Stenographische Berichte des deutschen Reichstages* 1875/76. III. S. 479.

<sup>10a)</sup> Anders *Reiffel* GS. 42 S. 175ff. der, während das Gesetz doch nur die gefährliche Willensäußerung strafen will, nun die gefährliche Gesinnung strafbar findet (vgl. bes. S. 178).

Zweifelhaft könnte erscheinen, ob nicht die ernstliche Annahme einer nicht ernstlich gemeinten Aufforderung strafbar sei, da dadurch in der Tat die Gefahr der Ausführung eines Verbrechens entstehen kann, wenn der Annehmende seiner Meinung nach das Verbrechen als Täter oder Anstifter und etwa nicht nur als Gehülfe ins Werk zu setzen hätte.<sup>11)</sup> Aber auch hier steht der Wortlaut „wer eine solche Aufforderung annimmt“ entgegen, und die Strafbarkeit paßt nicht für den Fall, daß der die Aufforderung Annehmende nur als Gehülfe tätig werden sollte, könnte auch oft nicht passen auf den Fall, daß er nur als Mittäter wirksam zu werden aufgefordert wurde, wie denn bei nicht ernstlicher Aufforderung meistens sehr bald eine entsprechende Aufklärung oder Mangel der erforderlichen Instruktion zur Ausführung die Aufforderung und die Annahme der Aufforderung unschädlich und ungefährlich machen wird. Vollkommene Folgerichtigkeit darf man überhaupt in § 49a nicht erwarten, wie unten die Kritik ergeben wird.

Dagegen kommt auf die völlige Unwirksamkeit der Aufforderung oder des Erbietens nichts an; hält der Aufgeforderte die ernstlich gemeinte Aufforderung für nicht ernstlich, derjenige, an den das ernstliche Erbieten sich richtete, dasselbe für einen Scherz oder einen Betrugsversuch, so ist gleichwohl der Auffordernde, der sich Erbietende strafbar,<sup>12)</sup> denn der in dieser Hinsicht in seinem ursprünglichen Sinne nicht geänderte Entwurf wollte gerade die Anstiftung und dieser konform das Erbieten treffen, einerlei aus welchen Gründen jene wie dieses Wirksamkeit nicht ausübt.<sup>13)</sup> Man kann also sagen: Ernstlichkeit muß vorhanden sein auf seiten derjenigen, von denen die Initiative ausgeht.

**§ 445.** Aufforderung und Erbieten müssen aber gerichtet sein an eine zurechnungsfähige Person,<sup>14)</sup> ebenso wie dies bei der Anstiftung der Fall ist; nur unter dieser Voraussetzung können sich Aufforderung und Erbieten auf Begehung eines Ver-

<sup>11)</sup> Vgl. *Frank* § 49a I. b., der sich für Strafbarkeit der ernstlichen Annahme einer nicht ernstlich gemeinten Aufforderung ausspricht. — Dagegen die Entscheidungsgründe RG. IV. 20./12. 87 Rs. 9 S. 743.

<sup>12)</sup> Dies wird allgemein angenommen, vgl. insbesondere das in der vorhergehenden Anm. zitierte Ur. des RG.

<sup>13)</sup> Vgl. RG. I. 24./3. 87 E. 15 Nr. 111 ges. S. 360.

<sup>14)</sup> Auch herrschende Meinung vgl. *Olshausen* § 49a 10. Über den Fall, wenn ein Kind unter 12 Jahren aufgefordert wird, vgl. oben S. 62.

brechens beziehen. Weiß der Auffordernde, daß er sich an eine zurechnungsunfähige Person wendet, so wirkt er als mittelbarer Täter und kann wegen Versuchs strafbar sein. Hält der Auffordernde den Aufgeforderten irrtümlich für zurechnungsfähig, so liegt ein nicht strafbarer Versuch des Vergehens des § 49a vor. Wer sich einem Zurechnungsunfähigen gegenüber zur Begehung eines Verbrechens erbietet, ist m. E. nach § 49a nicht straffällig.

Gehen Aufforderung oder Erbieten von einer zurechnungsunfähigen Person aus, so kann der Annehmende ebensowenig auf Grund des § 49a bestraft werden.<sup>15)</sup> Im zweiten Falle wird von dem Erbietenden ein Verbrechen nicht begangen, während freilich unter Umständen der Annehmende mittelbarer Täter werden kann, wenn durch die Annahme bewogen der Zurechnungsunfähige das Verbrechen ausführt. Im ersten Falle ist eine Initiative zu einem Verbrechen, welches das Gesetz strafen könne, nicht vorhanden, und solche Initiative ist nach dem Wortlaute des Gesetzes, wie nach den Motiven unumgängliche Voraussetzung der Bestrafung nach § 49a.

Aufforderung und Erbieten sind aber, wenn lediglich mündlich ausgedrückt, nur dann nach § 49a strafbar, wenn sie an die Gewährung von Vorteilen irgend welcher Art geknüpft sind. Der Reichstag wollte, wie der Antragsteller hervorhob, durch diese dem belgischen Gesetze entlehnte Beschränkung Garantien gegen unbegründete Denunziationen und Klatschereien schaffen, d. h. also einen mehr greifbaren, die Ernstlichkeit zugleich besser darstellenden Tatbestand. „Lediglich mündlich“ bedeutet nach den Verhandlungen den Gegensatz zu „schriftlich“ oder durch bleibende Zeichen (Telegramme),<sup>15a)</sup> Aufforderung oder Erbieten durch andere Zeichen sind dem Mißverständnisse noch mehr ausgesetzt, als bloße Worte: sollten sie genügen, so würden die Übelstände, die man vermeiden wollte, gerade in besonders gefährlichem Grade eintreten können.<sup>16)</sup> Es ist also erforderlich<sup>17)</sup> entweder Schriftlichkeit,

<sup>15)</sup> So auch *Liszt* § 175 IV.; *Olshausen* § 49a 10.

<sup>15a)</sup> Aufforderungen in Zeitungen fallen unter § 110 des StGB., sind also gelinder zu strafen, falls sie keinen Erfolg haben!

<sup>16)</sup> Vgl. die eingehende Begründung im Ur. des RG. II. 12./11. 80 E. 3 Nr. 12 S. 30.

oder es muß die Aufforderung oder das Erbieten an die Gewährung von Vorteilen geknüpft sein.

§ 446. Mündliches Auffordern oder Erbieten wird aber nach dem positiven Ausdrücke des Gesetzes und nach dem Sinne der Reichstagsverhandlung eben nur durch die Hinzufügung, daß Vorteile gewährt werden sollen, strafbar, also auch nicht durch andere nebenhergehende Handlungen, z. B. durch Darbieten der Mittel zur Begehung des Verbrechens.<sup>18)</sup> Zwar könnte es, wenn einmal ernstliches Auffordern und Erbieten gestraft werden soll, als der Intention des Gesetzgebers entsprechend angesehen werden, mit *Liszt* (§ 175 zu Anm. 12) jedes auf irgend eine Weise verstärkte Auffordern und Erbieten für strafbar zu erachten. Aber wohin würde man gelangen, wenn man die einzelnen Sätze des § 49a als wirkliche Konsequenz verlangende Prinzipien behandeln wollte? Im Gebiete dieses Gesetzes ist, wenn man nicht zu unvernünftigen und gefährlichen Ergebnissen gelangen will, oft nur übrig reiner Positivismus, und wenn dieser versagt, einschränkende Auslegung.

§ 447. Unter Vorteilen sind aber nicht die aus der Begehung des Verbrechens von selbst sich ergebenden Vorteile zu verstehen, da, ohne daß solche in Aussicht stehen, selten ein Verbrechen begangen wird. Der beschränkende Zusatz hätte also nach der entgegengesetzten Auslegung kaum eine ins Gewicht fallende Bedeutung, während der Reichstag eine erhebliche Beschränkung der Strafbarkeit eines nicht schriftlichen Aufforderns oder Erbietens entschieden wollte.<sup>19)</sup> Daher ist auch mit Recht nicht unter § 49a gezogen das Versprechen,

<sup>17)</sup> Dafür das RG. (vgl. vorhergehende Anm.) *H. Meyer* § 34 zu Anm. 22—23; *Liszt* § 175 zu Anm. 10; *Frank* § 49a V. 1.; *Olshausen* § 49a 11. A. M. *Meyers*. „Die Strafgesetznovelle v. 1876“ S. 339; *Geyer* in *Holtendorff's* Hdb. 4 S. 157; *Hälschner* I S. 411; *Geyer* hält es freilich *de lege ferenda* für richtiger, nur symbolisches Auffordern oder Erbieten nicht zu strafen, ist aber der Meinung, daß, da zwei frühere Anträge ausdrücklich Schriftlichkeit oder Gewährung von Vorteilen gefordert hatten, und erst zuletzt die gegenwärtige, dem belgischen Gesetze konforme Fassung angenommen wurde, nunmehr auch symbolisches Auffordern und Erbieten nach der *Lex lata* genüge. Indes war dies doch nicht der Sinn des letzten die definitive Fassung enthaltenden, nur redaktionell gemeinten Antrags, wie auch das zit. Ur. des RG. hervorhebt.

<sup>18)</sup> Vgl. das RG. II. 12./11. 80 E. 3 Nr. 12 S. 30 und *Olshausen* Anm. 14.

<sup>19)</sup> Vgl. besonders die Ausführung des RG. III. 24./1. 84 E. 10 Nr. 2 S. 4. (die Aussicht, von verbrecherisch herbeizuschaffendem falschen Gelde einen Teil zu erhalten, sei nicht ein in § 49a bezeichneter Vorteil) auch RG. F. S. 29./8. 99 E. 32 Nr. 82 S. 269.

dem Aufgeforderten eventuell zur Flucht behülflich zu sein,<sup>20)</sup> weil durch die Flucht nur eine dem Aufgeforderten schädliche Folge des Verbrechens abgewendet wird, und man es eigentlich als natürlich, beinahe selbstverständlich betrachten wird, daß ein Teilnehmer eines Verbrechens dem anderen behülflich ist, sich der Strafverfolgung zu entziehen.<sup>20a)</sup> Andererseits ist mit Recht die Hingabe eines sog. Drangeldes (Arrha) als ein Vorteil im Sinne des § 49a behandelt;<sup>21)</sup> auf die Größe des Vorteils wird es dabei nach dem Gesetze nicht ankommen; denn es soll gerade Strafe eintreten, ohne Rücksicht auf die Sicherheit einer Einwirkung auf denjenigen, dem die Aufforderung oder das Anerbieten gemacht wird.<sup>22)</sup> In einem Urteil des RG. ist sogar bemerkt, daß es nicht einmal darauf ankomme, ob der Versprechende die Erfüllung seines Versprechens für möglich halte,<sup>23)</sup> und ebenso wird ein seinem Betrage oder Gegenstände nach ganz unbestimmter Vorteil für genügend gehalten, z. B. die Zusicherung, es werde gut bezahlt werden,<sup>24)</sup> man werde sich dafür abfinden.<sup>25)</sup>

Die herrschende Ansicht<sup>26)</sup> erachtet aber, da das Gesetz die Zusage von Vorteilen irgend welcher Art für genügend erklärt, nicht für erforderlich, daß der Vorteil ein Vermögensvorteil sei. So hat das RG. das Versprechen, der Aufgeforderte solle ein besseres Leben führen, nicht mehr so früh aufzustehen brauchen, das Versprechen der Ehe, das Versprechen eines vorübergehenden Genusses, für ausreichend angesehen,<sup>27)</sup> und *Liszt* führt hier auch an, die Verschaffung eines Ehrenzeichens, die

<sup>20)</sup> RG. F. S. 27./8. 91 E. 22 Nr. 24 S. 96. *Frank* § 49 a VI. (Vorteilhaftere Lage, als sie ohne die Begehung des Verbrechens sein würde.)

<sup>20a)</sup> Dagegen hat allerdings RG. IV. 22./11. 95 E. 28 Nr. 7 S. 23 es für genügend erklärt, wenn in dem gesetzlichen Tatbestande des Deliktes, zu welchem aufgefordert wurde, sich die Worte „gegen Entgelt“ finden (StGB. 219) und so Entgelt versprochen wurde.

<sup>21)</sup> RG. I. 23./2. 82 E. 6 Nr. 24 S. 67; *Simonsohn*, Der Begriff des Vorteils im Strafrecht 1889, S. 9; *Olshausen* § 49a 15. — A. M. *Meves* S. 346.

<sup>22)</sup> *Simonsohn*, Der Begriff d. Vorteils im Strafr. bemerkt, in dem Gesetze habe hier die subjektive Theorie des Versuchs, der zufolge nur die Ernstlichkeit des Willens, nicht aber maßgeblich sei die Tauglichkeit des gewählten Mittels, in starrer Konsequenz zum Ausdruck gebracht werden sollen.

<sup>23)</sup> RG. I. 24./3. 87 E. 15 Nr. 111 S. 360.

<sup>24)</sup> RG. III. 2./7. 80 Rs. 2 S. 153.

<sup>25)</sup> RG. IV. 18./2. 98 GA. 46 S. 134.

<sup>26)</sup> Anscheinend ist nur *Schwarse* § 49a 9 anderer Ansicht.

<sup>27)</sup> I. 24./3. 87 E. 15 Nr. 111 S. 300 I. 25./11. 80 E. 3 Nr. 25 S. 63 III. 5./11. 83 E. 9 Nr. 50 S. 166.

Unterlassung einer Strafanzeige. Wenn aber gesagt wird, daß, wenn der Vorteil nicht von dem Auffordernden selbst gewährt werden soll, dieser nicht einmal dafür einzustehen brauche,<sup>28)</sup> so dürfte dies zu weit gehen, wenigstens wenn der Auffordernde nicht einmal verspräche, sich für die Gewährung des Vorteils von anderer Seite Mühe zu geben; denn irgend ein Opfer muß der Versprechende sich doch mit dem Versprechen auferlegen; sonst wird das Versprechen nicht Beweis der Ernstlichkeit seiner Aufforderung oder der Annahme seines Versprechens sein.<sup>29)</sup>

§ 448. Werden die in § 49a bezeichneten Handlungen als selbständige Delikte aufgefaßt, so ist selbstverständlich auch Teilnahme an ihnen möglich.<sup>30)</sup>

Den Strafbestimmungen des § 49a ist mit den Worten „so weit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht“ ausdrücklich nur subsidiäre Anwendbarkeit beigelegt. Das kann nur bedeuten, daß, sobald die konkrete Handlung, nicht etwa nur eine Handlung, die *in abstracto* unter 49a gebracht werden kann, nach einem anderen Strafgesetze strafbar ist, die Strafbestimmung des § 49a nicht in Betracht kommen soll. Dem Gesetze den Charakter der Subsidiarität *in abstracto* zu geben, d. h. also, daß es nur dann nicht zur Anwendung kommen soll, wenn genau eine der im § 49a mit Strafe bedrohten Handlungen bei einzelnen Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedroht sein würde, wäre völlig überflüssig gewesen, da ohnehin das spezielle Gesetz dem allgemeinen vorgeht, es ausschließt. Daher wird denn auch allgemein angenommen, daß, wenn das Delikt, zu welchem Aufforderung oder Erbieten geschah,<sup>31)</sup> infolge der Aufforderung oder des Erbietens wirklich ausgeführt wurde, oder die Folge ein strafbarer Versuch war, 49a nicht zur Anwendung kommt,<sup>32)</sup> von idealer Konkurrenz also nicht zu reden

<sup>28)</sup> RG. III. 2./7. 80 Rs. 2 S. 153,

<sup>29)</sup> Vgl. *Simonsohn*, Begriff d. Vorteils S. 8.

<sup>30)</sup> Anstiftung: RG. II. 5./1. 94 GArch. 42 S. 24.

<sup>31)</sup> Vgl. insbes. auch RG. I. 16./4. 83 E. 8 Nr. 67 S. 229.

<sup>32)</sup> Dies erleidet nur eine scheinbare Ausnahme im Falle der Aufforderung eines *Alius facturus*, wenn angenommen wird, daß die Aufforderung vollkommen wirkungslos war. Es ist dann aber die Ausführung eigentlich nicht infolge der Aufforderung geschehen. — Ob der auf die Aufforderung zum Versuch Schreitende durch freiwilligen Rücktritt straflos wird, erscheint höchst zweifelhaft. Rationell müßte die Frage bejaht, nach dem Wortlaut des § 49a aber verneint werden. Ebenso ist es, wie *Binding* S. 864 ausführt, richtig, daß die Willenseinigung unter mehreren Teilnehmern an einem Delikte nicht noch ein beson-

ist. Dies stimmt auch zu der ursprünglichen Motivierung des § 49a; denn hier wird ausgegangen von der praktischen Notwendigkeit, gewisse Fälle der erfolglosen Anstiftung zu strafen, wie früher erfolglose Anstiftung überhaupt gestraft sei, und man hat nie daran gedacht, wenn etwa jemand zu demselben Verbrechen zuerst erfolglos, dann aber erfolgreich anstiftete, ihn doppelter Strafe zu unterwerfen oder irgend eine Konkurrenz anzunehmen. *In abstracto* ist doch die Anstiftung des § 49a etwas anderes als die Anstiftung *in concreto*, welche dem Angestifteten besondere Vorteile gar nicht in Aussicht zu stellen braucht. Ist das aber richtig, so kann es ideale Konkurrenz einer aus § 49a strafbaren Handlung und irgend einer anderen strafbaren Handlung nicht geben.

Die Frage ist vom RG. mehrfach bezüglich der Bestechung im entgegengesetzten Sinne entschieden, wenn der Bestechende von dem Beamten eine Handlung verlangt hatte, die nicht nur eine Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht, sondern zugleich ein Verbrechen enthalten haben würde, der Beamte aber den Bestechenden abwies.<sup>33)</sup> Aber die Ausführungen des RG. sind schwerlich überzeugend. Insbesondere wird geltend gemacht, daß, wenn der bestochene Beamte das Verbrechen wirklich begehe, doch ideale Konkurrenz von Bestechung und Anstiftung zu jenen Verbrechen vorliege. Allein der Schluß von der gewöhnlichen, nur als erfolgreiche strafbaren Anstiftung auf die erfolglose Anstiftung des § 49a ist eben deshalb verfehlt, weil die durch die Begehung des Verbrechens infolge Anstiftung erfolgreiche Bestechung nicht lediglich subsidiär bestraft wird.

deres Delikt bilden sollte. Aber da § 49a ausdrücklich die Aufforderung zur Teilnahme als strafbar bezeichnet, ist m. E. mit *Geyer* (in Holtzendorffs Hdb. 4 S. 152) und *Olshausen* § 49a Anm. 9 sowie RG. II. 11./6. 84 (Rs. 6 S. 535) gegen *Bindings* Ansicht zu entscheiden. So gelangt man freilich zu folgendem von *Geyer* hervorgehobenen sonderbaren Ergebnisse „Wer sich schnell und sicher tödendes Gift in mörderischer Absicht verschafft hat, bleibt straflos; wer sich vergebens bestrebt, (gegen Entgelt) einen anderen dazu zu bewegen, daß er ihm Gift verschaffe, wird bestraft, sobald er diesem mitgeteilt hat, daß es sich um ein Verbrechen handle. In dieser Mitteilung soll das Strafbare der Tat liegen.“

<sup>33)</sup> Vgl. RG. I. 26./2. 85 E. 12 Nr. 14 S. 54 bes. S. 57. — vgl. auch RG. I. 3./3. 81 E. 3 Nr. 149 S. 390 RG. I. 3./12. 83 E. 9 Nr. 80 S. 261 (darauf daß bei einem Delikte ein anderer selbständiger Gesichtspunkt maßgebend ist, kann es bei ausdrücklich ausgesprochener Subsidiarität nicht ankommen.) Übereinstimmend mit dem RG. *Oppenhoff* § 49a 2; *Olshausen* 20; *Witte* S. 33. — Dagegen: *Hältschner* 2 S. 1048; *Geyer* Grundr. 2 S. 199; *Binding* 1 S. 356 Anm. 4; *Frank* 49a II.

§ 449. Eine Kritik<sup>34)</sup> des § 49a vom legislatorischen Gesichtspunkte aus kann nur eine abweisende sein. Wollte man auch die erfolglose Anstiftung strafen, so hatten jedenfalls die früheren Gesetzbücher, welche nur dies taten, entschiedene Vorzüge. Erstens geht das Gesetz von einem im Strafrecht durchaus unangemessenen Formalismus aus. Nicht jede ernstliche Anstiftungshandlung ist strafbar, sondern nur eine Aufforderung; sie muß aber auch schriftlich erfolgen oder dem Aufgeforderten besondere Vorteile gewähren oder in Aussicht stellen; eine oft viel wirksamere Anstiftung, welche dem Täter die Mittel zur Tat in die Hand gibt, ist an sich nicht strafbar. Andererseits ist nicht einmal eine Auslobung von Vorteilen, z. B. „ich würde 100 Mark geben, wenn dies oder das geschähe“ ein genügender Beweis für die Ernstlichkeit der Auslobung, und doch verleitet das Gesetz dazu, auch solche Äußerung für eine ernst gemeinte zu nehmen; umgekehrt kann eine schriftliche, nebenbei in einem Briefe geschehene, aber völlig unbedachte Äußerung unter die Strafbestimmung des Gesetzes gebracht werden. Dann aber gewährten die früheren Gesetzgebungen dem Anstifter Aussicht auf Straflosigkeit, wenn er die Ausführung des Verbrechens verhinderte; abgesehen von den Fällen eines förmlichen, von einer großen Anzahl von Personen geschlossenen Komplottes kam es daher nur selten zu einer Untersuchung über erfolglose Anstiftung, und selbst im Falle eines Komplottes konnte der reuige Komplottant durch Anzeige oder Verhinderung sich Straffreiheit sichern. Nach § 49a dagegen sind Aufforderung und Erbieten und Annahme von Aufforderung und Erbieten vollendete Delikte. Reue hilft da nicht mehr; Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten muß eintreten, und auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und Zulässigkeit von Polizeiaufsicht kann erkannt werden. Nicht einmal mildernde Umstände sind zugewiesen, welche das belgische Gesetz anerkennt, so daß in Belgien die Strafe bis auf 1 Frank Geldstrafe hinabgehen kann.

Die Hauptsache aber ist der in dem Gesetze liegende Verstoß gegen den strafrechtlichen Grundsatz, daß erst der

<sup>34)</sup> Vgl. besonders *Geyer Holtzend.* Hdb. 4 S. 151. Eine Inkongruenz ist es auch, daß nach § 111 Abs. 2 sogar eine öffentliche ohne Erfolg gebliebene Aufforderung zu Verbrechen milder bestraft wird und das der wirkliche Versuch und die Ausführung einzelner Verbrechen nur mit Festungshaft bedroht ist, während nach § 49a unbedingt Gefängnisstrafe einzutreten habe.



Beginn der Ausführung den wirklichen Willen der Begehung eines Verbrechens mit einer für die Justiz genügenden Evidenz zeigt, und daß andererseits der Anstifter nur einen bedingten Dolus hat, einen Dolus, abhängig gemacht von dem Willen des Angestifteten, das Verbrechen auszuführen. Aus diesen Grundfehlern entwickeln sich weitere das Rechtsgefühl unzweifelhaft verletzende Inkongruenzen gegenüber anderen unzweifelhaften Rechtssätzen, und das Bemühen, jenen Grundfehler weniger gefährlich zu machen durch das Erfordernis, daß die Handlung entweder nicht in einer lediglich mündlichen Äußerung bestehen oder an die Gewährung von Vorteilen geknüpft sein müsse, führt zu sonderbaren und mit anderen Entscheidungen auffallend kontrastierenden Ergebnissen. Das Erbieten, ein Verbrechen zu begehen oder sich an einem Verbrechen zu beteiligen, ist nichts als eine sog. vorläufige Willensmanifestation. Wer sich, selbst gegen Lohn, er bietet, ist weiter von der Tat entfernt, als derjenige der sich Instrumente zur Begehung verschafft, die Gelegenheit auskundschaftet, — jener wird bestraft, dieser nicht. Wer jemanden auffordert, einen Dritten anzustiften, ist ebenfalls weiter von der Ausführung der Tat entfernt, als dieser Dritte, wenn er sich bereit erklärt; ist letzterer bereit, ohne sich besondere Vorteile auszubedingen, vielleicht weil ihm das Verbrechen selbst besondere Vorteile bietet, so ist dieser Dritte straflos, der unter Gewährung von Vorteilen Auffordernde und derjenige, der solche Aufforderung angenommen hat, werden bestraft. Wer bereits im Stadium des wirklichen Versuchs sich befindet, kann durch Aufgeben seiner Tätigkeit noch straflos werden; wer nach § 49a strafbar ist, nicht mehr usw.

Genug, diese Verstöße häufen sich, ohne daß Theorie und Praxis hier Abhülfe zu schaffen vermöchten.

Kriminalpolitisch betrachtet ist es aber von sehr zweifelhaftem Nutzen, schon die verbrecherischen Regungen — der Abgeordnete *Windthorst* hatte völlig Recht, als er die jetzt nach § 49a zu bestrafenden Handlungen als nur moralisch verwerfliche, dagegen nicht in das Rechtsgebiet gehörende bezeichnete — zu bestrafen: denn wer weiß, daß er schon strafbar ist, geht leicht weiter; das Bewußtsein, jetzt nicht mehr freien Rücktritt zu haben, reizt zur Tat.

Verfehlt ist die Berufung auf die Tradition des früheren Rechtes;<sup>35)</sup> nur eine kurze Zeit hat, wie oben in der Lehre von der Anstiftung dargelegt wurde, eine irrige Theorie die erfolglose Anstiftung als solche gestraft. Die ältere, Jahrhunderte hindurch beobachtete Ansicht machte nur allenfalls bei den *Crimina atrocissima*, bei *Assassinium* und dem *Crimen majestatis*, eine Ausnahme, und diese erklärte sich teils aus vereinzelt ausgesprochenen des römischen Rechts, welches in der *Lex Cornelia de sicariis* auch gewisse Vorbereitungshandlungen als vollendete Verbrechen strafe, teils aus den Zeitumständen. Wenn viele Abhängigkeitsverhältnisse bestanden, denen zufolge auch bei verbrecherischen, gesetzlich nicht bindenden Befehlen der Befehlende leicht auf blinden Gehorsam rechnen konnte — führen doch die Schriftsteller Beispiele an, wo der Untergebene schon auf eine Andeutung zum Morde schreitet<sup>36)</sup> — und wenn in Italien der Lohnmord ein einträgliches Gewerbe bildete, bei dem der Bestellung, genügende Bezahlung vorausgesetzt, die Ausführung fast unfehlbar folgte, so konnte hier gerade Auftrag und Dingen gegen Lohn beinahe dem Falle gleichgesetzt werden, daß jemand unmittelbar selbst tätig wurde, und beim *Crimen majestatis* hatte man stets besondere Ausnahmesätze angewendet. Auf das Vorbild des belgischen Gesetzes konnte man sich übrigens nicht vollständig berufen; denn obwohl dieses die zu bestrafenden Handlungen ebenso charakterisiert, wie es nachher in dem deutschen Gesetze geschehen ist, läßt es, wie gesagt, die Feststellung mildernder Umstände zu und damit eine höchst bedeutende Milderung der Strafe, und andererseits beschränkt es die Strafbarkeit des Aufforderns und Erbietens und der Annahme von Aufforderung und Erbieten auf die beabsichtigte Ausführung besonders schwerer Verbrechen, die mit Todesstrafe oder *Travaux forcés*, also mit Freiheitsstrafe von lebenslänglicher Dauer oder in Dauer von mindestens 10 Jahren bedroht sind. Das dänische StGB., (von 1866) §§ 52, 53, auf das man sich gleichfalls berufen hat, bestraft

35) In diesem Sinne auch *Geyer* in *Holtzendorffs Hdb.* 4 S. 145.

36) Das oft angeführte Beispiel ist auch, daß der Herr, der von jemandem beleidigt ist, dem Diener sagt: „Geh' und komme nur mit einer Neuigkeit über jenen wieder.“ *Clarus* § fin. qu. 88 n. 6. — Ein bewaffneter zu jedem Verbrechen auf Befehl bereiter Troß pflegte den größeren Grundherren z. B. in Italien zu Gebot zu stehen.

zwar die erfolglose Anstiftung an sich und ebenso das Versprechen der Ausführung; aber der Versprechende ist straflos, wenn er vor der Ausführung sein Versprechen widerruft, und auf den Anstifter finden die Grundsätze über den Versuch Anwendung, d. h. also auch er wird straflos, wenn er das Verbrechen verhindert.

England hat zwar ein strenges Gesetz gegen Anstiftung und Versuch der Anstiftung zum Morde,<sup>37)</sup> jedoch eben nur zu diesem fast schwersten Verbrechen, und in weitem Umfange bestraft schon das ältere englische Recht die „*Conspiracy*“ (Verabredung ein Verbrechen gemeinschaftlich zu begehen). Aber in England werden, da eine streng nach dem Legalitätsprinzip verfahrenende Staatsanwaltschaft nicht existiert, tatsächlich nicht alle, auch die unbedeutendsten unter den Buchstaben des Gesetzes fallenden Vorgänge verfolgt, wie letzteres bei uns dem Strafprozeßgesetz allerdings entspricht.

Bei der Reform unseres Strafrechts würde m. E. § 49a einfach zu beseitigen sein.<sup>38)</sup> Nach der Theorie der absoluten Schutzstrafe, nach der man geneigt sein kann, auch gefährliche Willensmanifestationen zu strafen, wird man vielleicht zu einem anderen Urteil gelangen und den § 49a durch eine mehr umfassende Strafbestimmung ersetzen wollen. Lehrreich ist das Gesetz aber in einer wichtigen Beziehung. Es zeigt deutlich, daß man nicht nach gelegentlich zusammengerafften Zweck-

37) Gesetz v. 6. Aug. 1861 (24 et 25 Victoria c. 100 s. 4).

38) *Geyer*, der a. a. O. das Gesetz scharf, aber im einzelnen treffend kritisiert hat, erklärt es im ganzen für einen bedauerlichen Rückschritt (S. 144). Ich halte es nicht einmal für einen Rückschritt, vielmehr für einen Fehlschritt, für den, soweit mir bekannt, ein entsprechendes Beispiel in der Geschichte des Strafrechts schwer sich auffinden läßt. Scharf tadelnd über das Gesetz haben auch *Berner S. 174* und *Hülschner I S. 409* sich ausgesprochen. *Berner* meint, die Schiefheiten des Gesetzes drängen zu der Frage: „Sollte Deutschland wirklich außer Stande gewesen sein, den Belgiern durch ein reiferes Gesetz zu antworten.“ Aber ein völlig fehlerhaftes Prinzip läßt sich in Wahrheit nicht verbessern; man kam es technisch und äußerlich in einwandfreiere Form bringen, wird es aber dann um so gefährlicher machen. Der Reichstag ist nach dem Muster des belgischen Gesetzes bei, dem vielleicht das Motiv mitwirkte „*Ut aliquid facisse videamur*“, umgekehrt verfahren. Er hat die gefährlichen Spitzen des Entwurfs gleichsam mit Schutzvorrichtungen versehen und so ein seltsam erscheinendes, vielfach anstoßendes Gebilde zu Stande gebracht. — *H. Meyer* § 34 zu Anm. 19 erblickt in dem Gesetze die Ausfüllung einer wesentlichen Lücke des deutschen Strafrechts. (d. h. wohl der Ersatz für die Straflosigkeit erfolgloser Anstiftung). *Allfeld* § 36 Anm. 3 sagt dagegen, das Gesetz sei zum Teil wohl mit Recht scharf getadelt. *Binding* nennt es ein „echtes Gelegenheitsgesetz“ mit zahlreichen Mängeln.

mäßigkeitsgründen in die Konsequenz der allgemeinen Lehren des Strafrechts durch Aufstellung neuerer Strafbestimmungen eingreifen soll, insbesondere aber, wie gefährlich eine jetzt wiederholt vertretene Tendenz ist, die Anstiftung als solche und insbesondere auch die völlig erfolglose Anstiftung (den Anstiftungsversuch), ein nur halbfertiges Komplott, zu bestrafen. Immerhin ist selbst ein so mangelhaftes Gesetz, wie es im § 49a vorliegt, glatteren und konsequenteren, aber materiell in weit höherem Grade gefährlichen allgemeinen Rechtssätzen vorzuziehen.

---



J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, G. m. b. H., Berlin W. 35.

---

# Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht.

Von

**Dr. Eduard Kohlrausch,**  
a. o. Professor der Rechte in Königsberg.  
gr. 8°. I. Teil. Preis 4 Mk. 50 Pf.

---

# Lehrbuch des Deutschen Strafrechts.

Von

**Dr. Franz v. Liszt,**  
ord. Professor der Rechte an der Universität in Berlin.

Vierzehnte und fünfzehnte durchgearbeitete Auflage.

gr. 8°. Preis 10 Mk., gebunden 12 Mk.

---

# Die Reform des Strafverfahrens.

Von

**Dr. Franz v. Liszt,**  
ord. Professor der Rechte an der Universität Berlin.  
gr. 8°. Preis 1 Mk. 20 Pf.

---

# Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge.

Von

**Dr. Franz v. Liszt,**  
Professor der Rechte.

Zwei Bände. gr. 8°. Preis 20 Mk., gebunden in Halbfranz 22 Mk. 50 Pf.

---

# Die Kunst der Rechtsanwendung

Zugleich ein Beitrag  
zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften

von

**Dr. jur. Lorenz Brütt,**

Gerichtsassessor in Berlin.

gr. 8°. Preis 6 Mk.

**Dr. Franz Adickes,**

Oberbürgermeister in Frankfurt a. M., Mitglied des Herrenhauses.

# Grundlinien durchgreifender Justizreform.

Betrachtungen und Vorschläge  
unter Verwertung englisch-schottischer Rechtsgedanken.

gr. 8°. Preis 3 Mk.

★

**Zur Verständigung über die Justizreform.**

gr. 8°. Preis 2 Mk.

---

## Reform des Strafprozesses.

Kritische Besprechungen der von der Kommission des Reichs-  
justizamtes gemachten Vorschläge,

unter Mitwirkung von Fachmännern auf Veranlassung der  
Internation. Kriminal. Vereinigung, Gruppe Deutsches Reich.

herausgegeben von

**Dr. P. F. Aschrott,**

Landgerichtsdirektor a. D.

gr. 8°. Preis broschiert 12 Mk.

Sonderausgabe hieraus:

## Die Reform des Strafprozesses.

General-Referat erstattet für die XI. Versammlung  
der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung,  
Gruppe Deutsches Reich,

von **Dr. P. F. Aschrott,**

Landgerichtsdirektor a. D.

gr. 8°. Preis 1 Mk. 50 Pf.

---

## Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses.

Erste und zweite Lesung.

Herausgegeben vom Reichs-Justizamt.

Leg. 8°. 2 Bände. Preis 7 Mk. 30 Pf., gebunden in Halbfranz 10 Mk. 30 Pf.

Druck von Georg Reimer in Berlin.









